

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano I · Número 1

Janeiro · Junho de 2013



FICHA TÉCNICA

Revista do Direito de Língua Portuguesa N.º 1

Propriedade e Editor

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

Preço

15 euros

Periodicidade

Semestral

Depósito Legal

00000/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano I · Número 1

Janeiro · Junho de 2013

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO



IDILP

INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Índice Geral

Editorial	5
------------------------	----------

I – DOUTRINA

Carlos Teixeira A Intervenção do Estado na Economia em Angola	9
Casimiro Pina Constituição e Ad-Hocracia	45
Jiang Yi Wa Protecção Penal do Ambiente e o Caso Chinês	123
Jorge Bacelar Gouveia As fontes do Direito em Timor-Leste	153
José Eduardo Sambo Os princípios processuais do Tribunal Penal Internacional	189
Leonardo Soares Novas Considerações sobre a Proposta Extrassistêmica de Flexibilização da Coisa Julgada no Estado Democrático de Direito Brasileiro	231
Nuno Florindo d' Assunção Silva O Papel do Presidente da República na Consolidação da Democracia e do Estado de Direito Democrático em São Tomé e Príncipe	245

II – VIDA ACADÉMICA

Jorge Bacelar Gouveia Direito, Justiça e Desenvolvimento – Oração de Sapiência no ISCTEM .	273
--	-----

III – ATIVIDADES DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

I CLBD – Congresso Luso-Brasileiro de Direito	293
III CONDILP – Congresso do Direito de Língua Portuguesa	299

Editorial

É com enorme honra que o *IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa* (www.idilp.net), em parceria com o *CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento em Direito e Sociedade da Nova Direito* (www.cedis.fd.unl.pt), cumpre um dos seus propósitos fundamentais no domínio editorial com a publicação do número inaugural da *REDILP – Revista do Direito de Língua Portuguesa*.

Trata-se de um periódico científico, com uma publicidade semestral, que vem colmatar uma grave lacuna que tem persistido ao longo do tempo no âmbito das edições jurídicas dos países e das ordens jurídicas que têm em comum a língua portuguesa.

Quer isso dizer que a REDILP pretende ser um eixo de difusão da produção jurídico-científica do Direito de Língua Portuguesa, tanto no Direito Público como no Direito Privado, incluindo as diversas profissões que o trabalho jurídico científico engloba, desde as profissões universitárias às profissões forenses.

A começar mais uma “viagem editorial”, oxalá esta publicação possa contribuir para a maior aproximação entre os juristas de língua portuguesa, descobrindo nas suas Ordens Jurídicas não apenas institutos comuns mas sobretudo os valores universais que nos gloriamos de defender.

Lisboa, 1 de janeiro de 2013.

A Direção da REDILP
Revista do Direito de Língua Portuguesa

Jorge Bacelar Gouveia

José João Abrantes

Cristina Nogueira da Silva

Francisco Pereira Coutinho

I - DOUTRINA

A Intervenção do Estado na Economia em Angola¹

CARLOS TEIXEIRA²

Resumo: Com a independência, o Estado angolano nacionalizou as empresas que tinham sido abandonadas, adoptando um modelo de economia planificada. As alterações constitucionais de 1991 levaram a uma nova formatação da actividade empresarial do Estado em Angola, que por razões várias igualmente não resultou. Perante mais este fracasso, foi gizada uma nova estratégia de desenvolvimento económico, cujas principais linhas de força são discutidas neste artigo.

Palavras-chave: Constituição, economia, sector público, desenvolvimento.

Abstract: With the Independence the Angolan State nationalized the companies that were abandoned and adopted a centralized economic model. The constitutional changes of 1991 led to a reshuffle of the economic sector of the State that also did not work for several reasons. This article discusses the strategy undertaken to foresee an efficient national economic development.

Keywords: Constitution, economy, public sector, development.

1. Introdução e Fundamentos Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia a partir da Constituição Económica

O desenvolvimento económico dos Estados não ocorre de modo espontâneo e no nosso caso concreto de Angola, os seus índices de cres-

¹ Comunicação proferida no Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito (SPEED) da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em 2 de maio de 2012. Entregue: 10.10.2012. Aceite: 12.12.2012.

² Decano e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

cimento devem-se assinalavelmente a actuação do Estado no sentido de promover o bem estar dos angolanos e de todos os que escolham o País como lugar para desenvolver os seus negócios.

Embora a Constituição do País consагre a economia de mercado como modelo de desenvolvimento, o fraco desenvolvimento das forças produtivas e do tecido empresarial, por razões de ordem histórica e política, deixa claro que o mercado não está nesta altura em condições de resolver os problemas económicos e sociais com que se debate a sociedade angolana no caminho do desenvolvimento.

Pelo que precede, procuraremos demonstrar neste trabalho a bondade da actuação do Estado, através do seu Executivo em determinadas áreas estratégicas da economia cujo alavancar dependem do seu apoio.

A Estratégia Nacional de Desenvolvimento decorre directamente da agenda Angola 2025 e do Plano Nacional, que consagra a visão de futuro e os objectivos nacionais de longo prazo. Os sectores e as dimensões do desenvolvimento passam pela acção dos poderes públicos, tendo a sua base a potencialização das localidades e no financiamento do desenvolvimento, com base num plano e um modelo de gestão e de intervenção do Estado na economia bem definido.

As principais metas, passam pelo desenvolvimento da política do emprego, do fomento da iniciativa privada nacional, política orçamental e fiscal, monetária e cambial, enquadramento legal e regulamentar da actividade económica e o planeamento do desenvolvimento nacional com base em fiável informação estatística, balizado por uma moderna administração e gestão do território e a modernização da justiça, para atender em tempo real, a justa composição de litígios decorrentes do desenvolvimento económico e dos negócios.

Em torno do grande desafio que é fundamentar a intervenção do Estado na economia em Angola, partirei dos fundamentos constitucionais dela, à partir de um olhar muito particular sobre a Constituição económica, cuja noção não poderá deixar de ser nesta sede tratada.

Mas para percebermos a intervenção do Estado na economia, importa estudar a evolução da Constituição económica e o seu endereço na nôvel Constituição da República de Angola.

Sendo Angola um País jovem, que ascendeu a independência apenas em 11 de Novembro de 1975, revela-se crucial deter-mo-nos sobre a

origem e formação do sector empresarial do Estado, seu âmbito e o principal instrumento jurídico regulador da actividade das empresas públicas.

Na década de 90 do século passado e após assumpção da economia de mercado como modelo de desenvolvimento, foi elaborado um ambicioso programa de privatizações e redimensionamento empresarial cujos resultados não foram muito animadores, mesmo considerando o novo impulso que o processo teve entre os anos de 2001 e 2008, porquanto os novos proprietários, por razões a que já nos reportamos, não foram capazes de proporcionar por via da iniciativa privada o desenvolvimento económico e com ele dar resolução a demanda da sociedade em termos de fornecimentos de bens e serviços.

Em face dessa constatação afigura-se-nos então a meu ver a reformulação uma vez mais dos parâmetros da intervenção do Estado na economia angolana, porquanto a história da Constituição da nação angolana demonstrou que ele não se pode demitir ou afastar do seu papel de propulsor do desenvolvimento económico e social, que por razões histórias e de conjuntura económica internacional deve ser suficientemente denso.

Este é, pois, o roteiro da nossa apresentação.

2. Noção de Constituição Económica

Ao abordar o tema a que me propus, não posso deixar de analisar a nova constituição económica de Angola, pelas implicações que dela decorrem para a actividade empresarial do Estado e pela influência, que certamente tem, teve e terá nos modelos e modos da sua intervenção na economia, não poderei deixar de buscar e aqui relevar a noção de Constituição económica com que irei operar.

Tomarei a constituição económica³ como o conjunto de normas e princípios relativos à economia, ou seja a Ordem Constitucional Económica.

³ J. Canotilho e V. Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 383.

Do ponto de vista formal a Constituição económica é a parte económica da Constituição do Estado, em que estão contidos os dispositivos essenciais ao ordenamento da actividade económica desenvolvida pelos *actores económicos* (indivíduos, pessoas colectivas, incluindo o Estado).

É neste conjunto de dispositivos que se encontram escalpelizados os direitos, deveres, liberdades e responsabilidades destes mesmos actores no exercício da actividade económica.

Seguindo Sousa Franco e Oliveira Martins, a Constituição económica é conformadora das restantes normas da ordem jurídica da economia⁴.

3. A Evolução da Constituição Económica Angolana

A abordagem que farei a evolução da Constituição económica Angolana terá por base não só os textos constitucionais que vigoraram no período anterior à actual Constituição da República de Angola de Fevereiro de 2010, mas também as leis ordinárias reguladoras da economia em alguns casos.

4. A Lei Constitucional de 1975

A Lei Constitucional de 1975 consagrava postulados constitucionais de âmbito económico assente no projecto constitucional do MPLA dos quais destaco as seguintes linhas de “indirizzo” jurídico-económicas:

- Livre iniciativa da actividade privada dentro dos trâmites da lei;
- Intervenção directa e indirecta do Estado.

A Lei Constitucional e agora a Constituição foram e são as leis supremas que densificam o princípio da ordem jurídica da economia, porém tal não resulta de uma análise só nesta sede, porquanto tam-

⁴ Ver a Constituição Económica Português, Coimbra; Almedina, 1993, p. 16.

bém o legislador ordinário (parlamento e governo) dispõe de plena liberdade para dentro dos trâmites previstos na carta magna, fazer evoluir a Constituição económica.

5. Os Efeitos das Revisões da Lei Constitucional na Constituição Económica

Ao longo dos seus mais de 35 anos de existência, a carta magna de Angola conheceu 186 revisões pontuais com efeitos na Constituição económica nos termos que a seguir irei catalogar:

- 1976 (Lei n.º 71/76 de 11 de Novembro)
- 1977 (Lei n.º 13/77 de 7 de Agosto)
- 1978 (Lei Constitucional, revista de 7 de Fevereiro de 1978)
- 1979 (Lei n.º 1/79 de Janeiro)
- 1980 (Lei Constitucional revista de 23 de Setembro de 1980)
- 1986 (Lei n.º 1/86 de 1 de Fevereiro)
- 1987 (Lei n.º 2/87 de 31 de Janeiro)
- 1991 (Lei n.º 12/91 de 6 de Maio)
- 1992 (Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro)

6. A Periodização da Constituição Económica de Angola de 1975 a 1992

As várias revisões à Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1978, com excepção das que tiveram lugar em 6 de Maio de 1991 e 16 de Setembro de 1992, visaram essencialmente a organização política do Estado.

Assim de 1975 a 1991 não houve alterações essenciais à Constituição Económica, embora a revisão de 7 de Fevereiro de 1978 sobre ela tenha também incidido em termos de reforço dos comandos jurídico-económicos da planificação da economia e do reforço da intervenção do Estado na economia.

Importa agora no âmbito da periodização da Constituição Económica de Angola no período em referência densificar os principais

fundamentos da ordem jurídica da economia, seguindo de perto Ovídio Pahula⁵.

7. Constituição Económica Estatutária (1975/1991)

A Constituição Económica estatutária neste período consagrava dentre outros os seguintes principais fundamentos:

- a. Independência Económica virada para o bem-estar social das camadas populares mais exploradas pelo colonialismo.
- b. Reconhecimento e protecção dos diversos sectores da economia (pública, cooperativa e privada).
- c. Tributação progressiva dos impostos directos.

Como se pode ver através dos princípios enunciados, temos consagrados princípios de base económica socializante assentes no desiderato da construção do socialismo; da igualdade e justiça social, de forte matriz ideológica.

8. Constituição Económica (1975/1991)

A Constituição económica directiva assentava nos seguintes princípios fundamentais:

- a. Acentuado dirigismo do Estado
- b. (Des) intervenção directa e ou indirecta do Estado na economia

Estes princípios comportam a planificação directa e ou indirecta da economia muito típico do socialismo e do centralismo que marcavam as ideias daquela época, a presença quase que incontornável do Estado na Economia, bastante administrativa, com barreiras burocráticas e planos rígidos.

⁵ Ver outros desenvolvimentos in *A Evolução da Constituição Económica Angolana*, Casa das Ideias, p. 98 e seguintes.

Com a revisão da Lei Constitucional de 7 de Fevereiro de 1978 (ver artigos 2.º e 9.º), abre-se um pequeno foco à iniciativa e propriedade privada.

É ainda neste período que se verificam as nacionalizações, confiscos, participações públicas, sociedades de economia mista, extinção de empresas estatais, (re)privatizações, reforma do mercado, do sistema financeiro e bancário, criação e fomento de empresas privadas, cooperativas, abertura ao investimento estrangeiro e ou privado e ao comércio externo.

São prova disso a aprovação de inúmera legislação económica de que podemos salientar a Lei n.º 3/76 de 3 de Março, a Lei n.º 43/76, de 19 de Junho, a Lei n.º 10/88 de 2 de Julho, a lei n.º 12/88 de 9 de Julho, a Lei n.º 13/88, o Decreto -Executivo n.º 18/99 – E.F.E.C.E.M – UEE, o Decreto n.º 2/89 – Títulos de Reajustamento, o Decreto n.º 3/89 – Títulos de Poupança Particular, Decreto n.º 36/89 – Gabinete de Redimensionamento Empresarial, a Lei n.º 5/91 de 20 de Abril – Lei das Instituições Financeiras.

9. Constituição Económica no Período de 1988-1991

A Constituição económica de Angola no período em referência advém de profunda viragem da política económica em Angola resultante de factores de natureza exógenos e endógenos, designadamente a transformação dos Estados “protectores” de bem estar, providência em Estados sociais democráticos e de direito, assim como uma profunda crise económica e política monetária, cambial e fiscal ineficaz.

Este período foi ainda caracterizado por elevados índices de inflação e de um débil crescimento do produto interno bruto (PIB).

A degradação do poder de compra dos salários da função pública e da população angolana, bem como profundas assimetrias económico-sociais entre a Capital, províncias, municípios, comarcas e povoações e grandes movimentos populacionais para as localidades do litoral como resultado da guerra que se estendeu um pouco por todo o País.

Data de 1988 o primeiro programa tentativo de recuperação económica e financeira conhecido em Angola como SEF⁶.

Eram objectivos deste programa a reestruturação do sector empresarial público, a reforma económica do mercado, reavaliação do processo de reprivatizações, reforma do sistema monetário, bancário, cambial e fiscal, passos tendentes a abertura ao comércio externo e ao investimento privado estrangeiro⁷.

Este quadro económico-constitucional proporcionou a abertura para a criação de empresas privadas, mistas e familiares, prevalecendo o princípio das zonas económicas de reserva pública (absoluta e relativa).

As zonas económicas de reserva pública absoluta contribuíram sendo o banco central e emissor, a indústria bélica, actividades considerados com serviços públicos e reservados, por lei, à administração pública.

Como reserva pública relativa estavam reservadas áreas económicas como a distribuição de água e electricidade para o consumo público, saneamento básico, telecomunicações públicas e correios, comunicação social, transportes aéreos, ferroviários e marítimos de longo curso, transportes rodoviários públicos, colectivos e urbanos (pesados e ligeiros), administração de portos e aeroportos.

Esta fase da periodização da constituição económica revela já um volte face no socialismo enquanto modelo económico de desenvolvimento, dando nota ao período de transição da economia com base no princípio plano-mercado.

10. A Constituição Económica de 1992

A Constituição Económica de 1992, não pode ser lida de modo estanque, ou seja considerando apenas o texto resultante da revisão global de 1992.

⁶ Programa de Saneamento Económico e Financeiro.

⁷ Este conjunto de legislação integra para muitos autores a Constituição Económica Material.

Uma boa leitura da Constituição económica de 1992 deve ter em conta a evolução histórica da Constituição cuja periodização vem de uma matriz socialista, a abertura material aos conteúdos dos nossos dias.

Nesta perspectiva encontrámos nela consagrado o princípio da coexistência de sectores de titularidade de direitos económicos fundamentais.

A Lei de Revisão n.º 23/92 deu à Lei Constitucional sobre esta matéria uma nova redacção expressa no seu artigo 10.º ao consagrar que “o sistema económico assenta na coexistência de diversos tipos de prioridade pública, privada, mista, cooperativa e familiar, gozando todos de igual protecção.

O livre acesso e a reserva pública bem como a liberdade económica (livre iniciativa) foram outros princípios plasmados na Constituição Económica de 1992.

O artigo 11.º da Lei Constitucional corporizou estes princípios com remissão para Legislação ordinária dos aspectos da sua regulação.

A eficiência⁸ e a intervenção do mercado e do plano são outros princípios que podemos surpreender na Constituição Económica de 1992, quando estabelece como critério a utilização racional de todas as capacidades produtivas e recursos naturais (artigo 9.º, 2.ª parte da Lei Constitucional), incumbindo ao Estado a criação de condições para o funcionamento eficaz do processo económico, por outras palavras, do mercado (artigo 10.º, da Lei Constitucional).

O artigo 10.º da Lei Constitucional fundamenta ainda o princípio da democracia económica, porquanto é em sede do mesmo que se afirma que o Estado estimula a participação no processo económico de todos os agentes.

11. A Nova Constituição Económica de Angola

A nova Constituição Económica de Angola, resultante da aprovação da Constituição da República de 5 de Fevereiro de 2010, reafirmou

⁸ Ver artigo 11.º n.º2 da Lei Constitucional.

a consagração de uma economia de mercado na base dos princípios e valores da sã concorrência, da moralidade e da ética, previstos e assegurados por lei.

Para alcançar tal desiderato, cabe ao Estado o papel regulador do desenvolvimento económico nacional.

A organização e a regulação das actividades económicas assentam na garantia dos direitos, da liberdade económica em geral, na valorização do trabalho, da defesa do consumidor e do ambiente, constituindo limites ao poder económico, seja ele público ou privado.

A nova Constituição Económica de Angola enumera outros princípios fundamentais sob os quais se alicerça a organização económica, financeira e fiscal, tais sendo dentre outros:

- Livre iniciativa e económica e empresarial, a exercer nos termos da lei
- Respeito e protecção à propriedade e iniciativas privadas
- Função social da propriedade
- Redução das assimetrias regionais e desigualdades sociais
- Concentração social

12. Endereço da Constituição Económica na Constituição da República de Angola

Na actual Constituição da República de Angola a Constituição Económica tem endereço certo. Dela fazem parte o direito à livre iniciativa económica previsto no artigo 38.º da CRA inscrito no Capítulo II sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais; a propriedade intelectual prevista no artigo 42.º do CRA, também inscrito no Capítulo II; o direito do trabalho e os direitos do consumidor previstos respectivamente nos artigos 76.º e 78.º da CRA e ambos inscritos no Capítulo III sobre direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

O título III relativo a organização económica, financeira e fiscal, dedica 16 artigos com disposições referentes a organização económica (do artigo 89.º ao artigo 104.º).

Também é de considerar nesta sede o título IV da organização do poder do Estado, os dispositivos constitucionais sobre competências para a definição da política económica pelos órgãos de soberania, como o que resulta do artigo 120.º referente as competências do titular do Poder Executivo⁹, em especial no que diz respeito as alíneas b), c) e d); artigo 162.º alíneas b), d) referentes as competências de controlo e fiscalização da Assembleia Nacional no exercício do Poder Legislativo.

13. Origem e Formação do Sector Empresarial do Estado

Podemos distinguir neste processo 4 fases:

- 1.ª Fase de transição – das intervenções na gestão e no capital das empresas
- 2.ª Fase das nacionalizações e confiscos
- 3.ª Fase da consolidação e gestão do sector empresarial do Estado
- 4.ª Fase do redimensionamento

Na 1.ª fase e publicada a Lei n.º 3/76 diploma em que assentou a formação não só do vastíssimo sector público ou sector empresarial do Estado angolano, como também foi a base em que assentou a transformação do modelo misto da constituição económica na sua versão original da constituição da 1975, no modelo socialista ou de transição para o socialismo da constituição económica pós revisão de 1978.

Com efeito, já na fase de transição, com o Decreto-Lei n.º 128/75, as empresas participadas pelo Estado ou outras pessoas colectivas públicas, aliado ao êxodo de empresários e proprietários portugueses de empresas sediadas em Angola, o Estado angolano viu-se obrigado a crescentes intervenções directas na economia, na gestão e constituição de novas empresas públicas com os objectivos de levar a vante

⁹ O Conselho de Ministros enquanto órgão auxiliar do Presidente da República, compete pronunciar-se nos termos do n.º 4 do artigo 134.º do CRA, sobre instrumentos de planeamento nacional de medidas gerais de execução do programa de governação do Presidente da República.

o programa da transição e colmatar os desequilíbrios causados pelo referido êxodo.

Assim após a independência é publicada a Lei n.º 3/76 de 3 de Março e outras leis de intervenção, gestão, confiscos e nacionalizações de patrimónios pertencentes à empresas de diferentes sectores económicos como: agrário, minério, da indústria transformadora e bancária, predial urbana e habitacional.

A Lei n.º 3/76 estabelecia que os meios de produção nacionalizados poderiam ser entregues quer as unidades económicas estatais UEE; as cooperativas de produção agrícola ou industrial para o desenvolvimento da industrialização auto-centrada; bem como cooperativização da agricultura e da pequena indústria.

Este diploma define as bases gerais para gestão das UEE, quer as já existentes, quer as que viessem a ser criadas pelo Estado, e estabelece as qual o grau de dependência das UEE face o Estado. O objectivo deste diploma era «...garantir o necessário e correcto enquadramento das UEE na política sectorial e regional e por outro lado o princípio fundamental de que a sua gestão deve estar assente no controle do Estado...».

Estabelecia no preâmbulo que a política económica caracterizava-se pela existência de 3 sectores: as UEE, as cooperativas e também empresas privadas que segundo a lei deveriam actuar de forma a contribuírem para reorganização e o aumento da produção de bens essenciais a melhoria das condições de vida da população.

A economia centralizada exige o alargamento da cooperação e o desenvolvimento de um sector estadual que efective o controlo das grandes e médias empresas estratégicas bem como a maximização dos recursos existentes.

As nacionalizações foram feitas por determinação do Conselho da Revolução sob proposta do Conselho de Ministros, e podia incidir sobre uma parte ou mesmo a totalidade dos bens pertencentes a:

- empresas nacionais e estrangeiras consideradas importantes para a economia de resistência;
- empresas cuja permanência no sector privado fosse considerado contrário ao interesse nacional;

- empresas com débitos para com o Estado, bem como aquelas cujos administradores: e/ou directores tenham praticado actos de desvio de fundos ou colaborado com órgãos fascistas.

Após a nacionalização era nomeada uma comissão de emergência com a missão de fazer o inventário do activo e do passivo, e de no prazo de 65 dias elaborar o novo estatuto orgânico da empresa que era depois submetido a aprovação do conselho de ministros. É exemplo de criação de empresas: a Empresa Pública de Abastecimento – EMPA que teve vida efémera.

As empresas gozavam segundo a lei de autonomia administrativa e financeira e classificavam-se em:

1. empresa estatal de âmbito nacional ----- que eram criadas pelo Conselho de Ministros sob proposta do Ministro de tutela.
2. empresa estatal âmbito regional ----- que eram criadas por despacho conjunto do; Ministro das Finanças; pelo Ministro de tutela e pelo titular do já extinto cargo de Vice – Primeiro Ministro para o plano, conforme o estabelecido nos artigos 5.º e 6.º da Lei N.º 7/77.

As empresas estavam sujeitas a um triplo controlo:

- A) do Ministro de tutela
- B) da Comissão Nacional do Plano e da assembleia de trabalhadores
- C) do Ministro das Finanças.

A Lei n.º 17/77 prevê também como órgão das E.P, um conselho de direcção integrado pelo director, os chefes dos departamentos centrais, um representante da UNTA, e um trabalhador.

14. Âmbito do Sector Empresarial do Estado

As empresas do Estado e as empresas mistas.

Podemos entender como empresas do Estado, as empresas estatais ou UEE; as empresas de capitais estatais; e as empresas exclusivamente

participadas por empresas estatais nos termos da lei comercial. Por empresas mistas entendem-se todas aquelas que além do capital estatal (que era majoritário) comportem capitais privados nacionais ou estrangeiros.

Durante mais de 10 anos, o regime angolano das UEE, foi o estabelecido na Lei n.º 17/77 de 15 de Setembro, e segundo esta uma empresa estatal é uma unidade económica, propriedade do povo angolano gerida pelo Estado destinada a produção e distribuição de bens, e a prestação de serviços com vista a construção das bases materiais e éticas do socialismo.

A empresa estatal goza de personalidade e capacidade jurídica, independência económica e autonomia administrativa e financeira; está subordinada às directrizes do plano nacional e as orientações dos órgãos superiores.

A Lei n.º 17/77 foi revogada pela Lei n.º 11/88, de 9 de Julho, que constituiu durante alguns anos a lei de bases das E.P. Esta lei define as empresas estatais como sendo comunidades económicas propriedade do Estado, criadas através de mecanismos previstos na lei, destinadas a produção e distribuição e bens, e a prestação de serviços. Este conceito não difere muito do da Lei n.º 17/77 apresentando algumas alterações: por um lado a consagração do termo propriedade pública anteriormente atribuída ao povo é agora atribuída ao Estado. Estamos perante a consagração de uma nova dimensão de pessoa jurídica distinta das sociedades comerciais as quais a lei não equipara, conforme José A. Moraes Guerra. Esta lei foi posteriormente revogada pela Lei n.º 9/95 de 15 de Setembro.

Empresas de capitais estatais e empresas participadas por empresas estatais.

Também estas empresas integram o sector empresarial do Estado na sua mais lata dimensão. As empresas são no entender do autor acima referido, sociedades comerciais de capitais inteiramente subscritos pelo Estado exclusivamente ou com pessoas colectivas públicas como as autarquias locais e os institutos públicos.

Já as empresas participadas por empresas estatais são sociedades comerciais constituídas por iniciativa própria das empresas estatais, como manifestação da sua maior autonomia patrimonial.

15. Análise da Empresas Públicas à Luz da Lei n.º 9/95

A Lei n.º 9/95 traça o regime geral das E.P., e os estatutos das mesmas abordam apenas especificidade, nomeadamente no que respeita a estrutura orgânica.

À luz da legislação actualmente em vigor, os direitos do Estado enquanto proprietário são exercidos pelo Ministro das Finanças. Além do presente diploma as E.P. regem-se pelos referidos estatutos e nos casos omissos pelo direito privado, devendo no exercício das suas funções obedecer aos princípios da eficiência, da maximização dos lucros, da racionalização dos recursos, bem como da protecção dos trabalhadores.

Segundo o art. 21.º do referido diploma constituem receitas das E.P.:

- a) as receitas resultantes da sua actividade
- b) o rendimento de bens próprios
- c) as dotações e subsídios do Estado
- d) doações, heranças ou legados

As E.P. são entidades com fins lucrativos, e os seus lucros devem servir para constituição de: reserva legal, fundo de investimento e fundo social.

O lucro restante deverá ser entregue ao Estado como proprietário da empresa e também servir para atribuição de estímulo aos trabalhadores.

A actividade das empresas públicas é orientada pelo Estado através de instrumentos de regulação económica. A avaliação do desempenho das actividades das empresas públicas é da responsabilidade do Ministério da Economia e Finanças em colaboração com os ministérios que superintendem os respectivos ramos da actividade.

A gestão económica e financeira das empresas públicas é garantida através de planos e orçamentos plurianuais; planos e orçamentais anuais; relatórios de contas que deverá ser elaborado até 31 de Março e com referência a 31 de Dezembro do ano anterior segundo o art. 33º.

A actividade da empresa pública está sujeita ao controlo do órgão de tutela da actividade e do Ministério da Economia e Finanças.

Os órgãos obrigatórios das empresas públicas são:

- a) Conselho de Administração
- b) Conselho Fiscal

As empresas públicas são criadas por iniciativa:

- a) Decreto do Conselho de Ministros sob tutela do Ministro que tutela o ramo de actividade da empresa quando se trate de empresa quando se trate de empresa de grande dimensão.
- b) Decreto Executivo conjunto, no caso de empresa de média e pequena dimensão podem ser constituídas por iniciativa do Ministro que tutela o ramo ou o Governo Provincial.

As pessoas acima indicadas nos termos da mesma lei elaboram uma proposta de criação de empresa que deve integrar um estudo de viabilidade técnica, economia e financeira do qual conste a caracterização completa do projecto, volume de investimentos, etc.

A proposta deve também ser acompanhada de um projecto de estudos nos termos do art. 36º da Lei n.º 9/95. Após a sua criação as empresas públicas estão sujeitas à registo.

Sob regulamentação do Conselho de Ministros, podem as empresas públicas já existentes ou novas, agrupar-se como resultado de uma integração vertical ou horizontal de produção.

O art. 45.º da lei em análise, implicitamente faz referência ao facto do Governo exercer maior controlo sobre as empresas de grande dimensão, ao estabelecer que “nas empresas de grande dimensão os membros do Conselho de Administração são nomeados exonerados pelo Conselho de Ministros, sob proposta conjunta dos Ministros Tutela e das Finanças.

A mesma lei remete para os estatutos das empresas públicas o tratamento sobre as formas adequadas de intervenção dos trabalhadores no desenvolvimento e controlo da actividade da empresa.

O Conselho de Administração como órgão mútuo terá o número de membros fixados nos estatutos, e o conselho fiscal será constituído por 3 membros designados pelos Ministros das Finanças e Ministro da

Tutela por um período de 3 anos. Nas empresas de pequena dimensão as funções do conselho fiscal podem ser desempenhadas por único fiscal.

As empresas públicas respondem civilmente perante terceiros por actos praticados pelos seus administradores, nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos actos dos comissários – art. 49.º.

16. Reserva do Estado Angolano

Quando começaram as privatizações de empresas por parte do Estado, uma das questões preliminares e predominantes era a de saber até que ponto e em que domínios estava o Estado, detentor exclusivo de todas estruturas económicas, disposto a continuar com a privatização total ou parcial das mesmas estruturas económicas, já que seria uma condição para se admitir alterações à alguns princípios expressos na Lei n.º 10/88 de 2 de Julho “Lei das Actividades Económicas”, e nomeadamente o disposto no art. 17.º – Reserva do Estado.

Em Angola há 3 tipos de reservas nos diversos tipos de actividades.

1º No sector público – reserva absoluta:

- produção, distribuição e comercialização de material de guerra;
- actividade bancária no respeitante ao Banco Central e Emissor;
- administração de portos, – daqui se presume que os terminais dos portos por exemplo podem ser alvo de privatização.

2º Reserva relativa – actividades exercidas por contratos de concessão temporário:

- energia eléctrica para consumo público
- transportes ferroviários,
- saneamento básico
- serviços de portos, aeroportos, postais e telecomunicações

3.º Reserva de controlo:

- para actividades a exercer com participação de entidades do sector público em posição majoritária que abarca o transporte aéreo regular de passageiros domésticos, comunicação por via postal.

17. Empresas do Sector Empresarial do Estado

Sector das pescas é constituído por 8 empresas das quais 2 de média dimensão, 5 de pequena dimensão e uma grande.

Sector do comércio é constituído por 6 empresas das quais 3 de grande dimensão, 2 médias e uma pequena.

Sector de hotelaria e turismo constituído por 3 empresas das quais 1 grande e 2 médias.

Sector das obras públicas e urbanismo constituído por 26 empresas das quais 3 grandes, 11 médias e 11 pequenas.

Sector dos transportes constituído por 16 empresas das quais 9 são da grande dimensão, 4 de média e 3 de pequena.

Sector da Indústria é o sector com mais empresas constituído por 86 empresas das quais 15 grandes, 37 médias e 34 pequenas.

Sector da agricultura constituído por 7 empresas das quais 3 grandes, 3 médias e 1 pequena.

Sector da geologia e minas é constituído por 3 empresas entre as quais a Endiama que comporta no seu seio inúmeras empresas de pequena dimensão.

Sector da energia e águas constituído por 4 empresas das quais 3 grandes e 1 pequena.

Sector das finanças constituído por 4 empresas de grande dimensão das quais 3 bancos e 1 caixa de crédito.

Actividades desenvolvidas por algumas empresas do sector empresarial do Estado.

Telecomunicações – este ramo é gerido pela Angola Telecom sendo constituída pela Empresa Nacional de Telecomunicações – ENATEL e pela Empresa Pública de Telecomunicações – EPTEL, que trabalham ambas no mercado nacional. Segundo livro monografia de Angola o

governo prometeu privatizar a Angola Telecom como parte de plano para atingir a economia de mercado, distinguindo-se entre um serviço fundamental que se manterá como reserva do Estado e a prestação de alguns serviços como telefonia celular.

Actividade bancária

Banco Nacional de Angola (BNA) – até 1991 desempenhou as funções de banco central e comercial pois em Abril do mesmo ano a Lei n.º 4/91 de 20 de Abril transfere as funções comerciais para outros bancos que foram criados mais tarde, vindo a deixar definitivamente esta função a 1 de Setembro de 1996.

Actualmente, o BNA dedica-se a actividades de emissão e controle de sistema monetário. Tem mais de 30 agências espalhadas pelo país e o principal intermediário nas operações cambiais.

Tem apoio do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco de Portugal, opera também com o Banco de Comércio e Indústria (BCI), com Banco de Poupança e Crédito (BPC) e com a Caixa de Crédito Agro-Pecuária e Pescas (CAP). A lei orgânica do BNA é a lei 6/97 de 11 de Julho que definiu como pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira com natureza de empresa pública, que tem a sua sede em Luanda e cujo objectivo principal é assegurar a preservação da moeda nacional.

Banco Popular de Angola (BPA) surge como resultado do confisco do Banco Comercial de Angola SARL, e existiu como um instrumento centralizado de fluxos de poupança interna orientando-os para os investimentos com vista ao relançamento da produção. Em 1991 por determinação do Decreto n.º 47/91 de 16 de Agosto este banco foi transformado em sociedade anónima passando a designar-se Banco de Poupança e Crédito SARL.

Banco de Comércio e Indústria (BCI) foi criado em 1991 pelo Decreto 8 A/91 de 16 de Março e iniciou as suas funções no mesmo ano. Foi criado com 91% do capital do Governo através do Ministério das Finanças, e os restantes 9% foram fornecidos por empresas públicas correspondendo 1% a cada uma delas, sob a forma de sociedade anónima.

Caixa de Crédito Agro-Pecuária e Pescas (CAP) foi criada com fundos dos lucros do BNA e recursos da privatização. Nasce como pessoa colectiva de direito público e funciona junto do banco central.

A partir da Lei n.º 5/91 das instituições financeiras houve significativas modificações no sistema financeiro angolano. Neste quadro a actividade bancária deixou de ser reserva exclusiva do Estado permitindo surgimento de empresas privadas neste sector, um exemplo disto é a CAP que foi inicialmente criada pelo Decreto 8 B/91 de 16 de Março e foi transformada em sociedade anónima de responsabilidade limitada designada CAP SARL, pelo Decreto 19/98 de 17 de Julho.

Empresas de Seguros e Resseguros de Angola (ENSA) as regras da actividade da empresa de seguros em Angola ainda é regulada pelo Código Comercial. O seguro surge em Angola no princípio do século e em 1945 já havia regulamentação para o assunto. Esta actividade verificou um rápido crescimento até 1961 e era regulada pelo Instituto de Crédito e Seguros de Angola. Como aconteceu em quase todos ramos, com a proclamação da independência verificou-se de um grande declínio provocada pela fuga de especialistas e o abandono de agências. Da nacionalização de 26 seguradoras nasce a ENSA, criada pelo Decreto 17/78 de 1 de Fevereiro que institui o monopólio estatal da actividade seguradora. Actualmente 67% dos compradores são indústrias petrolíferas, 20% empresas de aviação e 12% outros ramos.

Em 1995, a Lei n.º 9/95 vem estabelecer um novo regime jurídico para as empresas do Estado que deixaram de se chamar unidades económicas estatais e passaram para empresas públicas.

TAAG – Linhas Aéreas de Angola esta empresa do Estado foi criada por força do Decreto 15/80 e existiu como UEE até 1997 altura em que é elaborado o Decreto n.º 31/97 de 2 de Maio.

A TAAG é uma empresas pública que rege-se pelos princípios de autonomia administrativa e financeira, patrimonial e de gestão, que segundo ao art. 1.º do Decreto n.º 31/97 e tendo em conta a sua vocação internacional a empresa poderá ser designada por Angola Airlines e está sob a tutela do Ministério dos Transportes.

De acordo com o art. 6.º do estatuto os órgãos sociais da empresa são:

- a) o Conselho de Administração que é constituído por 5 administradores nomeados pelo Conselho de Ministros sob a proposta conjunta dos Ministros das Finanças e dos Transportes.
- b) Conselho Fiscal

A TAAG tem por objecto principal o transporte aéreo de passageiros, carga e correio, bem como a prestação de serviços e a realização das operações comerciais industriais e financeiras relacionadas directa ou indirectamente com a referida actividade.

ENDIAMA – em Outubro de 1919 foi criada a empresa Diamang na altura em que haviam sido descobertas as primeiras pedras a margem de um rio. Foi nacionalizada passando a ser uma empresa mista e existiu como tal até 1986 altura em que se constatou que se encontrava no Estado de falência técnica pois tinha deixado de poder honrar os seus compromissos. Para solução do caso foi nomeada uma comissão liquidatária que incluía um representante de ENDIAMA, um do BNA e outro de Ministério das Finanças. Esta comissão apurou o montante da dívida da empresa e esta foi assumida pelo Estado angolano.

A Diamang era uma empresa mista na qual o Estado angolano tinha uma participação de 77%, e exercia a sua actividade nas Lendas, enquanto que a ENDIAMA exercia a sua actividade nas restantes regiões do país. Quando em 1986 desaparece a Diamang, a ENDIAMA passou a ser a concessionária nacional detendo o monopólio da actividade.

O estatuto da ENDIAMA foi aprovado pelo Conselho de Ministros em conformidade com o art. n.º 37 da Lei 9/95, através do Decreto 30 A/97 de 25 de Abril. A ENDIAMA rege-se ainda pela lei dos diamantes Lei n.º 16/94 de 7 de Outubro, pela Lei de Actividade Geológica e Mineira – Lei 22 B/92.

SONANGOL – a Sociedade Nacional de Combustíveis de Angola foi criada pelo Decreto n.º 52/76 de 9 de Junho com um estatuto provisório que foi posteriormente revogado pelo estatuto aprovado pelo Decreto n.º 97/80 de 2 de Setembro. 13 anos mais tarde por ter se “...tornado um poderoso instrumento de desenvolvimento sócio económico e impulsor da indústria petrolífera em Angola...”

a empresa teve necessidade de aperfeiçoar a sua organização, para aumentar a sua eficiência. Para o efeito foi elaborado um novo estatuto mais adequado a realidade da empresa que foi aprovado pelo Decreto n.º 8/91 de 16 de Março.

Esta empresa tem por objecto social a prospecção, pesquisa, produção, transporte, comercialização, refinação e transformação de hidrocarbonetos, líquidos e gasosos e seus derivados, incluindo a actividade petroquímica conforme o art. 4.º n.º 1. Podem ainda dedicar-se directo ou indirectamente a outras actividades complementares ou acessórias, pode também construir novas empresas ou associações para prossecução do seu objecto social.

A SONANGOL cresceu muito e agrupa várias empresas nos ramos descritos no artigo 4.º n.º 1 do seu estatuto, por isso o seu próximo estatuto já em estudo será constituída em Holding.

18. Privatizações e Redimensionamento Empresarial

Em Março de 1991, verificaram-se alterações profundas, na Lei Constitucional através da lei da revisão Lei n.º 12/91 que consagra o multipartidarismo e os princípios basilares da economia de mercado. Nos anos 1990-1991 começa o processo de privatizações e redimensionamento no âmbito da implementação da economia de mercado em Angola. O respaldo legal desta actividade foi estatuído primeiro nos Decretos n.º 32/89 de 15 de Junho e 8 H/91 de 16 de Março. Mais tarde foi publicada a lei das privatizações, Lei n.º 10/94 de 31 de Agosto.

As privatizações podem revestir as seguintes modalidades:

- 1.º) privatização total ou privatização da titularidade que implica a alienação dos activos, acções ou cotas;
- 2.º) privatização parcial que como o nome indica, afecta apenas parte do património da empresa.

Para as empresas da grande dimensão, a privatização é efectuada por decreto-lei, e para as empresas de média e pequena dimensão a privatização é efectuada por Decreto-Executivo conjunto do Ministério das Finanças e do Ministério de Tutela.

O Estado efectua as privatizações visando atingir os seguintes objectivos:

- eficiência, produtividade e competitividade da economia das empresas
- redução do peso do Estado na economia e desenvolvimento do sector privado
- promoção de concorrência entre agentes económicos
- ampliar a participação dos cidadãos angolanos na titularidade do capital das empresas.

No quadro do redimensionamento as empresas públicas podem criar e associar capitais públicos com capitais privados nacionais ou estrangeiros criando sociedades comerciais ou empresas mistas de acordo com art. 68.º da Lei n.º 9/95. Um exemplo disso são as empresas SAL e Air Charter que resultam de parceria em que a ENDIAMA detém 49% e a TAAG tem 51%; a empresa SODAP em que a ENDIAMA tem 45% do capital tal como na empresa TRANSDIAMA. De acordo com o mesmo artigo estas empresas regem-se pela lei comercial.

As perspectivas de privatização e redimensionamento do Estado angolano para o biénio 1998-2000 (Anexo n.º 1)

No período de 2001-2008, o processo de privatizações em 2.ª fase conheceu o seu maior impulso, com a conclusão de 86 operações de alienação de activos de empresas e participações sociais na capital de sociedades comerciais.

Desta operação resultou um encaixe para os cofres públicos no valor de KZ2.526.888.580,45 (equivalente a USD 40.508.646,95).

Em termos percentuais as empresas por sectores representaram:

Indústria	61,2%
Hotelaria e Turismo	20,2%
Comércio	4,3%
Agricultura	1,2%
Obra Pública	1,2%
Transportes	3,3%
Petróleos	8,6%

19. Novos Parâmetros de Intervenção do Estado na Economia Angolana no Exercício do seu Papel de Propulsor do Desenvolvimento Económico e Social

Os novos parâmetros da intervenção do Estado na economia angolana, considerando o seu papel de propulsor do desenvolvimento económico e social, reconduz-nos para o repensar ou a reformatação das funções do Estado.

Esta análise coloca-nos perante as seguintes questões a que é necessário dar respostas:

Quais as áreas económicas em que o Estado deve estar presente?

De que forma deve ocorrer a intervenção caso ela se revele necessária?

Qual a densidade dessa intervenção?

O que fazer para reformatar essa intervenção?

Em resposta ao primeiro desses quesitos existem orientações segundo as quais o Estado deve ter a sua acção tão só circunscrita a esfera de soberania, podendo partilhar o serviço público com entidades privadas, ficando o sector empresarial e numa outra extensão, toda a actividade económica circunscrita aos privados.

Entretanto, os últimos acontecimentos da economia mundial e da própria economia angolana, depois da adopção económica de mercado e da edificação de um sistema político multipartidário, revelaram que as coisas não podem decorrer de todo em todo assim.

O Estado deve sim a meu ver intervir na economia de modo a assegurar a justiça e a coesão social, preservando a equidade intergeracional, protegendo os cidadãos com parcisos recursos, permitindo-lhes o acesso a bens e serviços fundamentais que as constituições políticas dos países consagram.

Para o efeito deve ser confiada ao Estado no quadro da intervenção económica um forte investimento na preparação do capital humano para as necessidades do mercado, nas infra-estruturas potenciadoras da actividade económica e com elas o desenvolvimento.

Em busca da competitividade e eficiência, o Estado deve criar o quadro legal para o efeito.

Quanto a densidade dessa intervenção, defendo que deve ser necessário assegurar tanto quanto possível a livre iniciativa económica e um mercado capaz de atender os propósitos constitucionais de justiça social.

O que fazer então para atingir tais propósitos no quadro da reformulação dessa intervenção?

Deverá desencadear todas acções de natureza legal, organizacional ou empresarial para atender o postulado no artigo 21.º da Constituição da República de Angola, com especial ênfase para as alíneas b), c), d), e), f), g), h), i), m), o), p) e q).

O papel propulsor do Estado na economia angolana, encontra ainda conforto nos artigos 89.º, 90.º, 91.º e 92.º da Constituição da República referente a organização económica e princípios sobre os quais repousa a sua acção.

Neste quadro e no âmbito da política económica, o Estado angolano teve a atenção devida na reestruturação do sector empresarial público com realce para empresas públicas no sector dos transportes (TAAG), telecomunicações (Angola Telecom), da comunicação social (TPA e RNA) projectando igual intervenção a empresas prestadora de utilities, como a EDEL e ENE (sector energético) e a EPAL (sector das águas).

No cumprimento do artigo 91.º da Constituição da República, desenvolveu acções tendo em vista a preparação do plano nacional e o programa de investimentos públicos para o corrente ano de 2012.

Neste quadro, estão projectados investimentos públicos num valor total de AKZ.877.685.681.350,00 (USD 8.773.856.813,50).

No âmbito do seu papel regulador da economia, o Estado angolano aprovou em Janeiro de 2011, o quadro normativo das parcerias público-privado (Lei n.º 2/11 das Parcerias Público-Privadas).

Ainda na perspectiva do seu papel propulsor do desenvolvimento económico e social aprovou um programa de fomento empresarial e foi promulgada a Lei n.º 30/11 das Micro, Pequenas e Médias Empresas, tendo encomendado um estudo sobre a “Caracterização do Sector Empresarial Privado Angolano”.

Enquadra-se ainda nas acções de intervenção do Estado na economia angolana, a criação da zona económica especial de Luanda e

Bengo¹⁰, no âmbito da qual entraram em funcionamento 8 das 70 unidades fabris dedicadas a produção de materiais de construção de capital importância no actual contexto de reconstrução e desenvolvimento de Angola.

Segundo o Resumo do Memorando sobre a Actividade do Executivo Angolano, referente ao último trimestre de 2011, ainda durante o ano de 2012 entrarão em funcionamento 16 novas fábricas.

No domínio dos transportes, um grande investimento vem sendo feito pelo Estado angolano, com a recuperação das infra-estruturas ferroviárias e reactivação dos Caminhos de Ferro de Luanda, Caminhos de Ferro de Benguela e os Caminhos de Ferro do Namibe. Existem fortes indicações de que após a revitalização do sector dos transportes ferroviários, ele será aberto ao investimento privado.

20. Conclusão

Pelo disposto constatámos que no período colonial quase não existia actividade empresarial desenvolvida pelo Estado. Após a proclamação da independência do Estado Angolano em 1975, e com a fuga de grande parte dos proprietários e especialistas de empresas bem como de investidores, o sector empresarial conheceu um declínio.

Para fazer face a esta situação o Estado Angolano criou um instrumento jurídico, nomeadamente a Lei n.º 3/76 – das nacionalizações e confiscos, através da qual o Estado ganhou o direito de propriedade sobre as empresas que tinham sido abandonadas. Posteriormente forma publicados outros diplomas como a Lei n.º 17/77, e ainda mais tarde a Lei n.º 9/95 que é a actual lei das empresas públicas.

Entretanto a filosofia da economia planificada e excessivamente controlada pelo Estado em termos de ter sido apenas ele a determinar o que produzir, como produzir e para quem produzir, tornou a actividade empresarial ineficiente e longe da competitividade.

Apesar de se ter incorporado na Constituição económica de Angola várias disposições com vista a dar um outro fôlego a actividade empre-

¹⁰ Vide Decreto Presidencial n.º 49/11, de 19 de Março.

sarial e consequentemente impulsionar a produção de bens e serviços com vista a atender a demanda dos cidadãos, tal desídrato não foi alcançado.

As alterações constitucionais de 1991, em especial aqueles que abriram caminho para o multipartidarismo e os princípios basilares para a economia de mercado, levaram a uma nova formatação da actividade empresarial do Estado em Angola, por via de um processo de privatizações e redimensionamento empresarial, que por razões decorrentes da insipiência do empresariado nacional privado, carência de capitais e instabilidade político-militar que então se vivia frustrou uma vez mais os objectivos de edificação de uma economia com uma menor e em alguns casos até mesmo inexistente intervenção do Estado como agente económico.

Perante mais esse fracasso e agora melhor compreendido pelas autoridades políticas de Angola de que o desenvolvimento económico não é espontâneo, foi gizada uma estratégia de desenvolvimento assente no plano nacional, visualizando os objectivos de longo prazo impulsionado pela acção dos poderes públicos que passa pela potencialização das localidades e o financiamento do desenvolvimento com base num modelo de gestão e de intervenção do Estado na Economia qualitativamente superior e cujas principais linhas de força foram expandidas nesta apresentação.

O bem fundado desta intervenção económica do Estado na economia angolana pode então ser definida através do estudo do seu impacto no desenvolvimento do País e do bem-estar dos angolanos, tarefa que julgo que as instituições universitárias do País, os seus académicos e todos os que se interessam pelo País e pelo Continente Africano, continuarão a ter entre as suas linhas de estudo e investigação.

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
	<i>SECTOR DAS PESCAS</i>		
	Província de Luanda		
1	ENATIP	Média	Reestruturação/Privatização
2	ERMANAL	Pequena	Privatização
3	SOCONAL	Pequena	Privatização
4	EDIPESCA	Média	Privatização
	Província do Kwanza-Sul		
5		Grande	Privatização
	Província de Cabinda		
6	COMPLEXO DE FRIO	Pequena	Privatização
	Província de Benguela		
7	ERMANAL (Estaleiro Caota)	Pequena	Privatização
	Província do Namibe		
8	COMPLEXO SOMAR (Edipesca Namibe)	Pequena	Privatização
	<i>SECTOR DO COMÉRCIO</i>		
	Província de Luanda		
9	ANGODESPACHOS – LUANDA	Grande	Privatização
10	EXPORTANG	Média	Privatização
11	MAQUIMPORT	Média	Privatização
12	CASA DAS CORREIAS	Pequena	Privatização
13	MECANANG	Grande	Privatização
14	ENSUL	Grande	Privatização
	<i>SECTOR DA HOTELARIA E TURISMO</i>		
15	ANGHOTEL (Luanda, Benguela, Huíla, Cabinda)	Grande	Privatização
16	EMPROTEL	Média	Privatização
17	ANGOTUR	Média	Privatização
	<i>SECTOR DAS OBRAS PÚBLICAS E URBANISMO</i>		
	Província de Luanda		
18	TECNOTÚNEL	Média	Privatização em curso
19	CCA – Companhia de Cerâmica de Angola	Média	Privatização em curso

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
20	EMPROE+(Fábrica Mármore e Cantarias-Peq.dimensão)	Grande	Privatização em curso
21	ENDIMAC	Média	Privatização em curso
22	GEOTÉCNICA + (U.P. CAVAN – Pequena dimensão)	Grande	Privatização
23	MANUTÉCNICA	Média	Privatização
24	TECNOGIRON	Média	Privatização
25	ICER	Pequena	Privatização
26	CONSTROI + (Carpintaria – Pequena dimensão)	Média	Privatização em curso
27	UNICERÂMICA	Média	Privatização parcial
28	NOVOBRA	Pequena	Privatização
29	RUC	Pequena	Privatização
30	ENEP	Média	Privatização
31	ECOSENG	Pequena	Privatização
32	ENCOI	Pequena	Privatização
33	INSTAL	Pequena	Privatização
34	CERÂMICA CATETE	Pequena	Privatização
35	CERÂMICA KIBALA	Pequena	Privatização
36	JOSÉ RODRIGUÉS	Pequena	Privatização
	Província de Benguela		
37	ENCIME	Média	Privatização em curso
	Província do Kwanza-Norte		
38	CERÂMICA LUCALA		Privatização
	Província do Nanibe		
39	EMPREDI	Pequena	Privatização
	SECTOR DO CAFÉ		
40	EMPRESAS TERRITORIAIS	Pequena	Privat. de 21.148 ha
41	CAFANGOL	Grande	Privatização parcial
42	PROCAFÉ	Média	Privatização parcial
43	UIGIMEX	Média	Privatização parcial
	SECTOR DOS TRANSPORTES		
44	SÉCIL MARÍTIMA	Grande	Transf.soc.comercial

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
45	ANGONAVE	Grande	Transf.soc.comercial
46	CABOTANG	Média	Transf.soc.comercial
47	C.F. LUANDA	Grande	Transf.soc.comercial
48	C.F. MOÇAMEDES	Grande	Transf.soc.comercial
49	C.F. AMBOIM	Grande	Extinção
50	PORTO DE LUANDA – Terminais	Grande	Concessão
51	PORTO DO LOBITO – Terminais	Grande	Concessão
52	PORTO DO NAMIBE – Terminais	Grande	Concessão
53	ABAMAT	Grande	Transf.soc.comercial
54	MANAUTOS	Pequena	Reestruturação/Privatização
55	ETP'S	Pequena	Privatização
56	ETIM'S	Média	Privatização
57	TRANSNORTE	Média	Transf.soc.comercial
58	CONDAUTOS	Pequena	Privatização
59	AGENANG	Média	Privatização
SECTOR DA INDÚSTRIA			
Província de Luanda			
60	REFRINOR	Média	Reest./Privatização parcial
61	PANGA-PANGA	Grande	Privatização parcial
62	ENTEX (Textang I, Fiangol, Facobang, Satec)	Grande	Privatização parcial
63	COMETA (I, II, III)	Grande	Reest./Privatização parcial
64	ENACMA (U.P. Kunene, Kuito, Keve, Afrimax)	Grande	Reest./Privatização parcial
65	BOLAMA (Combal, Villares I e Villares II)	Média	Privatização parcial
66	METANGOL – LUANDA	Média	Privatização em curso
67	TRANSAPRO	Grande	Extinção/Liquidação
68	LIMOCA (Liangol, Cafés Palanca, Somil)	Média	Privatização parcial
69	ETM	Média	Privatização
70	GADIL (Perlim, Smyrna)	Pequena	Privatização
71	DECORANG (Decorser, Decorsin, Sede)	Média	Privatização
72	MAMOPOL	Pequena	Privatização

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
73	EPAN / LUANDA	Grande	Privatização em curso
74	VIDRUL	Média	Privatização em curso
75	MOAGEM DO KIKOLO	Média	Privatização
76	HERÓIS DE KANGAMBA	Média	Privatização
77	PROMIL/MOAGENS DE CAHAMANA	Média	Privatização
78	MOAGEX	Média	Privatização
79	ACUNOR	Grande	Extinção/Reconversão
80	DIOGO D'AVILA	Pequena	Privatização em curso
81	IMAL	Média	Privatização
82	SOPÃO	Pequena	Privatizada
83	TEXTANG II	Grande	Privatização parcial
84	IFA	Pequena	Privatização em curso
85	FABIMOR	Média	Desintervenção/privatiz.
86	SUCANOR	Média	Reest./Contrato de gestão
87	SIDERURGIA	Grande	Privatização parcial
88	FIDRO	Pequena	Privatização
89	CEVIAN	Pequena	Privatização
90	ENEPA	Grande	Reestruturação/Privatiz. Parcial
91	FATA	Média	Privatização parcial
92	METANG	Média	Privatização
93	CUCA/Luanda (CERVAL)	Grande	Privatização parcial
94	EKA	Média	Privatização parcial
95	NOCAL	Média	Privatização parcial
96	SOMETAL INDUSTRIAL	Pequena	Privatização
97	VININORTE (Covip)	Grande	Privatização
98	COFRIANG	Pequena	Privatização
99	ICOMEL	Pequena	Privatização
	Província de Benguela		
100	ÁFRICA TEXTIL	Grande	Privatização parcial
101	REFRICENTRO	Média	Privatização

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
102	MASSAS CENTRO E SUL	Pequena	Privatização
103	EMPAL	Pequena	Privatização
104	A.A.A.	Pequena	Privatização
105	AÇUCAREIRA DO DOMBE GRANDE (OSUKA)	Grande	Privatização parcial
106	ELAGE	Média	Privatização
107	ERBEF	Média	Privatização
108	METANGOL-2	Média	Privatização
109	CORDANGO	Pequena	Privatização
110	COFIANG	Pequena	Privatização
111	HOLDAINS	Pequena	Privatização
112	EMP. REG. CONSERVAS (Agrícola Portelas, Faz. Prazeres, Sede)	Média	Privatização
113	MOAGEM 10 DE DEZEMBRO (MOIREN)	Média	Privatização
Província Do Huambo			
114	MOAGEM KANINE	Pequena	Privatização
115	MOAGEM BANGA	Pequena	Privatização
116	EVESTANG (Mindang, Couambo, Hermitex, Candol)	Média	Privatização
117	STEREO	Pequena	Privatização
118	COALFA	Pequena	Privatização
119	MASSAS DUQUEZA	Pequena	Privatização
120	BUÇACO	Pequena	Privatização
121	C.T. HUAMBO / BAYONA	Média	Privatização
122	SODETE	Média	Privatização
123	ENEPA (Peclene, Novaplás)	Média	Privatização
124	CODUME	Média	Privatização
125	HUAMBOMÓVEIS (Moval, Planaslt, S. João, Moderna)	Média	Privatização
126	ULISSES	Média	Privatização
127	INDUMIL / OSEMA	Média	Privatização em curso
128	OSEMA (Sofar Kanine e Moagens Kanganji)	Média	Privatização
129	METALBO	Média	Privatização
130	EX-VENÁNCIO GUIMARÃES SOBRINHO		Privatização

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
131	CONSTRUÇÕES DE MÁQUINAS, FERRAMENTAS	Média	Privatização
132	EMBEL (ERBEBIDAS)	Pequena	Privatização
133	SIPAL	Pequena	Privatização
134	ÁGUAS DO ALTO HAMA	Pequena	Privatização
135	COOPER	Pequena	Privatização
136	LINHAS COROA	Pequena	Privatização
137	LICORES TINA (ERBEBIDAS)	Pequena	Privatização
138	GRÁFICA KILAMBA	Pequena	Privatização
	Província da Huíla		
139	N'GOLA DA HUÍLA	Grande	Contrato de gestão
140	SAIDY MINGAS	Pequena	Privatização
141	CIMOR	Pequena	Privatização
142	ALIANÇA	Pequena	Privatização
143	EMABOL	Média	Contrato de gestão
144	HUÍLAPÃO	Média	Privatização
	Província do Uíge		
145	BANGOLA DO NORTE	Pequena	Privatizada
	SECTOR DA AGRICULTURA		
	Província de Luanda		
146	FRESCANGOL	Grande	Transf.soc.comerc./privat. parcial
147	ENAMA	Grande	Extinção/Trans.Instit. Máquinas
148	DINAMA	Grande	Privatização
149	FÁBRICA DE RAÇÕES DE LUANDA (ERAL)	Média	Privatização
150	EMPROF	Média	Privatização
151	ANGOSEMENTES	Média	Privatização
	Província do Bengo		
152	EMABE	Pequena	Privatização

	SECTORES / EMPRESAS	DIMENSÃO	OBJECTIVO FINAL
	SECTOR DOS PETRÓLEOS		
153	EMBAL	Média	Privatização parcial
	SECTOR DE GEOLOGIA E MINAS		
154	ROREMINA	Média	Contrato de gestão
155	EMPRESAS DA ENDIAMA		
	– ENDITRADE – Comércio Geral, Importação e Exportação, Lda.	Pequena	Privatização
	– SODAP – Sociedade Desenvolvimento Agro-Pecuário, Lda.	Pequena	Privatização
	– TRANSDIAMA – Empresa de Transportes Rodoviários, Lda.	Pequena	Privatização
	– ECIVIL – Empresa de Construção Civil do Dundo, Lda.	Pequena	Privatização
	– TRANSNORDESTE – Empresa de Transportes do Nordeste, Lda.	Pequena	Privatização
	– MABAIA – Empresa de Madeira do Dundo, Lda.	Pequena	Privatização
	– ELECTROCLIMA – Empresa de Electrónica e Climatização do Dundo, Lda.	Pequena	Privatização
	– FOTIPO – Empresa de Fotografia e Tipografia do Dundo, Lda.	Pequena	Privatização
	– EDNA – Empresa de Electricidade do Nordeste, Lda.	Pequena	Privatização
	– E.A.S – Empresa de Saneamento Básico do Dundo, Lda.	Pequena	Privatização
156	HIDROMINA	Média	Extinção
	SECTOR DA ENERGIA E ÁGUAS		
157	EPAL	Grande	Transf.soc.comercial
158	ENE	Grande	Transf.soc.comercial
159	EDEL	Grande	Transf.soc.comercial
160	ENCEL	Média	Privatização
	SECTOR DAS FINANÇAS		
161	BPC	Grande	Privatização parcial
162	BCI	Grande	Privatização parcial

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, João Ferreira/EPSTAIN, Gerald/FINE, Bem/TOPOROWSKI, Jan; *Financiarização da Economia a Última Fase do Neoliberalismo*, Colecção Questões de Economia, 2010.

GUERRA, José Armando Morais; *Direito da Economia Angolana*, Escher, 1994.

NOGUEIRA LEITE, António/PACHECO, Fernando; *Repensar e Redefinir as Funções do Estado*, 2008.

SCHAPIRO, Mário Gomes; *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*.

SOUTO, Marcos Jumena Villela; *Direito Administrativo da Economia*, Lumen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2003.

STOBER, Rolf; *Direito Administrativo Económico Geral – Fundamentos e Princípios / Direito Constitucional Económico*, Colecção Manuais, Universidade Lusíada Editoras, Lisboa, 2008.

TEIXEIRA, Carlos; *A Nova Constituição Económica de Angola e as Oportunidades de Negócios e Investimentos*, 2011.

Constituição e Ad-Hocracia¹

CASIMIRO DE PINA²

Aos meus pais, com amor e infinita gratidão.

Resumo: Este artigo discute um problema central da Teoria Constitucional: a tensão, por vezes marcante, entre a normatividade constitucional (law in the books) e a “realidade constitucional”, a partir da análise da política legislativa à luz dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. O fio condutor é a procura da Justiça, num país que, durante muito tempo, viveu sob tradições autoritárias e estatizantes. O Direito é imaginado, então, num corte decisivo com o passado, como parte da mudança social e da *humanização* das relações sociais.

Palavras-chave: Constituição, sistema penal, direitos fundamentais, segredo de justiça.

Abstract: This paper discusses a central problem of Constitutional Theory: the tension, sometimes striking, between the constitutional normativity (law in the books) and “constitutional reality”, based on the analysis of legislative policy in the light of fundamental rights and the major principle of human dignity. The guiding line is the quest for Justice, in a country that has long lived under authoritarian rule and statist traditions. The Law is imagined, then, in a decisive break with the past, as part of social change and humanization of social relations.

Key words: Constitution, fundamental rights, criminal system, criminal process secrecy.

¹ Este trabalho corresponde, com pequenas *alterações* (num esforço – que, decerto, hão-de compreender e, benevolentemente, perdoar! – de *clarificação* e aprimoramento analítico-discursivo), ao relatório apresentado no Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Macau, ano lectivo 2007-2008. Agradece-se à Professora Doutora Anabela Rodrigues pelos incentivos recebidos, e por nos ter recordado o *cursus honorum* de um ensino universitário verdadeiramente exigente. Entregue: 2.12.2012; Aceite: 3.2.2013.

² Assistente do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde.

1. Introdução

“A Justiça está escondida na floresta das normas. Mas está com certeza lá.” – Paulo Ferreira da Cunha, “A Utopia das Fontes”, in *Instituições de Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, p. 344

“A pessoa humana não é apenas um indivíduo, no sentido em que cada gato ou cada árvore é um indivíduo – ou seja, não se limita a ser diferente dos outros. Mais do que isso, a pessoa humana é uma fonte de percepção e de acção.” – Michael Novak, *A Ética Católica e o Espírito do Capitalismo*, Princípia, Cascais, 2001, p. 319

Com o presente relatório, queremos, tão-somente, discutir um *problema* que se nos afigura relevante, atinente ao sistema jurídico de Cabo Verde. Andaremos, pois, entre o *factum* e a norma, entre a realidade e o dever-ser, sem renegar as “conexões da vida”.

A história é simples. Foi numa dessas aulas “abertas” – como é próprio, salvo erro, do verdadeiro ensino universitário, em que o aluno *também* pensa e é levado, pela *sagesse* do/a docente, a *Pensar o Direito*, reabilitando, dir-se-ia, a tradição britânica da “education as conversation”³ – da Professora Anabela Miranda Rodrigues, em Macau, que o problema “surgiu” em toda a sua densidade normativa, e inegável importância prática.

A questão pode resumir-se assim: a *actual* Constituição da República de Cabo Verde (doravante: CRCV), de 1992, ancorada na dignidade da pessoa humana⁴ e na protecção⁵ efectiva dos direitos fundamentais, consagra uma autêntica e decisiva “Magna Carta” jurídico-penal, com um catálogo garantístico *moderno* e bem orientado.

³ Sobre o Direito como fenómeno de *comunicação, regulação e cultura*, ver Jean Carbonnier, *Droit Civil –Introduction*, 25e édition refondue, PUF, Paris, 1997, pp. 43-57.

⁴ Ver o art. 1.º, n.º 1, da CRCV: “Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos Direitos do Homem, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça”.

⁵ Sobre este ponto, ver Nuno Piçarra, “A Evolução da Garantia da Constituição em Cabo Verde”, in *Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 407-445.

No entanto, este generoso *software* constitucional é traído, nalguma medida, pela legislação ordinária (ou infraconstitucional) ainda vigente, criando, assim, uma desconfortável *distância* entre a vontade do legislador constituinte e o “mundo quotidiano”, onde, sob a jurisdição dos *tribunais* competentes, tudo se joga afinal: a honra, a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

O enfoque será posto na organização judiciária e no estatuto *processual* do arguido, o qual, em Cabo Verde, carece ainda de *garantias* mais *efectivas* e de uma tutela jurídica *mais digna*, mais firme e consentânea com a “arqueologia constitucional”.

Tratar-se-á, pois, de um questionar muito atento à “realidade” do país, numa *metodologia* que, assumidamente, “...compreende o direito como *validade* (axiológico-normativa) de realização problemática e em que o pensamento jurídico é chamado a *resolver problemas práticos* numa atitude prático-jurisprudencial”⁶.

Sabemos que, neste mundo sublunar, nada é perfeito.

Sabemos, igualmente, que o Estado de direito *não é um dado abstracto*, mas uma *construção* axiológica e vivencial, algo que se edifica pelo labor persistente (e *consciente*, claro) de homens e mulheres *pre-ocupados* com a “razão prática” e a convivência *civilizada*. Ou seja, com a “amizade cívica”, sob a chancela de *instituições justas*.

O Estado é *de direito* porque a Justiça, norma-tarefa e critério regulativo (e mesmo jusconstitutivo), é o seu fim, a sua “mola propulsora”.

Tudo isso parece-nos exacto, e sensato, de certo modo.

O Estado de Direito pode até ser visto como um “conceito de dinamismo”⁷ (*Dynamischer Begriff*), isto é, um conceito *evolutivo*,

⁶ Assim, Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 71.

⁷ Ver, sobre isso, Chen Shin Min, “O Princípio da Supervisão em Estados Subordinados ao Princípio da Legalidade”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, n.º 13, 2002, p. 105; numa perspectiva crítica do “orientalismo”, ver, todavia, Arnaldo Gonçalves, “Os valores asiáticos e os direitos humanos”, in *Política Internacional*, n.º 27, II Série, Lisboa, 2005, pp. 141-161. (Não se emprega a expressão *orientalismo* no sentido popularizado por Edward Saïd, desde 1978).

que tem de viver num certo *tempo*⁸ e num certo *espaço* (cultural). A “cartografia”⁹ impõe algumas regras: faz as suas *concretas* exigências.

⁸ Considerando que “...o tempo do poder e do direito é o tempo da pessoa – das pessoas...”, v. Maria Glória Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 102. Num plano mais geral, ver ainda Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Justiça”, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. I, n.º 3, Porto Alegre, 2005, p. 265, para quem o tempo *jurídico*, normativo, é um tempo cultural-existencial, e não meramente cronológico. Um tempo *novo*, enquanto “...capacidade de retomada reflexiva do passado e antecipação reflexiva do futuro”. Um tempo que surge, aliás, como “duração”, portador do *sentido* humano (: *status personae*, verdadeiramente) e instituinte, pela afirmação de um pensamento “não mutilado, nem mutilante” (Edgar Morin), da própria *humanidade* – sempre dinâmica e axiologicamente aberta e *aquisitiva*, no seu lento evoluir em direcção, diria Dante Alighieri, “àquele bem”, que é, antes de tudo, “ser-no-mundo”, enquanto “consciência-de-si”, dignidade e liberdade, que enformam, parece-nos, o eterno “*mystère de civilisation*” (Balzac) –, como “integridade” e *previsibilidade* (exs.: *tempus regit actum*, protecção da confiança, etc.); no campo jurídico-penal, temos, por ex., a fabulosa técnica da *imputação* a simbolizar esse tal tempo *normativo* (que, de forma peculiar, explica ainda Tércio Ferraz Jr., *corre do futuro para o passado*); sem alterar a *rede causal* dos acontecimentos, a imputação *jurídica*, *decompondo* a diacronia e a sincronia, “...cria uma nova série: o tempo da conduta tipificada e do dever-ser da sanção – a conduta típica deve ser evitada ou, caso contrário, deve ser a sanção.” (assim, pormenorizadamente, *Direito: tempo que fica, tempo que passa*, in www.usp.br/revistausp/81/03-tercio.pdf). Ver tb., com reflexões estimulantes, e perspicácia argumentativa, Wladimir Brito, “Tempo e Direito. O tempo da revisão constitucional”, in *Direito e Cidadania*, n.ºs 16/17, Praia, 2003, pp. 219-252; e, com grande interesse, Miguel Galvão Teles, “Temporalidade e Constituição”, in *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 25-53. Quanto à eficácia do *decurso* do tempo nas relações jurídicas, ver, por ex., Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 659 ss.; sobre a *medição* do tempo e a formação do mundo moderno, ver, por todos, David Landes, *A Revolução no Tempo*, Gradiva, Lisboa, 2009.

⁹ Foi a Escola Histórica alemã, com F. von Savigny, Windscheid, etc., que, enfaticamente (na sequência do Humanismo Jurídico: *mos Italicus* e, depois, *mos Gallicus*), e com mais consistência, em pleno séc. XIX, chamou a atenção para a natureza *cultural* do Direito. A ordem jurídica é, destarte, uma *criação humana*, contingente, mutável, situada num *contexto* social, económico e político. Mas isso não basta. O Direito é também uma *ciência*, o que implica, por definição, a existência de um “modelo de decisão” e de um imprescindível *júzgo* concreto-fundamentante, no tratamento dos *casos* juridicamente relevantes. Como explicou A. Menezes Cordeiro, na sua “Introdução” ao *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (de Claus-Wilhelm Canaris, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, pp. LXI-LXII), “A fenomenologia jurídica não se esgota...no factor de *irracionalidade*

Sabemos inclusive, desde Lassalle, que a Constituição *não* é uma simples “folha de papel”, reflectindo antes, de alguma forma, o jogo das forças¹⁰ *actuantes* na sociedade.

Seja como for, não se pode perder de vista o *fundamental*.

Há que fazer escolhas¹¹. Balancear o justo e o injusto (pois “A Justiça – escreveu percucientemente Rawls – é a virtude primeira das instituições sociais...”).

Assumir, sem tardança, *convicções e ideias fundantes*, fruto da *recta ratio*¹² e da nossa “idealidade imanente” (Sertillanges), potênc-

que a sua natureza cultural necessariamente postula: ela assenta em decisões que se querem previsíveis e que devem variar de acordo com uma certa *adequação*, em função do princípio tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Ou seja: a decisão deve obedecer a regras; estrutura-se, pois, científicamente”. Sobre a Escola Histórica francesa, portadora de uma orientação analítica diversa, ver John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, p. 514.

¹⁰ Como esclareceu J. J. Gomes Canotilho, “Nenhuma constituição é elaborada no vazio sociopolítico. Na elaboração da *Grundgesetz* de Bona de 1949 tiveram peso decisivo as forças de ocupação aliadas. A Constituição francesa de 1958 tem a presença do general De Gaulle. Na elaboração da Constituição espanhola de 1978 teve relevância indiscutível o chamado ‘Pacto de Moncloa’.” – cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 202. A Constituição não é a expressão da “razão pura” ou de uma qualquer *List der vernunft*: é uma carta, utilíssima, que traduz, em *norma* imperativa, os anseios mais profundos (: *res extra-comércio*) dos homens, [mas] sem ignorar a contextura e as *circunstâncias* (“Forces créatrices du Droit”, para usarmos uma sugestiva ideia de Georges Ripert), que palpitan, num complexo jogo de *interesses, acasos e ideologias*, nas vastas concavidades da “Civitas”. A Constituição é a “luz de Antígona”, que brilha, em tranquilo desafio, sobre todas as leis e nações. Sobre todos os *caprichos* e “défices democráticos”, velhos e novos, *visíveis ou em gestação!*

¹¹ Aliás, a norma jurídica, *em si*, reflecte sempre uma *escolha* fundamental: “Com efeito, a norma é disciplina inteligente de escolhas, que elimina opções desinteressantes ou inconvenientes, no propósito de privilegiar... aquelas tidas por necessárias à consecução dos objetivos primordiais do Direito, prescrevendo-lhes, por isso, sua constante observância... A ordem do dever-ser, da qual participa o Direito – um dever-ser *para ser justo* –, se vincula ao mundo da liberdade, que é o mundo das opções. A norma jurídica representa a escolha do modelo de conduta desejável.” – cf. Arnaldo Vasconcelos, *Teoria da Norma Jurídica*, 6.^a ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2006, pp. 244-245.

¹² Quanto à relação entre fé, razão, mistério, verdade, inteligência, história, sabedoria e revelação, ver João Paulo II, *Fides et Ratio*, in http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio_.html

cia criadora desta “segunda natureza” que é o *mundo da cultura*, onde desponta, afinal, o sonho da *excelência*, a imaginação moral, a *affectio societatis* (“nicho ecológico”, existencial-transcendental¹³, da *integração* comunitária e da *solidariedade* responsabilizante), a liberdade, a aspiração ao belo e à justiça, a crença realista no *progresso*, a “consciência-de-si”¹⁴ e a *Vita Activa*. Plena. Autêntica.

É pela *acção* humana, unicamente, que se “...cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história”¹⁵.

A hora presente não é para posições dúbias ou “éticas” de fachada, que trazem apenas, com o seu *criticismo* dissolvente, uma mão cheia de...nada! *Much ado about nothing*, como na comédia de Shakespeare.

Com Gomes Canotilho, preferimos, ao invés, *aquele* direito “bem pesado”, criterioso, *reflectido*, profundador, isonómico, e tridimensio-

po.html; contra o “racionalismo linfático” (dos Enciclopedistas e revolucionários...), calcado na *abstracção* e na mistificadora irrealidade, ver, ainda, Ortega Y Gasset, *A Rebelião das Massas*, Relógio d’Água, Lisboa, s/d., p. 20. Só um racionalismo *civilizado* pode, portanto, salvar o Direito: contra o arbitrário, a fantasia e o racionalismo acrítico-dogmático-geométrico. Contra a insensibilidade humana, *desnaturada*, num “juridismo” fechado e solipsista, intrinsecamente insustentável.

¹³ Sobre a *hipercomplexidade*, ver, contudo, Edgar Morin, *O Paradigma Perdido – A Natureza Humana*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1991, pp. 112 ss.. Ao contrário das *máquinas* inteligentes, o organismo vivo “...funciona *apesar de e com* a desordem, o ruído, o erro”, num processo de “autoprodução permanente ou *auto-poiese*...ou de *reorganização permanente*, a qual reabsoverte, expulsa, a entropia que se produz continuamente no interior do sistema e responde aos golpes desorganizadores vindos do ambiente”. O “ruído” pode ser, afinal, a fonte inesperada da “inovação e de uma complexidade mais rica”. Da *liberdade humana*.

¹⁴ Sem aderir, repita-se, às teses *relativistas* (que aceitam, por razões *tácticas* ou outras, uma democracia “de baixa intensidade”), sempre concordaremos com E. Kafft Kosta de que “A democracia e o ‘Estado de direito’ devem ser plantados através da persuasão...” – cf. *Estado de direito – O Paradigma Zero: entre Lipoaspiração e Dispensabilidade*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 779. Supõe-se, assim, a adesão íntima, *enlightened*, racional, de uma consciência (: *prius* axiológico, e fonte última da “justeza normativa”) livre e *informada*. Sem peias nem reserva mental, ou tácita. O que é a democracia? Liberdade mais Responsabilidade; liberdade responsável (*sub lege libertas*) e *lei justa*. A verdade possível.

¹⁵ Cf. Hannah Arendt, *A Condição Humana*, Relógio d’Água, Lisboa, 2001, p. 21; ver também, com interesse, João Maurício Leitão Adeodato, “Lei e obediência no pensamento de Hannah Arendt”, in AA. VV., *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico*, RCS Editora, São Paulo, 2007, pp. 229 ss..

nal¹⁶, “sob o olhar vigilante das exigências do *direito justo*”, i. é, uma ordem jurídica *razoável* e consensual, *culturalmente evoluída*, amparada, decisivamente, “...num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado”¹⁷.

É esta a nossa *escolha*¹⁸. A única, aliás, digna deste nome.

Acreditamos, antes de tudo, n’*Esprit des lois* (= a *verdade*¹⁹ das leis e da “boa sociedade”), recusando a corrosiva *descrença* do *Fausto* de

¹⁶ O pano de fundo, refira-se, é a teoria conhecida teoria *tridimensional*, reunindo factos, normas e valores, de Miguel Reale, que o autor definia (aspecto, aliás, bastante olvidado pelos epígonos e comentadores...) como sendo “específica e dialética”, com base no fundamental conceito-ideia de “experiência” e num novo conceito de valor, “condicionante básica do distinto mundo do Dever Ser (*Sollen*)”, distanciando-se, assim, do pensamento jurídico de um Radbruch, Sauer ou Recaséns Siches (ver, sobre o tema, Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito, Teoria da Justiça, Fontes e Modelos do Direito*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2003, pp. 41-97). Já Friedrich Müller viria a acrescentar uma *quarta dimensão* ao edifício jurídico, realçando, numa renovada “síntese hermenêutica” (A. Menezes Cordeiro), o momento prático-constituinte da decisão, em que se revela, afinal, o verdadeiro e decisivo conteúdo do “programa normativo” pré-objectivado (sobre “A arte da decisão”, ver, em especial, Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, 4.^a ed., Arménio Amado, Editor Sucessor, Coimbra, 1987, pp. 185-189). Só a ligação entre os dados textuais-linguísticos e os elementos extrapositivos (considerações sobre a justiça, juízos de oportunidade, valores morais, etc., numa espécie de resgate do “ius non scriptum”, co-implicado na problemática e normativa tarefa concretizadora) possibilita, através de uma “métodica estruturante”, que unifica, sem fissuras arbitrárias, o significado e o significante, a adequada resolução dos problemas jurídicos e a captação, pelo julgador, da específica e irrenunciável intencionalidade, material, típica do direito; propondo, em termos inovadores, sete variantes no sentido da reconstrução da teoria e prática jurídicas, ver Heraldo Elias Montarroyos, *Teoria pluridimensional do Direito: variantes e aplicabilidade*, in <https://jus.com.br/revista/texto/21567/teoria-pluridimensional-do-direito-variantes-e-aplicabilidade>

¹⁷ Cf. *Direito Constitucional...*, p. 20.

¹⁸ Sobre o difícil problema das escolhas, ver José Maurício de Carvalho, “A problemática ética em *El Espectador* de Ortega Y Gasset”, in *Nova Águia*, n.º 9, Lisboa, 2012, pp. 152 ss.. Contra o “relativismo filosófico” no plano democrático, ver Jorge Miranda, “A democracia representativa – princípios e problemas gerais”, in *Direito e Cidadania*, n.º 5, Novembro de 1998/Fevereiro de 1999, Praia, pp. 35-36.

¹⁹ Uma verdade (jurídica e política) que não pode, jamais, prescindir da fundamento ética, isto é, como afirmava Erik Wolf, “...de aquellas medidas y pautas que tanto legitiman el derecho positivo como lo limitan criticamente.” – *apud* Arnaldo Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 262.

Goethe (que também era *jurista*, e exerceu advocacia), para quem, neste mundo ingrato, “tudo é engodo²⁰ e constante *ilusão*”²¹. Nem pensar!

Seria *injusto* se assim fosse. Seria permitir, sem mais, o triunfo do *absurdo*, a *Anarquia*²² dos *Valores* (Paul Valadier).

Daí não hesitarmos, com um Cabral de Moncada, em *ver mais alto*, voltando os olhos “...justamente para ele, *para o espírito*, para aquela

²⁰ Sobre a complexidade da mentira, e do fenómeno da *falsidade* em geral, ver Fernando Savater, *Os Dez Mandamentos no Século XXI: Tradição e Actualidade do Legado de Moisés*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2004, pp. 121-132. O autor aborda, com perspicácia, o valor *artístico* da mentira (no âmbito, por ex., das artes, do cinema e da ficção científica), a sua relevância *militar*, a funda relação com as regras da *etiqueta* (que constituem, por vezes, uma espécie de “mentira benigna” e socialmente aceitável, e até desejada!), realçando, do mesmo passo, o seu carácter perverso e corrosivo, quando obstrua a realização da *justiça* ou ponha em causa, intolleravelmente, o *interesse público*, a *liberdade* individual, os *direitos* da pessoa, a *transparência* das instituições, etc..

²¹ A capacidade de *projectar o mundo e o futuro*, superando o casual “ser-assim” (Wittgenstein), é o que distingue, aliás, o homem dos restantes animais: “O homem, ao autoconstituir-se o sentido da sua autocompreensão e ao projectar axiologicamente esse sentido na sua comunitária coexistência, não está simplesmente a iludir-se ou a perseguir fantasmas num castelo escocês, está a afirmar-se no que radicalmente o diferencia como homem.” – cf. A. Castanheira Neves, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, in *Digesta*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 415. O substituto *contemporâneo* da velha “filosofia da suspeita” é, claramente, a omnipresente ideologia do “politicamente correcto”, cujas origem e natureza foram bem mapeadas neste livro importante, disponível *online*, editado por William S. Lind: “*Political Correctness*”: *A Short History of an Ideology*, in www.lifesitenews.com/ldn/2005_docs/PC1.pdf

²² Um exemplo soberbo e irretocável dessa *confusão* mental é-nos dado, agora, pelo biólogo evolucionista Richard Dawkins, ao afirmar, nos píncaros da insensatez e do *laicismo* fundamentalista, que mais vale sofrer abusos sexuais durante a infância do que receber uma educação...católica! O crime mais hediondo é, assim, preferível à inculcação de valores morais tradicionais; ver, quanto a isto, <http://expresso.sapo.pt/richard-dawkins-ser-abusado-em-crianca-e-menos-mau-do-que-ter-uma-educacao-catolica=f776389>; para uma crítica do pensamento gnoseológico-filosófico de Dawkins, ver Olavo de Carvalho, *O deus dos palpiteiros*, in <http://www.olavodecarvalho.org/semana/090318dc.html>; e, sobretudo, *A guerra contra as religiões*, in <http://www.olavodecarvalho.org/semana/060123dc.htm>; é “o retorno do trágico” (Michel Maffesoli). Hitler também *amava o seu cão*, mas era incapaz de sentir qualquer compaixão pelos judeus (devo esta observação ao poeta Arménio Vieira, numa conversa informal sobre a justiça, o significado da lei, a história e a literatura).

porta augusta por onde ele sempre fez a sua aparição no palco da história: a personalidade humana individual e a sua liberdade”²³.

O Estado de direito *constitucional*, na linha do *iluminismo*²⁴ filosófico e político ocidental, assenta, na verdade, em postulados ético-jurídicos irrecusáveis. Intransponíveis²⁵.

²³ Cf. “O problema do Direito Natural no pensamento contemporâneo”, in *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, vol. II, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2004, p. 166.

²⁴ O contributo das revoluções *liberais* (Americana, Francesa, etc.) foi decisivo na edificação das Constituições *democráticas*. Conquistas como a separação dos poderes, o princípio da legalidade (tão influente e indispensável no direito penal), a garantia dos direitos fundamentais, a independência dos tribunais, etc., devem ser creditadas ao *liberalismo* político de setecentos; mas não se pode esquecer o contributo do iluminismo *antigo* (greco-romano, entenda-se), tão bem descrito por Max Scheller, W. Jaeger, Karl Popper ou Truyol Y Serra, e do próprio pensamento *cristão*, que tantos benefícios trouxe à “filosofia da justiça” (medieval, escolástica e moderna) e, enfim, à instigante reflexão sobre o lugar do Homem face à sociedade e ao Estado-poder (para Jean-Marc Trigeaud, na sua *Philosophie Juridique Européenne*, a ideia de Justiça resulta, historicamente, de três tradições essenciais: a greco-romana com o *Ius*, a judeo-cristã com a *Persona*, e a humanista moderna com a *Ratio*). Nenhuma pesquisa axiológica séria pode, hoje, ignorar tais contributos e “mundivisões”. Sobre o Cristianismo e os direitos humanos, ver Carlos Enrique Ruiz Ferreira, *O Cristianismo e os Direitos Humanos – em torno dos princípios da Igualdade entre os Homens e a Universalidade*, in www.cult.ufba.br/wordpress/24718.pdf; e, de grande alcance jusfilosófico, Francisco Puy, “La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico”, in *Derecho y Moral, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 28, Universidad de Granada, 1988, pp. 487-499. Sobre os ideais políticos do Humanismo Cristão (Erasmo de Roterdão, Thomas More e Francisco de Vitoria, *maxime*), ver, ainda, Jean Touchard, *História das Ideias Políticas – do Renascimento ao Iluminismo*, vol. II, Publicações Europa-América, Lisboa, 1991, pp. 25-36. Para uma leitura criteriosa dos direitos humanos a partir do legado iluminista, ver James Griffin, “Derechos Humanos: una ideia incompleta”, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 38, Universidad de Granada, 2004, pp. 143-152; e José Faria Costa, “A Globalização e o Direito Penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)”, in *Globalização e Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 181-190. Sobre secularização e modernidade, ver Jónatas E. M. Machado, *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 92-101; para um esboço do pensamento jurídico católico, ver A. Braz Teixeira, *Caminhos e figuras da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 169-176.

²⁵ Tentando esculpir *princípios* básicos (i. é, razoáveis e permanentes) de Justiça a partir de algumas teorias de Cass Sustein e do rawlsiano “véu da ignorância”, ver

Ou seja, numa dimensão (jurídico-política) *material*, que não só formal, numa “antropologia optimista” e numa certa, enfim, intencionalidade (jus)normativa e prático-axiológica, projectando-se, aliás, num conjunto de *regras, institutos, valores e princípios* que dão sentido à Ideia de Direito ou de Justiça²⁶. Foi, aliás, esta específica “ordem dos valores” que levou Otto Bachof²⁷, num livro já clássico, a colocar a hipótese, assaz desafiante, das “normas constitucionais inconstitucionais”, confrontando o positivismo jurídico com os *princípios* fundantes e *legitimadores* da ordem jurídica global.

O fundamento (-*principium*), remetendo para um *quid* extralingüístico e para um certo “referente” (o “*subentendido* no entendido”), é sempre necessário. E é sempre *transpositivo*.

Mesmo um legalista tão “puro” como Hans Kelsen, no auge de uma metodologia assumidamente *estadualista*, foi obrigado, um dia, a construir a sua *Grundnorm* (conquanto meramente teorético-formal²⁸...), o seu “princípio do fundamento” – na linguagem heideggeriana –, que mais não é do que uma norma fundamental *a priori*, meta-jurídica, hipotética, “pressuposta”²⁹ e *não positiva*, fruto apenas do pensamento abstracto (*id est*: da retórica ou “teoria da argumentação”) e da *lógica*

Jónatas Machado, “Nós o ‘Povo Português’ (Continuidade Intergeracional e Princípios de Justiça)”, in *20 Anos da Constituição de 1976*, cit., pp. 73-75.

²⁶ Ainda sobre os limites (*materiais*, axiológicos) do poder constituinte, ver Afonso d’Oliveira Martins, “Para uma Teoria do Poder Constituinte com Direito Natural”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 55-65.

²⁷ Num sentido moderadamente crítico, veja-se, porém, Jorge Bacelar Gouveia, que fala, aliás, numa “aceitação mitigada” das teses de Bachof – cf. *Manual de Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 755-759.

²⁸ A teoria jurídica de Kelsen é uma “teoria do Direito positivo, positivista, realista e empirista”, antiideológica e antimetafísica, alheia, por opção científica (como “pura” e autónoma *Normwissenschaft*), ao “reino dos fins” – assim, Arnaldo Vasconcelos, *Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, pp. 79 ss.. Apresentando P. Laband como *precursor* da “purificação do direito”, v. Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993, p. 67.

²⁹ Assim, *Teoria Pura do Direito*, 6.^a ed., Arménio Amado (Editor), Coimbra, 1984, pp. 267 ss..

jurídica formal. Quem ousa construir *uma casa sem as vigas e os necessários alicerces*?! Será prudente fazê-lo? Não, nunca.

A tábua da lei requer, por conseguinte, um *fundamento*, uma “causa justificativa”, que está sempre *para além* do texto. (Vale a pena registar, aqui, uma *recomendação* de Faria Costa, que sempre nos pedia, nas suas inesquecíveis aulas em Macau, e com o seu *pascaliano* “esprit de finesse”, para procurarmos a “norma-texto”, que é muito mais importante, explicava, do que o “texto-norma”...). A lei é *um meio*: nunca o fim.

Di-lo, com brilho, J. Baptista Machado, que também *desconfiava* da máxima “The king can do no wrong”:

“Os enunciados ou textos legais, porque se integram num todo ou universo de sentido, porque as suas referências a factos da vida representam já ‘respostas’ a problemas postos à luz daquela unidade de ordem, e porque tais respostas reflectem uma concepção de Direito e de Justiça... têm como *referente* principal outro que não os factos da vida a que tais textos directamente se reportam”.

O problema do *fundamento-validade* é, afinal, o problema nuclear, apontando para uma *juridicidade* (mais rica, aliás) – ou “ideia de direito” – que *transcende a mera legalidade positiva* (o “momento” político-organizatório): “o *ius* diferente e para além da *lex*”, como sempre ensinou (*mirabile dictum!*) um Castanheira Neves.

É necessário ultrapassar o simples paradigma da “relação jurídica”³⁰, o qual, com o seu rastro formalista e *funcionalizante*, coloca (ou arruma, *heteronomamente...*) a pessoa num canto do *tabuleiro jurídico*, *determinando*, de fora (isto é, como um simples e conformista “...sujeito de uma estrutural relação de interferência”³¹) e *ex vi legis*, o

³⁰ Para uma boa síntese do paradigma *tradicional* da relação jurídica, ver José António Pinheiro Torres, “Introdução ao Regime Geral da Relação Jurídica Civil”, in AA. VV., *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, 2007, pp. 359-385.

³¹ Cf. A. Castanheira Neves, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos do Homem”, in *Digesta*, II, cit., p. 427.

seu “lugar” num dos pólos da *relatio*, sendo o direito, neste caso, uma mera “técnica” de coordenar *interesses* e ambições intersubjectivas.

Como salientava Manuel Duarte Gomes da Silva, “As pessoas e as coisas aparecem-nos assim colocadas no mesmo plano formal, e por conseguinte como realidades em certa medida contíguas”.

Importa, pois, *recusar* um tão degradante e redutor *formalismo* e ver, antes, o direito, a normatividade jurídica, como “...um elemento intrinsecamente constitutivo da essência do homem, e não simples colocação exterior e artificial, como resulta das concepções decisionistas e normativistas...”³².

Neste estudo, breve e necessariamente lacunoso, iremos analisar, com o apoio da doutrina mais autorizada, alguns pontos controversos da legislação cabo-verdiana, explorando as suas “aporias” e alinhavando, desde logo, e se possível, algumas *alternativas*.

A explicitação, pelo método *argumentativo* (: interpretação, intertextualidade, captação heurística de “ideias morais”, etc.), dos princípios normativo-axiológicos não será uma mera leitura rotineira do fenómeno jurídico (o simples e utilitário *quid iuris...*), mas sobretudo um “roteiro pessoal”, meditado, de *compreensão* da juridicidade, assumindo uma certa cumplicidade (com a “ordem do valioso”, logo se verá) que, no limite, é paixão sincera pela Justiça e “*amor iuris*” (Paulo Ferreira da Cunha).

³² Assim, *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XVII, Lisboa, 1965, p. 115. Sufragando, na tentativa de *restaurar* a refrescante e libertadora *Philosophia Perennis*, um Realismo jurídico *integral* (entrelaçando o Justo *por natureza* – “*res iusta*” –, a norma positiva, a *politiciade* do direito e a faculdade jurídica *subjectiva*), *dinâmico*, dialéctico (como *método* prioritário na busca da verdade jurídica), ultramoderno (“e não apenas antimoderno”, integrando, com o necessário rigor técnico-jurídico, as novas ferramentas, concepções, liturgias, descobertas, *definitiones*, aquisições e critérios decidendos da experiência histórico-jurídica), abrangente, compreensivo (na esteira, aliás, de J. Maritain: “*distinguer pour unir*”), solidário e *personalista* (ao serviço da *pessoa humana*, mas sem cair, repita-se, num qualquer idealismo ou “... individualismo de cariz mais ou menos antropocêntrico”), ver Mário Bigotte Chorão, *Michel Villey – Paladino do Realismo Jurídico Clássico*, in http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12754/1/PD_25-2_02.pdf

Com mil cuidados, tentaremos descobrir, e desocultar, o lado mais severo do IVS, esse seu lado obscuro e por vezes *punitivo*. Um direito esfíngico, invisível, patológico, de “segunda fila”, que, aliás, só entra em cena ante a irrupção do crime, o mal³³ que, na sua roupagem íntima de ruptura³⁴ (com o *pathos* comunitário-normativo e o *logos* do sistema jurídico-político), desperta *curiosidade* e acciona o alarme³⁵ social.

“Em geral escondida – escreve Antoine Garapon³⁶ –, a pena revela então o seu rumo artesiano e deixa-o surgir por um instante à superfície. Ela é o momento da visibilidade das fundações, que têm a vocação de viverem enterradas como as Erínias transformadas em Euménides”.

³³ Sobre as raízes da violência, ver, com interesse, numa abordagem transdisciplinar, Ana Clélia de Freitas, *A Neurobiologia da violência: complexidade e Ética*, in <http://jus.com.br/revista/texto/23133/a-neurobiologia-da-violencia-complexidade-e-ethica>

³⁴ Expressão máxima do “Homem em rebelião com a lei” – cf. Inocêncio Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II, 10.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 9-26.

³⁵ Para J. Bentham, o crime produz dois *males* distintos: um “mal de primeira ordem” (contra a vítima e as pessoas que lhe são mais próximas) e um “mal de segunda ordem”, que se traduz, precisamente, no alarme e perigo sociais. A pena, por sua vez, produz um mal de primeira ordem, contra o criminoso, e um *bem* de segunda ordem: a *prevenção* de futuros delitos – *apud* Ricardo Sontag, “A irresistível ascensão dos Filósofos”. Teoria da Legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham”, in *Meritum – Revista de Direito da FCH/FUMEC*, vol. III, Belo Horizonte, 2008, p. 274. Bentham, tal como Beccaria, defendia a *proporcionalidade* entre o crime e a pena, expressa, aliás, no essencial princípio da *utilidade*, que funciona, em último termo, como a “ratio legis”. O “bom governo” é aquele que garante, nesta senda, a “felicidade geral”, aumentando os prazeres e mitigando, através de uma *policy* racional e empírico-pragmática, as dores e o sofrimento colectivo. A governação, e a sua correlata função prescritivo-ordenadora-normativizante, volve-se, assim, num *cálculo*, numa como que “operação aritmética”. Para uma síntese elucidativa do pragmatismo filosófico contemporâneo, ver, com a tradução de Leonel Coutinho Afonso, o texto de Björn Hamberg, *Richard Rorty*, in www.fafich.ufmg.br/~margutti/Richard%20Rorty%20Stanford.pdf; para uma refutação exemplar do utilitarismo, ver G. Radbruch, “Cinco minutos de filosofia do direito”, in *Filosofia do Direito*, 6.^a ed., Arménio Amado-Editor, Coimbra, 1997, pp. 415-418. Há uma passagem, fascinante, que ecoa(rá) no fundo de qualquer *consciência* bem formada, *ad saecula saeculorum*: “Não, não deve dizer-se: *tudo o que for útil ao povo é direito*; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo”.

³⁶ Cf. “A justiça reconstrutiva”, in *Punir em Democracia*, Instituto Piaget, Lisboa, 2002, p. 341.

A pena criminal tem um lado *sagrado*, e toca a Justiça na sua dimensão mais profunda e simbólica.

Uma consequência surge inexorável: o Direito Penal (e o respetivo Processo) deve ser estudado, parece-nos, em estreita *conexão* com a Teoria Constitucional, uma vez que atinge, pela dimensão dos bens jurídicos que protege e pelo *instrumentarium* de que se serve, “o âmago do Direito”³⁷.

O Direito Comparado, especialmente as ordens jurídicas de Portugal e Macau, será um “guia” precioso nesta busca, numa “viagem” de circum-navegação jurídica em que, pelo menos, contamos *descobrir* novas “linguagens” e outras (novas?) dimensões deste “dever-ser” complexo que é o Direito³⁸ (arte *antiga*, aliás!), enriquecendo, deste modo, o nosso património (*jurídico*, antes de tudo) com os horizontes e as *experiências* do “outro”. Um “cosmopolitismo”³⁹ jurídico, porque não? Se o *cosmopolitismo* for sinónimo de abertura e *riqueza*, sim! É tudo.

Um cosmopolitismo que leve, não ao *igualitarismo* nivelador, mas à redescoberta da nossa “humanidade *comum*”, rumo a uma sincera, autêntica e transparente “Politique de l’Homme” (Edgar Morin).

O Direito, sem recusar os seus *princípios* básicos, legitimantes e *humanistas* (: universais⁴⁰, e tendencialmente *atemporais*), deve abrir-

³⁷ Cf. Maria Fernanda Palma, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 72.

³⁸ Para uma “genealogia” do saber jurídico, ver a notável síntese de Stamatios Tzitzis, “La Naissance du Droit en Grèce”, in *Instituições de Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 191-199.

³⁹ Jacques Derrida, na linha de E. Levinas, chega mesmo a definir a *justiça* pelo “encontro” *fraterno* e humanizante *com o outro*. Assim: “La relation avec autrui – c'est-à-dire, la justice.” – cf. Gonçalo Zagalo, *Hospitalidade e Soberania: uma leitura de Jacques Derrida*, ensaio publicado na *Revista Filosófica de Coimbra* e disponível neste endereço: http://www.uc.pt/fluc/dfc1/publicacoes/hostilidade_e_soberania

⁴⁰ Sobre a protecção da Humanidade como “bem jurídico”, ver, por ex., Ivo Miguel Barroso, “O acordo com vista à prática de genocídio – o conceito, os requisitos e o fundamento da punição do ‘contrato criminal’”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 376-387, *maxime*; cf. também Germano Marques da Silva, “Crimes contra a Humanidade”, in

-se à “alteridade”, que é, no fundo, a necessidade de “ouvir o outro – *altera pares audiautur*”⁴¹. Partindo, é claro, do pressuposto de que “Toutes les cultures reposent implicitement sur une philosophie et une éthique...”⁴².

John Rawls falava, precisamente, num “Direito dos Povos”⁴³ (*Law of Peoples*, o último livro que aliás publicou), uma espécie de “projecção internacional” da sua influente *Teoria da Justiça*⁴⁴, divulgada, a partir de Harvard, em 1971. Pensamos que isso é possível, e até dese-

AA. VV., *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do Direito Internacional*, Universidade Católica (Editora), Lisboa, 2006, pp. 57-65.

⁴¹ Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1452.

⁴² Cf. Francisco Vieira Jordão, *Fondation António de Almeida: un Humanisme ouvert à la Transcendance*, Fundação Engenheiro António de Almeida, Porto, 2003, p. 15. Há, de facto, uma *ligação* profunda e subtil, por vezes invisível, entre todos os povos e civilizações, fenômeno genialmente captado pelo astrofísico Carl Sagan, ao surpreender, nos selos cilíndricos Sumérios (três mil anos a.C.) e nas bandeiras nacionais dos Estados contemporâneos, uma mesma preocupação fundamental, a mesma *angústia* primordial: a invocação da força *cósmica*, numa curiosa e incessante inscrição de símbolos (heráldicos) como a Lua ou as luminosas *estrelas* do firmamento: “Não duvido de que as nações pretendam abarcar algum do poder e da credibilidade dos céus. Nós procuramos uma ligação com o cosmos.” – assim, *Cosmos*, 6.^a ed., Gradiva, Lisboa, 2003, pp. 66-67. A actual *bandeira* de Cabo Verde não foge, aliás, à regra: ver o art. 8.^º, n.^º 2, al. d), da Constituição; países tão diferentes como o Brasil, a Coreia do Norte, os Estados Unidos da América, a Argentina (que parece invocar o deus-sol...), a Guiné Equatorial, o Vietname, o Azerbaijão, a Singapura ou a Argélia vão na mesmíssima linha! Consultar, a propósito, este sítio da Internet: <http://aimore.net/bandeiras.htm>

⁴³ O art. 7.^º, n.^º 7, da Constituição da República Portuguesa (resultante da 7.^a revisão constitucional, feita em 2005) refere-se, *expressamente*, aos “direitos dos povos”, nestes termos precisos: “Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana *e dos povos*, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional...” (o itálico é nosso).

⁴⁴ Sobre os “princípios da justiça”, ver John Rawls, *Théorie de la Justice*, Seuil, Paris, 1987, pp. 85 ss.. Immanuel Kant, antes de Rawls, propusera, já em 1797, a ideia da “paz perpétua” *entre as nações*, embora com algum *cepticismo* pelo meio. De qualquer forma, Kant acreditava numa “união possível de todos os povos” (*ius cosmopolitanum*) – assim, *Doutrina do Direito*, Ícone Editora, São Paulo, 1993, pp. 201 ss.. Para uma discussão jusfilosófica, a partir do edifício kantiano, das teses de J. Derrida e Habermas, ver, por todos, J. M. Aroso Linhares, “Jus Cosmopolitanum e Civilização de Direito: as ‘alternativas’ da Tolerância Procedimental e da Hospitalidade Ética”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 2006, pp. 135-180.

jável, desde que o denominador comum deste novo “contrato social” seja a *dignitas* da Pessoa Humana (*das höchste Gut*). O “insuperável” (António José de Brito). Disto não abdicamos!

Esta é a chave, o patamar *mínimo* do diálogo e de um renovado “Ius Commune”, sem o qual tudo se estiola num *relativismo*⁴⁵ (político) a-humano ou num qualquer *totalitarismo* provinciano disfarçado de “práticas culturais ancestrais”, alicerçadas num subtil, irrestrito e *absolutizante* “direito à tolerância”⁴⁶. Quem quiser *dialogar*, fá-lo-á, portanto, num regime de autêntica *liberdade*, assumindo, pois, o “... Direito como uma das mais nobres causas do nosso tempo”⁴⁷.

Com um objectivo último: reduzir, paulatinamente, o “...*quantum* despótico”⁴⁸.

O Direito não é só, como pretendia Foucault, no seu *Surveiller et Punir*, uma forma de “discurso disciplinar”, ou um mero *epifenómeno* da sociedade capitalista (G. Lukács⁴⁹).

É também, e sobretudo, um instrumento ao serviço da *liberdade* e dos *valores*⁵⁰ autenticamente humanos.

⁴⁵ Para uma crítica filosófica ao relativismo *cultural*, ver Olavo de Carvalho, “Armadilha relativista”, in *O Imbecil Coletivo*, vol. I, É Realizações Lda., São Paulo, 2006, pp. 64-67.

⁴⁶ Sobre a “inclusividade multicultural” e os problemas que levanta no plano da teoria do Direito Público, ver Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1450 ss.. A Constituição, sem perder o seu carácter de *referente normativo*, é ainda o “espaço do jogo”, onde se cruzam as várias “narrativas” e visões do mundo. Os *topoi* concorrentes. A Constituição exerce, pois, um como que “papel mediador”, numa Sociedade Aberta e estruturalmente *pluralista*. Acerca do “jogo”, enquanto “paradigma ético”, ver, por todos, Michel van de Kerchove e François Ost, *Le Droit ou les Paradoxes du Jeu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp. 219 ss..

⁴⁷ Assim, Mário Reis Marques, in “Nota prévia” à 2.^a edição do seu (manual de) *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2007.

⁴⁸ Cf. George Sarmento, “Ética, Direitos Humanos e Constitucionalismo”, in *Direitos e Deveres – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas*, Ano II, n.º 5, Imprensa Universitária (UFAL), 2000, p. 89.

⁴⁹ Para uma crítica da leitura marxista, dissecando, desde logo, “as dúvidas que pesam sobre o programa comunista”, ver Simone Goyard-Fabre, *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp. 395-400.

⁵⁰ Quanto à origem dos valores, ver Raymond Boudon, *O Justo e o Verdadeiro*, Instituto Piaget, Lisboa, 1998, pp. 323 ss..

Aceitamos uma “interconstitucionalidade” (Gomes Canotilho), mas sem abdicar, jamais, dessa tal “pré-compreensão” jusfilosófica, radicada, em última instância, na “*consciência axiológica geral*” do nosso tempo⁵¹, isto é, nos *valores* irrenunciáveis da pessoa, da justiça, da liberdade e da solidariedade. O que o mesmo é dizer: na intangível e imprescritível *dignidade* da pessoa humana.

Não se trata, aliás, de uma simples *ideia kantiana* de “humanidade”, mas da protecção, *hic et nunc*, de cada “...Homem vivo e concreto”⁵², *fundamento* decisivo de uma ordem jurídica justa e responsável.

O diálogo será, aqui, eclético, *tópico-argumentativo*, aberto, interdisciplinar, convocando, sem esquecer o necessário rigor jurídico-dogmático, vários *saberes* e olhares múltiplos, uma vez que o Direito, superado o mito frágil da “plenitude lógica do ordenamento jurídico” (um “...cadáver já putrefacto”⁵³, nas palavras incisivas de Jorge Figueiredo Dias), é uma realidade que vive numa atmosfera *cultural*⁵⁴ mais vasta e iluminante.

Sem o “húmus cultural”, o Direito seria uma peça normativa estéril, no altar de uma lógica fria e *desumanizante* (= *conceptualismo*⁵⁵ puro, sem raízes valorativas e sociais, como se estivéssemos, aqui, perante um discurso “autopoético” e meramente “insular”⁵⁶).

⁵¹ Sobre a protecção internacional do *indivíduo* e a emergência, num desafio ao clássico princípio da *soberania*, emergente da paz de Vestefália (1648), de uma “ética universalista”, ver Anabela Miranda Rodrigues, “A Globalização do Direito Penal: da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 77-89.

⁵² Neste sentido, Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 31; contra, Miguel Reale, “Personalismo e Historicismo Axiológico”, in *Teoria Tridimensional...*, cit., pp. 136-137.

⁵³ Cf. “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 5.

⁵⁴ Assim, João Baptista Machado, para quem o Direito é “parte integrante da cultura” e da “imagem do Homem” pressuposta pela ordem jurídica – cf. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 333 ss..

⁵⁵ Para uma crítica da “jurisprudência dos conceitos”, ver, sinteticamente, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, “¿Hacia un Nuevo Conceptualismo Jurídico?”, in *Direito e Cidadania*, n.º 3, Praia, 1998, pp. 51-60.

⁵⁶ Assinalando a essencial “no insularidad” do discurso jurídico, ver, por ex., Carlos Santiago Nino, *Derecho, Moral y Política (una revisión de la Teoría General de Derecho)*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 79-83.

O âmbito do presente trabalho irá tocar, numa perspectiva ampla, “ambas as áreas do sistema penal: tanto o direito penal⁵⁷ substantivo como o processo penal”⁵⁸. Contaremos, por conseguinte, com o contributo das respectivas dogmáticas⁵⁹, tendo como pano de fundo a CRCV e as *garantias* (: jurídico-penais) que ela, avisadamente, prescreve.

O nosso “horizonte problemático” será, pois, a ordem jurídica *democrática, constitucionalmente* gizada. O Direito, tal como o imaginamos, pressupõe, enquanto sua irredutível *condição de validade*, esse “acquis” civilizacional, em que o *Iustum* é o fio-de-prumo, o valor (algo que se aceita *incondicionalmente*, segundo Simone Weil) que tudo sustenta.

O Direito é, então, concebido como “...um mínimo instrumental de um máximo cultural – a realização de cada um *como pessoa* na plenitude das condições do seu tempo histórico...definindo-se como uma certa ordem ético-social...” que visa, no limite, assegurar “...a liberdade recíproca ou a justiça, que são fins do Direito...a partir da essencial dignidade da pessoa humana”⁶⁰. Nunca *menos* do que isso.

⁵⁷ Estamos a pensar, bem se vê, no “direito penal tradicional” ou “direito penal de justiça”, mais ligado à defesa dos direitos, liberdades e garantias. Normalmente, consta de um “Código Penal”. Sobre as diferenças entre, nomeadamente, este Direito Penal “clássico” e o chamado “Direito de mera Ordenação Social”, ver Jorge de Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 136 ss.. Foi o Código Penal de Napoleão, de 1810, que estabeleceu, no art. 1.º, a célebre *trilogia jurídico-penal: crimes, délits, contraventions*. A justificação de fundo é, ou foi, já se sabe, a *expansão* da actividade administrativa – o advento do Estado *interventor*.

⁵⁸ Cf. Manuel da Costa Andrade, “Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, n.º 13, Macau, 2002, p. 207.

⁵⁹ Sobre as funções da *dogmática jurídica*, ver, com ampla informação, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 26 ss..

⁶⁰ Cf. Maria Fernanda Palma, *Direito Constitucional Penal*, cit., pp. 72-76.

2. A contradição entre o sistema constitucional cabo-verdiano e a legislação ordinária. Algumas questões Fundamentais.

“...afastada a justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões?” – Santo Agostinho, *A cidade de Deus*, Livro IV, p. 383, *apud* Paulo Otero, *Instituições...*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 27

2.1. Raízes, história, instituições, *philosophia*⁶¹

O sistema penal cabo-verdiano é tributário, desde há séculos, da mais límpida *tradição jurídico-filosófica* portuguesa.

As *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, para usarmos o sugestivo título de uma obra de Pascoal José de Mello Freire⁶² (1738-1798), sempre⁶³ vigoraram, como *lei aplicável*, em Cabo Verde.

⁶¹ A Filosofia (ou *amizade pelo saber*, simplesmente) não é sinónimo, para nós, de “ideologia do Direito”. Pelo contrário, é, e decisivamente, o “...estudo crítico-sistemático dos pressupostos axiológicos, factuais e lógico-normativos da experiência jurídica” (Miguel Reale); ver também Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Rigidez ideológica e flexibilidade valorativa – para uma análise da dimensão axiológica do Direito*, in <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/39>

⁶² Para uma compreensão da (ampla) evolução histórica do pensamento jurídico em Portugal, ver António Braz Teixeira, *O Pensamento Jurídico-Filosófico Português*, Biblioteca Breve, Lisboa, 1983. O “jusnaturalismo krausista” teve, por exemplo, um papel determinante na concreta configuração do *humanismo penal* dos séculos XVIII e XIX. Portugal foi, como é sabido, o primeiro país do mundo a *abolir* a pena de morte, já em 1867.

⁶³ Quanto, em geral, aos actos legislativos *coloniais* (Carta Régia, Alvará, Portaria Régia, Portaria Ministerial, Diploma Legislativo, etc.) e a sua vigência em Cabo Verde, desde a época do *povoamento* das ilhas, ver Geraldo Almeida, “A tipologia dos Actos Legislativos no Direito Constitucional Cabo-Verdiano”, in *Estudos de Direito Cabo-Verdiano e outros Escritos Jurídicos*, Praia, 2008, pp. 150-157. O autor cita, aliás, no seu breve mas interessante estudo histórico-jurídico, alguns documentos com relevância *penal*: a Carta Régia de 6 de Agosto de 1472, concedendo *perdão* a Joham Rodriguez, que fora degradado para Cabo Verde; a Carta Régia de 20 de Outubro de 1620, pela qual se *comutou* a pena de degrado das mulheres para o Brasil, ordenando, ao invés, que o degrado se fizesse para as ilhas de Cabo Verde e para São Tomé; e, finalmente, o Alvará de 12 de Agosto de 1717, determinando que o ajuntamento de 15 pessoas nas ilhas de Cabo Verde fosse caso de *devassa*. A partir de 1857, segundo Almeida (*ob. cit.*, p. 154), “...a Portaria torna-se o meio legal privilegiado para a

É o caso, por exemplo, do velho Código Penal português de 1886 (e, em boa medida, o de 1852), “...com as alterações constantes de algumas reformas parcelares levadas a cabo em Portugal e tornadas extensivas ao então Ultramar...”⁶⁴.

O mesmo se diga, para não irmos mais longe, do antigo Código de Processo Penal português de 1929 (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro), que esteve em vigor, na República de Cabo Verde, até muito recentemente. Existe uma ligação *umbilical* entre as duas ordens jurídicas⁶⁵.

A reforma penal global, em Cabo Verde, esteve a cargo de um jurisconsulto de reconhecido mérito (Jorge Carlos Fonseca) e procurou, antes do mais, adequar⁶⁶ o *ius puniendi*, numa linhagem fina que remonta ao marquês de Beccaria (com o seu clássico *Dos Delitos e*

tomada de medidas aplicáveis nos territórios ultramarinos”. Quase tudo era feito através da Portaria (forma legislativa prevista nas antigas *Ordenações do Reino*): “... aprovar verbas, interpretar leis, conceder autorizações, decidir proibições, isentar do pagamento de direitos, fazer ou proibir concessões, fixar jurisdição... O domínio da Portaria foi de tal sorte que, no período referido, poucas foram as medidas tomadas por Decreto ou por Carta”. A partir de 1933, as *províncias ultramarinas* (ver, sobre este conceito, e por todos, Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., 10.^a reimpr., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 298-307) passariam a ser regidas pelo Acto Colonial, parte integrante da Constituição aprovada pelo plebiscito de 19 de Março. O Governador da colónia exercia, então, funções executivas e legislativas, sob a *supervisão* do Ministro das colónias e, em regra, com o aval do Governo central.

⁶⁴ In “Preâmbulo” do Decreto Legislativo n.º 4/2003, de 18 de Novembro, que aprovou o novo Código Penal de Cabo Verde: <http://www.rjcpplp.org/RJCPPLP/sections/informacao/legislacao-nacional/anexos/cv-codigo-penal/downloadFile/file/CaboVerde.CodigoPenal.pdf?nocache=1201532921.37>

⁶⁵ É claro que, apesar da ligação *genética* entre as duas ordens jurídicas, existem alguns *descompassos*. Isto por causa das *circunstâncias* políticas locais e do “coeficiente histórico” de cada país. O *desenvolvimento* das leis é, por isso, um fenómeno “assíncrono”, *não simultâneo* – cf. Giorgio del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, vol. II, Arménio Amado, Editor, Coimbra, 1959, p. 38. Sobre, em geral, a Ordem Jurídica, enquanto “noção englobante” e *complexa* (= não exclusivamente normativista), ver José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 48-50.

⁶⁶ Sobre as razões e as justificações (filosóficas, de política criminal, etc.) do novo Código Penal, ver, por todos, Jorge Carlos Fonseca, *Reformas Penais em Cabo Verde*, vol. I, Instituto do Património Cultural, Praia, 2001.

das Penas⁶⁷, escrito em pleno século XVIII), à liberdade e dignidade humanas, assumindo assim, e sem rebuços, o paradigma (constitucional/iluminista) da “intervenção mínima” e da natureza *fragmentária*⁶⁸ e subsidiária (*subsidiaritätprinzip*) do Direito penal. Sendo que a *limitação* da intervenção penal resulta, como sempre ensinou Figueiredo Dias, do princípio da *proporcionalidade* em sentido amplo, inerente ao

⁶⁷ A respectiva tradução portuguesa, editada pela Gulbenkian (1998), é da responsabilidade de José de Faria Costa, autor que escreveu, além disso, uma excelente nota introdutória, ressaltando, num “razoar” criterioso, as qualidades da “ilustração italiana” e do movimento cultural iluminista em geral. O *primado da liberdade* foi uma dessas conquistas, uma herança, pode dizer-se, perene do “século das luzes”. Um outro exemplo marcante, que se inscreve nessa luta pela dignificação do Homem e do aparelho judicial, é o *Tratado sobre a Tolerância*, do filósofo François-Marie Arouet, mais conhecido por Voltaire (seu pseudônimo, afinal). Escrito um pouco antes da Revolução Francesa, e na esteira d’ *A Letter concerning Toleration*, de John Locke, o livro resume o combate do autor francês pela *revisão da sentença* (proferida pelo “parlamento” de Toulouse) que condenara Jean Calas, por motivos meramente religiosos. A certeza jurídica, o respeito pelas garantias básicas, a separação dos poderes, os limites do poder do Estado (sobretudo no campo penal), etc., são os tópicos fundamentais que perfazem o célebre *Tratado de Voltaire*. Sem esquecer as *raízes*. A tradição jurídica ocidental tem, na verdade, as suas *origens* em Roma, onde a ideia de “processo” (e de *iurisdictio*) ganhou, pela primeira vez, foros de cidadania. Significativamente, Voltaire cita uma decisão de Festo, o qual, *pressionado* pela turba sedenta de vingança, declarou, com prudência (*Juris-prudentia*, claramente: como *arte de decidir com equilíbrio*, ou de “pensar por problemas”, naquele sentido *clássico* invocado por T. Viehweg – ver, para tanto, com tradução e prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Tópica e Jurisprudência*, in www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VIEHWEG_TopicaJ.pdf) e *convicção*, o seguinte: “Não faz parte dos *costumes* romanos condenar um homem antes de o acusado ter perante si os seus acusadores e sem que lhe seja dada a liberdade de se defender” – cf. *Tratado sobre a Tolerância*, Edições Antígona, Lisboa, 1999, p. 59. Com muito interesse, veja-se também François Tricaud, “Le procès de la procédure criminelle à l’âge des Lumières”, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 39, Paris, 1994, pp. 145-167 (disponível em: <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/253.pdf>).

⁶⁸ Para uma adequada compreensão das *finalidades* e dos *limites* da sanção criminal, veja-se Jorge de Figueiredo Dias, *Temas Básicos...*, cit., pp. 104-111; cf. também Claus Roxin, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Vega, Lisboa, 1998, pp. 15-47, autor que recusa o “mandato metafísico” e a *tentativa* recorrente (embora *inidónea!*) de transformar o Direito penal num “instrumento de opressão que escraviza a mentalidade”.

Estado de direito⁶⁹ *material*, enquanto Estado de Justiça⁷⁰ (*Gerechtigkeitsstaat*), que é radicalmente diferente do Estado de direito formal, *de mera legalidade*, ou mesmo do puro Estado Técnico.

Recusa-se, assim, tanto o *paternalismo* benevolente do velho Estado de polícia quanto a *escatologia* dos Estados perfeitos e pretensamente livres da corrupção humana.

A normatividade jurídico-penal cumpre, deste modo, um papel *teleológico-funcional-racional*, como “*ultima ratio*” da política social, destinando-se, pois, à tutela daqueles bens jurídicos indispensáveis à preservação da *paz* comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa humana⁷¹. Um Direito penal de “*rosto humano*”, como se exige aliás nos dias de *hoje* e no nosso *espaço* civilizacional, timbrado por uma “*lógica normativa*” em que “Os *direitos* estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de *governo democrático*”⁷² (os itálicos são nossos).

Trata-se, como diria Jeanne Gaakeer, de criar uma Ordem sem deixar de *imaginar* o Homem⁷³.

⁶⁹ Neste sentido, de firme rejeição de uma noção meramente *formal* de crime, ver Paulo Ferreira da Cunha, *A Constituição do crime – da substancial constitucionalidade do Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 87-104.

⁷⁰ Sobre os valores *constitucionais* fundamentais, “...que constituem verdadeiramente o núcleo irreversível (e irrevisível) e a identidade mesma da nossa constituição material actual,...constituindo assim, por isso, também o referente axiológico-comunitário fundamental, pressuposto de todo o pluralismo e de toda a ‘diferença’ consequentes”, ver ainda Virgílio de Jesus Miranda Carvalho, *O Estado de Direito Democrático – Alguns tópicos de reflexão*, Ediliber Editora, Coimbra, 1988, pp. 16 ss..

⁷¹ “...o direito penal não quer fazer dos homens sábios, artistas, heróis ou santos.” – cf. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, vol. I, *apud* Mário Ferreira Monte, “Introdução ao Direito Penal: particular alusão ao crime e à sanção”, in *Instituições de Direito (Enciclopédia Jurídica)*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2000, p. 195.

⁷² Cf. Robert Dahl, *Sobre a Democracia*, Editora UnB, Brasília, 2001, p. 62. Pois, como sublinha certeiramente Anthony Giddens, “O poder político apoiado na ordem autoritária já não consegue sacar sobre as reservas de deferência ou de respeito tradicionais.” – assim, *O Mundo na Era da Globalização*, Editorial Presença, Lisboa, 2000, p. 73.

⁷³ Como alertou Castanheira Neves, a ordem pressuposta pelo Direito *não é a sufocante utopia totalitária* presente em 1984 nem, tampouco, a ordem tecno-científica

2.2. O constitucionalismo cabo-verdiano (propriamente dito) e a protecção das liberdades fundamentais: o “princípio da história”, a apoteose do nacionalismo transpersonalista e a transição democrática – entre o “esquecimento premeditado” e as peças-chave do novo “Dictionnaire Politique”...

“Não há dúvida de que a ordem instituída por Péricles na Cidade tranquilizava os cidadãos e dava-lhes uma ideia racional da Lei. Mas a paz de Atenas – tão diferente da de Esparta – não era em si um sintoma? Tudo se passa como se na alma, em primeiro lugar, as pulsões inconscientes se tivessem vergado perante uma espécie de escalada e de consolidação da consciência. É então possível organizar a Cidade, olhar a própria alma, representar harmoniosamente a figura do Homem.” – Robert Lenoble, *História da Ideia de Natureza*, Edições 70, Lisboa, 1990, p. 79

“Pois é, dia a dia aplicamos leis sem conta. Dia a dia construímos, também nós, o Direito em que vivemos.” – Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lex, Lisboa, 2000, p. 114

Convém traçar, ainda que em breves linhas, o percurso mais recente do sistema *político* e jurídico-constitucional em Cabo Verde, para melhor *compreendermos* o “lugar” (especial) do discurso *penal* nessa trajectória determinante e mais abrangente.

O Direito inscreve-se, necessariamente, numa “politeia”⁷⁴, que lhe determina, afinal, o sentido e o *roteiro* prático-argumentativo.

do *Brave New World*, de Aldous Huxley. É, antes, uma *ordem humana*, essencialmente livre, cuja imagem de marca é o princípio (: normativo-material e axiologicamente determinante, como é exigível numa “juridicidade constituenda” e transpolítica, com a sua indispensável règle de Justice, lembrando Ch. Perelman) do “reconhecimento do homem pelo homem”. Ou do seu sagrado “direito ao Direito” (Hannah Arendt), enquanto “condição de possibilidade” da própria *existência* (como *pessoa*, “res sacra” e irrepetível, esclareça-se: aberta, definitivamente, ao valor, à integração convivente e à autónoma, e inadiável, *realização humana*).

⁷⁴ Como ensinava Afonso Rodrigues Queiró, “...o fim do Estado é, no fundo, o elemento determinante da estrutura da ordem jurídica...” – assim, “Os fins do Estado”, in *Estudos de Direito Público*, vol. I, Acta Universitatis Conimbrigensis,

Fora da comunidade *política*, e do “reino dos fins”, o Direito (= a “ordem jurídica”) seria um sonho vago e imprestável; “nuda *cogitatio*”, uma *intenção* desprovida da essencial dimensão *prático-simbólica* e organizatória⁷⁵.

Cabo Verde viveu, como se sabe, quinze anos de *ditadura*, após a respectiva independência política, alcançada no dia 5 de Julho de 1975. Desta data, *marcante*, até⁷⁶ Setembro de 1991, vigorou, no arquipélago, um regime (ditatorial) de “partido único” inspirado no *marxismo soviético*⁷⁷ e nas suas teses económicas e filosóficas mais conhecidas⁷⁸.

Coimbra, 1989, p. 17. Sublinhando a dimensão *política* do Direito privado, v., por todos, Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil – Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 105 ss., para quem o Direito civil é, por seu turno, um “...elemento material da ordem constitucional”. O autor dá o exemplo dos sistemas políticos *colectivistas*, onde o Direito privado perde o seu carácter de *autonomia* e “espaço de liberdade”, dissolvendo-se, aliás, na heteronomia programático-revolucionária (do poder dominante), “numa situação de perfeita instrumentalização e total descaracterização”.

⁷⁵ Pois o Direito, como sintetizou Welzel, “...é simultaneamente poder que tutela e valor que obriga” – *apud* A. Castanheira Neves, “Fontes do Direito”, in *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 63.

⁷⁶ Sobre a “conceptologia” e as teorias explicativas da transição, v. Mamadou Diouf, *Libéralisations Politiques ou Transitions Démocratiques – Perspectives Africaines*, Codesria, Dakar, 1998, pp. 8-29.

⁷⁷ Assim, Nuno Piçarra, “A Evolução do Sistema de Garantia da Constituição em Cabo Verde”, in *Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 407-445.

⁷⁸ Acerca das bases *jurídico-filosóficas* do Direito socialista, ver Eric Agostini, *Direito Comparado*, Rés-Editora, Porto, s/d., pp. 128-161. O grande *dilema* do “socialismo científico” (K. Marx, Engels) tem sido este: o proclamado “fim do Estado” deu origem, *pelo contrário*, a um Estado centralizado *avassalador*, claramente “*contra o Direito*” (G. Radbruch), apoiado, aliás, por uma poderosa máquina burocrático-administrativa. É o triunfo do Estado-polvo e da “nova classe” (M. Djilas), ávida de poder e privilégios. A *omnipotência* do Partido Comunista substituiu a grandeza sem par do “paraíso comunista” prometido. A bela *utopia* emancipatória acabou, pois, numa curiosa *distopia* totalitária, com a perversa criação do “gulag” (A. Soljenitsyne), o atraso tecnológico, a fome em massa, o “terror vermelho” e a *repressão* política generalizada. O *marxismo*, ao tentar fundir a Economia (= “ordem tecnocientífica”) com a Moral, produziu, afinal, um “humanismo criminoso” (A. Comte-Sponville). Para uma visão mais ampla do problema, ver A. Castanheira Neves, “A Revolução e o Direito”, in *Digesta*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 51-239; e ainda

Era uma espécie de “socialismo precário”⁷⁹ e *melancólico*, incapaz de levar as premissas *socialistas* até às últimas consequências, tendo em conta as *fragilidades* do meio, a resistência (nalguns círculos políticos, pelo menos) ao projecto de “engenharia social”, a *pequenez* do território e a *dependência* face ao exterior. A “realidade” conteve, assim, o *excesso* da fantasia utópica.

Ora, as *liberdades* fundamentais, nesse “contexto-ordem”, eram vistas com imensa *desconfiança* e a sociedade civil abafada por um Estado *pouco amigo* do indivíduo⁸⁰ e do personalismo⁸¹ jushumista.

O “espírito revolucionário”, como tantas vezes acontece na *prática*, não foi, por conseguinte, a consumação de uma esperança valiosa, mas, ao invés, a revelação de um poder *monolítico* e tendencialmente absoluto.

No verbo claro de Giorgio del Vecchio: “...não deve esquecer-se que o ‘espírito revolucionário’ não poucas vezes também tem abusado do nome sagrado da justiça para encobrir as mais impuras paixões e os mais inconfessáveis interesses”⁸².

Fernando José Bronze, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problemizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 252-271.

⁷⁹ Sobre os “socialismos africanos”, ver em geral Ives Benot, *Ideologias das Independências Africanas*, vol. I, Livraria Sá da Costa, Lisboa, 1981, pp. 283 ss..

⁸⁰ No caldo dessa ideologia política intransigente, o indivíduo-pessoa não tinha, *nem podia ter*, qualquer primazia. Pelo contrário, e com palavras de Elías Díaz, usadas embora noutro contexto argumentativo, “...el hombre individual desaparece absorbido en el gran Todo que es el Estado o la nación.” – cf. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, Madrid, 1998, p. 61.

⁸¹ Acerca do *personalismo* jurídico, ver, por todos, a síntese esclarecedora de Mário Emílio Bigotte Chorão, “Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos”, in *Direitos Humanos (teorias e práticas)*, organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 77-97.

⁸² Assim, *Lições de Filosofia do Direito*, cit., p. 391.

Vigorava, durante o período do “partido único”, um como que “paternalismo jurídico”⁸³, filiado num *despotismo* (político) *não esclarecido*⁸⁴, de viés nacionalista⁸⁵ e colectivista⁸⁶.

Havia, nessa época, um “Estado de súbditos” (*Untertanenstaat*), para utilizarmos uma bela e adequada expressão de Franz Wieacker⁸⁷.

Foi, pois, nessa atmosfera, nessa ambiência histórico-sociológica, que *as leis penais* provenientes do período *colonial* (os já citados códigos

⁸³ Sobre os vários conceitos de “paternalismo” – de Joel Feinberg, Gerald Dworkin, etc. –, ver, por todos, Macario Alemany, *El Paternalismo Jurídico*, Iustel, Madrid, 2006 (especialmente as pp. 343 ss., onde o autor, num discurso consistente, faz um esboço de “uma teoria do paternalismo”).

⁸⁴ Um relato pungente da *tirania* política então vigente pode ver-se em Onésimo Silveira, *A Tortura em Nome do Partido Único (o PAICV e a sua Política Político)*, Terra Nova/Ponto & Vírgula, Mindelo, 1991.

⁸⁵ Questionando a existência de um “nacionalismo” especificamente *cabo-verdiano* no quadro da luta pela independência, conduzida pelo PAIGC, ver, por todos, Gabriel Fernandes, *Em busca da Nação – Notas para uma Reinterpretarção do Cabo Verde Crioulo*, Editora da UFSC, Florianópolis/Brasil, 2006, p. 243. Partindo da perspectiva analítica de Hroch e E. Gellner, o autor conclui (aliás peremptoriamente): “... não há elementos que apontem para a existência em Cabo Verde de um nacionalismo *stricto sensu*, entendido como ‘a visão que confere absoluta prioridade aos valores da nação perante quaisquer outros valores e interesses’...”. Para Fernandes, o *pretenso* nacionalismo crioulo consistia, sobretudo, na *subordinação* da “cultura nacional” aos interesses de um aparelho político-ideológico *alheio* e translocal (ou, se quisermos, *transnacional*). Assim sendo, só com o *fim* dessa estrutura política de tipo *federativo* (a “*unidade Guiné-Cabo Verde*”, entenda-se), isto é, com o golpe de Estado de Novembro de 1980, em Bissau, se abririam as portas a um *nacionalismo* de recorte diferente, já *não enfeudado* à “pátria africana” e aos seus símbolos, crenças e *ideologia*: “É só a partir desse novo contexto que se começa a vislumbrar uma nação que fosse uma tradução político-cultural da sociedade crioula” (p. 235). A tese é bem clara. O PAIGC, vinculado à mitologia “pan-africana”, *não podia* sufragar um nacionalismo *cabo-verdiano a se*. Ou uma coisa ou outra! (Quanto à *relevância* do “problema cabo-verdiano” no golpe de 1980, v. Luís Barbosa Rodrigues, *A Transição Constitucional Guineense*, AAFDL, Lisboa, 1995, pp. 49-56). Sobre a questão do *nacionalismo* em geral, ver, em síntese, Ernest Gellner, “Nacionalismo”, in *Dicionário do Pensamento Social do século XX*, editado por William Outhwaite e Tom Bottomore, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1996, pp. 508-510.

⁸⁶ Carlos Blanco de Moraes, “Tópicos sobre a Formação de uma Comunidade Constitucional Lusófona”, in *Ab Uno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 65, recorda que, de uma forma geral, os países africanos de língua oficial portuguesa eram governados por “autocracias marxistas”.

⁸⁷ Assim, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, p. 277.

gos Penal e de Processo Penal de 1886 e 1929, respectivamente) foram mantidas e *preservadas* na sua essência, uma vez que o sistema político-constitucional cabo-verdiano, na época *pós-independência*, era muito *semelhante*, no tocante à relação Estado/indivíduo, ao pensamento (autoritário, no mínimo) aclamado pelo “Estado Novo”⁸⁸ de Oliveira Salazar, com o seu mítico “Integralismo Lusitano”, numa *simbiose*, nem sempre fácil e transparente, “do pensamento tradicionalista com a ideologia fascista” (Gomes Canotilho⁸⁹).

Parafraseando Clausewitz, dir-se-ia que *o regime de partido único foi a continuação do salazarismo por outros meios*.

Não se pode ter, na verdade, um “código” (infraconstitucional) protector das liberdades quando o próprio sistema político-constitucional é, por princípio, um *inimigo confesso das liberdades* individuais. É uma impossibilidade lógica.

Não colhe, por isso, a “tese” defendida pela ex-Ministra da Justiça de Cabo Verde, Cristina Fontes Lima, para quem, conforme *escreveu* no “Preâmbulo” do actual Código de Processo Penal, “...estes novos valores, princípios e regras...vêm constituindo de longa data preocupação da República, mesmo antes da emergência do novo estatuto constitucional, apenas não positivados em normas jurídicas pela necessidade de amadurecimento e afirmação das nossas instituições...”⁹⁰ (o itálico é nosso).

Ora, isso contraria, *in totum*, a verdade.

Os valores, critérios e princípios conaturais ao Estado de direito democrático são, e sempre serão, aliás, manifestamente *contrários* ao projecto político autoritário e *transpersonalista* da época do “partido único” (a impropriamente⁹¹ chamada “1.ª República” em Cabo Verde).

⁸⁸ Para uma *caracterização* precisa e documentada desse regime político, ver Paulo Otero, *A Democracia Totalitária. Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária: a Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Principia, Cascais, 2001, pp. 131-143.

⁸⁹ Sobre as *ideias centrais* e as influências do Constitucionalismo Corporativo, ver, por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 178-185.

⁹⁰ Assim, *Código de Processo Penal de Cabo Verde*, edição do Ministério da Justiça, Praia, 2005, p. 11.

⁹¹ Para uma breve explicitação dos sentidos “fortes e fracos” da República, ver Paulo Ferreira da Cunha, *O Essencial sobre a I República e a Constituição de 1911*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2011, pp. 27-34.

Não constituíam, portanto, naquela época histórica, qualquer “preocupação da República”. É uma falácia. Uma “burla de etiquetas”, ou *camouflage pseudocientífica*.

Muito pelo contrário, a “realidade constitucional”, *in illo tempore*, era uma mera função ou decorrência da *ideologia* iliberal do partido único.

A ideologia oficial (*norma normarum*) era um *dogma* e impunhava-se, no plano jurídico, como *a única*⁹² “ideia de direito” aceitável. Uma autêntica “cláusula pétreia” do *Aüfklarung* revolucionário!

O partido “força, luz e guia”⁹³ (= governo ditatorial⁹⁴, nimbado, assim, de uma “infalibilidade” mística e faiscante!) não tolerava outras luzes: era *a fonte exclusiva da legitimidade* política e normativa.

Tratava-se, portanto, de uma “ideologia com pretensão teológica” (G. Lipovetsky). O partido era o Estado, e o Estado era o partido.

⁹² Pedro Pires, o então Primeiro-Ministro de Cabo Verde, foi, aliás, claríssimo, no comício de *proclamação* do PAICV, no dia 20 de Janeiro de 1981: “Não admitimos que pessoas de passado confuso e duvidoso pretendam agora erigir-se em moral desta sociedade. Só existe *uma única moral*, a revolucionária. A moral dos que deram tudo para que este país fosse independente e para que...seja o que é neste momento” (cf. Humberto Cardoso, *Conflito de interesses: negar ou prevenir?*, in <http://emcima.blogspot.com/2007/03/boa-governaa-e-conflito-de-interesses.html>; este episódio consta, refira-se, do livro de Cardoso sobre a história do partido único – ver *infra*). Para o cientista político Samuel Finer, esta é, precisamente, *a segunda condição* de um governo totalitário, *in proprio sensu*. Não basta que a sociedade inteira seja *politizada*, é preciso também “...que as opiniões que a politizam estejam reduzidas a uma só, em relação à qual não se tolera dissidência...O âmbito e a autoridade do governo não são limitados, mas, ao contrário, totais. E a pluralidade de opiniões, característica do Estado liberal-democrático, é suprimida, em favor de um único ponto de vista.” – cf. *Governo Comparado*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, p. 79.

⁹³ Cf. a expressão usada já no *Texto da Proclamação da Independência*, de 5 de Julho de 1975 – in Mário Ramos Pereira Silva, *As Constituições de Cabo Verde e Textos Históricos de Direito Constitucional Cabo-Verdiano*, 2.^a ed., Imprensa Nacional de Cabo Verde, Praia, 2010, pp. 402 e 404.

⁹⁴ Cuja *alma* era totalitária, traduzida naquela vontade de tudo perscrutar, contabilizar, abarcar, enquadrar e controlar, não admitindo, em consequência, a existência de “sectores intangíveis” a cargo dos indivíduos e da sociedade civil – quanto a isto, ver R. Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 368.

A Constituição era apenas um *adereço*, “fancy dress”⁹⁵, ao serviço de um grupo *monolítico* que açambarcava⁹⁶, na prática, todos os poderes.

⁹⁵ Há um facto particularmente ilustrativo da natureza *supraconstitucional* do velho partido único: a *revisão constitucional* de 12 de Fevereiro de 1981. O carácter *semântico* da Constituição ficou então à vista de todos, quando a Assembleia Nacional Popular, sem mais delongas, foi obrigada a *ratificar* a decisão (política) da Conferência Nacional dos militantes do PAICG, erigida em Congresso. O texto constitucional foi revisto, *ad hoc*, para se *adequar* à criação do PAICV, na sequência do golpe de Estado na Guiné-Bissau (Novembro de 1980). Como afirmou impressivamente Jorge Carlos Fonseca, o partido era a “...a verdadeira e única sede do poder real” (assim, “O Sistema de Governo na Constituição Cabo-Verdiana”, in *Cabo Verde: Constituição – Democracia – Cidadania*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 38). Nem mais. A ANP, simplesmente, vergou-se, submissa e *reverente*, prestando doce vassalagem ao *partido-guia*, o titular *efectivo* da soberania. A sua vontade era, pois, *omnipotente*, inquestionável, decisiva, superior à própria lei “fundamental” (escrita) do país. O partido, comprovadamente, *não se vinculava* a quaisquer leis ou limites. Era, numa espécie de reedição do *Führerprinzip*, o senhor do Direito, *legibus solutus*, o formidável “Novo Príncipe” imaginado por A. Gramsci, imune, por conseguinte, às prescrições normativas *vigentes* e à “consciência axiológica geral” (Castanheira Neves). Não existia um Estado *legal-racional*, no sentido de Max Weber (v., em síntese, sobre a weberiana, e já clássica, “tipologia da autoridade”, António Pedro Barbas Homem, *O Espírito das Instituições – um Estudo de História do Estado*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 142), mas sim um Estado *totalitário* (ou, talvez melhor, quase-totalitário, misturando, por vezes, ideias totalitárias genuínas com práticas típicas da “ditadura benevolente”), em que o partido único, imitando, na plenitude, a estratégia da “legalidade socialista”, assumia, por inteiro, as vestes de “*força dirigente da sociedade e do Estado*” (v. o art. 4.º da Constituição de 1980, que reproduz, no essencial, o art. 1.º da LOPE, de 1975). Nada escapava à sua voracidade. O partido situava-se *acima* dos órgãos formais do Estado. Como sublinhou J. C. Fonseca, numa síntese soberba, o *sistema de governo* da I República podia resumir-se desta forma: “O partido *decide*, o Parlamento *ratifica* e dá força legal às decisões do partido, o Governo *executa*, sob o controlo do partido.” – cf. “O Sistema de Governo...”, cit., p. 72. O ponto-chave é este: a completa *hegemonia do partido* sobre o Estado. O partido revolucionário, “no desempenho da sua missão histórica”, é a *Grundnorm*, transpositiva, o elemento fundante (*logos*, ?????? é) e fundamentante da ordem constitucional global. Sobre as fronteiras entre a legitimidade política e a legitimidade jurídica, ver Arnaldo Vasconcelos, *ob. cit.*, pp. 259-263. Este jussfilósofo brasileiro faz, aliás, uma afirmação *inquietante*, plena de intuições e sensibilidade: “O poder ilegítimo não pode criar normas jurídicas legítimas” (p. 262). Vera *Lex!* Sábia sentença. Quanto ao sentido político-simbólico da “lei” num regime autoritário, ver Leonel Severo Rocha, “Os Senhores da Lei”, in *Epistemologia Jurídica e Democracia*, Editora Unisinos, 1998, pp. 101-126.

⁹⁶ Sobre as “incidências da hegemonia” do Partido e a sua específica *relação* com os “Órgãos do Poder do Estado”, ver, por todos, J. C. Fonseca, *O Sistema de Governo...*, cit., pp. 59-69.

Os *projectos* axiológicos (ou ideológicos) rivais eram recusados, desacreditados, remetidos à nota de rodapé da “marginalidade política”. Eram, aos olhos do regime, antivalores. Elementos nocivos, “falsa consciência”.

No máximo, poderiam ter sido *assumidos*, isso sim e quando muito, por um ou outro jurista cabo-verdiano (ou por algum “espírito livre” e inconformado), mas *de forma isolada*, como uma espécie, digamos, de “património espiritual” íntimo e irrenunciável, que, deste modo, só podia florescer no âmbito restrito e *apolítico* da “esfera privada”.

Mas, ainda assim, temos de *separar as águas* e estabelecer, com o devido sentido de responsabilidade, e a necessária honestidade científica, linhas divisórias claras e fundamentadas.

Uma coisa é a *crença individual*. Outra, bem diferente, é o *sistema político* vigente num determinado território ou Estado-nação.

São duas categorias “ônticas” completamente distintas, a merecem, portanto, um rigoroso *distinguo*.

Como assinalou, e muito bem, Maria Fernanda Palma, “...a lei política não se confunde com uma moral interior, impõe-se como poder organizativo da cidade e como comando exterior”⁹⁷.

A “1.ª República” era, efectivamente, pela natureza das coisas, um “Estado contra o Direito”⁹⁸, para usarmos uma expressão cunhada por Gustav Radbruch, nas suas lições de *Filosofia do Direito*⁹⁹. Nem mais, nem menos.

⁹⁷ Cf. “Crimes de Terrorismo e Culpa Penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 245.

⁹⁸ Para Gomes Canotilho, *apud* Vinícius Martinez (in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8501>), o Estado de *não direito* caracteriza-se por **três notas fundamentais**: “Tomar a sério o Estado de direito implica, desde logo, recortar com rigor razoável o seu contrário – o ‘Estado de não direito’. Três ideias bastam para o caracterizar: (1) É um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) É um Estado em que o direito se identifica com a ‘razão do Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) É um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito”. Sobre a *diferença* entre o Estado de direito e o Estado de *mera legalidade*, ver, por todos, Jorge Reis Novais, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 103-126.

⁹⁹ *Apud* Paulo Otero, *Instituições...*, cit., p. 29.

Uma Constituição calcada nos pressupostos matriciais do Direito socialista¹⁰⁰ (como o foi, sem dúvida, a Constituição cabo-verdiana de 1980, um simples “...instrumento de legitimação jurídica de um poder político...”¹⁰¹ *ditatorial*) não pode, de forma alguma, sustentar um Direito Penal – ou Processual Penal, Administrativo, etc. – ancorado nas liberdades e garantias do indivíduo. *Nemo dat quod non habet*.

Este nosso entendimento pode ser reforçado, aliás, com um elemento central do discurso penal, o chamado *princípio da congruência*. Isto é, a “*analogia* substancial entre a ordem axiológica constitucional¹⁰² e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal” (Figueiredo Dias). Não se pode, portanto, analisar a legislação penal sem a *mediação* da ordem político-constitucional, hierarquicamente superior e fundante (ao nível do *ius positivum*, pelo menos).

Em 1992, após a realização das *primeiras* eleições multipartidárias, foi aprovada *uma nova Constituição*¹⁰³.

¹⁰⁰ Sobre os pilares “constitutivos” dos sistemas constitucionais de *matriz soviética*, veja-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. I, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 183-197; Jorge Bacelar Gouveia, por seu lado, fala expressamente, quanto à “primeira fase constitucional” (1975-1990) dos países africanos de língua oficial portuguesa, em “I República Socialista”, ou mesmo em “República totalitária” – assim, *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 292-295.

¹⁰¹ Ver Jorge Carlos Fonseca, “Direitos, Liberdades e Garantias Individuais e os Desafios Impostos pelo Combate à ‘Criminalidade Organizada’. Um Péríodo pelas Reformas Penais em curso em Cabo Verde, com curtas Paragens em Almagro e Budapeste”, in *Liber Discipulorum...*, cit., p. 157.

¹⁰² Ver, também, Augusto Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 65 ss. (sobre a relação entre a Constituição e o Direito penal).

¹⁰³ Ver, quanto à *transição* política e constitucional em Cabo Verde, Jorge Carlos Fonseca, “Do Regime de Partido Único à Democracia em Cabo Verde: as Sombras e a Presença da Constituição Portuguesa de 1976”, in *Themis* (Revista da Faculdade de Direito da UNL), edição especial, Lisboa, 2006, pp. 81-118; Wladimir Brito, “O Processo Constitucional Cabo-Verdiano”, in *Cultura*, número especial, Praia, 2001, pp. 49-56; num sentido algo diverso, *contrariando* a ideia de “ruptura constitucional” e defendendo, antes, uma espécie de “evolucionismo democrático”, v. Aristides Lima, *Reforma Política em Cabo Verde. Do Paternalismo à Modernização do Estado*, edição do autor, Praia, 1992; ver ainda, com interesse, a análise do político germânico

Ora, é com base nesta lei fundamental, de cariz *liberal e democrático*, que o movimento *reformador* penal ganhou, dir-se-ia, vez e voz em Cabo Verde. Tanto o Código¹⁰⁴ Penal (de 2003) como o novo Código de Processo Penal (de 2005) afirmam-se, hoje, como esteios da *cidadania* e do Estado de direito democrático (e *constitucional*: porque não há Estado de direito fora da Constituição¹⁰⁵ e, muito menos, contra a Constituição¹⁰⁶).

São, sem dúvida, autênticas “leis da liberdade” e da responsabilidade individual, a *Lin Fa* (“flor de lótus”: ?????) de um ordenamento jurídico equilibrado (“fairness”, expressão da *razão pública*, diria John Rawls), ao serviço do “bem comum”, da *pessoa humana* e dos seus *valores inalienáveis*.

A Constituição *material* é, pois, e neste sentido, “L’Esprit des lois” (Montesquieu), o elemento *fundacional* do sistema jurídico positivo: “cadre et mesure du Droit” (Christian Starck). *Higher Law*.

Peter Meyns, “Cape Verde: an African Exception”, in *Journal of Democracy*, vol. 13, number 3, (July) 2002, pp. 153-165.

¹⁰⁴ Aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 4/2003, de 18 de Novembro.

¹⁰⁵ Vd. Rogério Ehrhardt Soares, “Direito Constitucional: Introdução, o Ser e a Ordenação Jurídica do Estado”, in *Instituições de Direito...*, vol. II, cit., pp. 31-87.

¹⁰⁶ Sobre o princípio da constitucionalidade, ver, por todos, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 67-70. O art. 3.º, n.º 3, da Constituição de Cabo Verde preceitua, aliás, o seguinte: “As leis e os demais actos do Estado, do poder local e dos entes públicos em geral só serão válidos se forem conformes com a Constituição”.

2.3. Princípios fundamentais do (actual) sistema penal cabo-verdiano

“Um Estado que mata, que tortura, que humilha o cidadão, não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz a sua razão de ser, colocando-se ao nível dos...delinquentes.” – Luigi Ferrajoli, *apud* Alexandre Magno, in <http://www.alexandremagno.com/novo/princípios-do-direito-penal>¹⁰⁷

A actual Constituição¹⁰⁸ de Cabo Verde (doravante, CRCV) possui um catálogo vasto no que concerne à matéria penal (substantiva e adjactiva). Podemos destacar, desde logo, aquilo que o constitucionalista Jorge Miranda, num breve apontamento¹⁰⁹, escrito em 2006, denominou “princípios constitucionais gerais”:

- a) Dignidade da pessoa¹¹⁰ humana (art. 1.º da CRCV);
- b) Universalidade (art. 22.º);
- c) Princípio da igualdade (art. 23.º);
- d) Princípio da proporcionalidade *ou* proibição do excesso (art. 17.º, n.º 5).

¹⁰⁷ A Internet é, hoje, um meio precioso de informação e *investigação*. Mas com uma condição: “A Internet...deverá promover a elevação da cultura e não o seu abaixamento.” – cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, t. I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 301.

¹⁰⁸ Muito recentemente, a Constituição foi *revista*, através da Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, que impôs uma *nova numeração* dos artigos da Constituição. Os arts. 1.º a 20.º mantiveram a antiga numeração, mas a partir daí tudo mudou, com a introdução de *um novo artigo* (o actual art. 21.º) sobre o *Provedor de Justiça*. Deste modo, o antigo art. 21.º da Constituição (*Acesso à Justiça*) passou a ser o actual 22.º, o 22.º passou a ser o 23.º e assim sucessivamente. Sempre que se mostrar justificável, em função dos objectivos deste trabalho, comentaremos as alterações mais relevantes.

¹⁰⁹ Cf. o (seu) “Prefácio” ao livro de Catarina Veiga e Cristina dos Santos, *Constituição Penal Anotada: roteiro de Jurisprudência Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 8.

¹¹⁰ Sobre a dignidade humana e a noção *jurídica* de pessoa, ver L. Legaz y Lacambra, *Humanismo, Estado y Derecho*, Bosch (Casa Editorial), Barcelona, 1960, pp. 107 ss..

Estes são, no fundo, *princípios* inerentes a qualquer ordem jurídica civilizada (*general principles of law*¹¹¹, *rechtsgrundsätze*, etc.).

Ligados, desde sempre, à “filosofia prática”, e ao próprio significado ontológico do *Nomos*, os princípios transportam “*autoreferências ético-deontológicas* de natureza material” (Gomes Canotilho).

São “pólos da juridicidade”¹¹² e possuem uma dimensão *axiológico-normativa*¹¹³.

¹¹¹ Claus-Wilhelm Canaris identifica, note-se, os *princípios gerais* da ordem jurídica com os “valores fundamentais mais profundos”. Os princípios aparecem com uma clara dimensão *normogenética*: “...trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão ‘orgânica’ e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica...se torna perceptível.” – cf. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, p. 77. Para uma *diferenciação* entre valores, princípios e virtudes, ver Paulo Ferreira da Cunha, “Valores e Virtudes no aprofundamento do Estado de Direito – Uma perspectiva Luso-Brasileira”, in *Polis (Revista de Estudos Jurídico-Políticos)*, n.º 17, Lisboa, 2008, p. 60.

¹¹² Quanto à *origem* dos princípios fundamentais (*por indução*, tendo por base as normas positivas, ou *por representação dos valores suprapositivos*), ver Maria Luísa Duarte, *Introdução ao Estudo do Direito – Sumários Desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 186-187.

¹¹³ Superado o estrito *positivismo legalista*, que reconduz(ia) o Direito à *lex*, o novo pensamento jurídico tende, hoje, a captar a *juridicidade* na sua intencionalidade *prática* (mais profunda e dinâmica, *constituenta...*), “...por uma axiológica normatividade transpositiva e de supralegalidade, que a própria legalidade haveria de reconhecer e receber enquanto condição da sua própria validade de direito ...” – assim, A. Castanheira Neves, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia (tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 104. Acerca dos princípios axiológico-normativos (tipologia, etc.) e da *fundamentação* do Direito, numa clara e decisiva assumpção do *jurisprudencialismo*, em que o jurista recupera a sua velha dignidade e *auctoritas*, Idem, *ibidem*, pp. 106-115. Os princípios, indícios *materiais* da “ideia do Direito”, cumpriam então uma função *análoga* ao antigo Direito Natural (romano e aristotélico-tomista, *maxime*): “...a função capital de afirmarem os fundamentos de validade e as possibilidades normativo-juridicamente críticas relativamente à legalidade positiva.” (p. 109). Sobre o *jurisprudencialismo*, ver ainda o succulento ensaio-lição de José Manuel Aroso Linhares, *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de Pluralidade e de Diferença?*, in http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Linhares_JURISPRUDENCIALISMO.pdf

Os princípios jurídicos fundamentais evitam a *arbitrariedade* das “circunstâncias” e reduzem, em larga medida, a “tirania da legística”, introduzindo, deste modo, “...a ‘duração longa’ na vida do Direito”¹¹⁴. Garantem, numa palavra, a *identidade* específica¹¹⁵ do Direito (o *quid ius...*), enquanto saber e, sobretudo, “vontade de justiça” – que é, num refazer sem descanso, *constans et perpetua voluntas*¹¹⁶, desde o antigo *Digesto* romano.

Os princípios¹¹⁷ cumprem, se quisermos, a importantíssima função do “duplo interdito” (*double interdit*) de que falava Mireille Delmas-

¹¹⁴ Assim, François Ewald, *Foucault, a Norma e o Direito*, Vega, Lisboa, 2000, p. 71.

¹¹⁵ Ver, no plano simbólico e do(s) significado(s) semântico(s) do Direito, Sébastião Cruz, *Ius. Derectum (Directum, Dereito, Derecho, Diritto, Droit, Direito, Recht, Right, etc.)*, s/e., Coimbra, 1986.

¹¹⁶ Quanto a este tópico, ver, por todos, Paulo Ferreira da Cunha, “A Fundação Epistemológica do Direito em Roma. *Ius Redigere in Artem*”, in *Instituições de Direito (Filosofia e Metodologia do Direito)*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 201-215.

¹¹⁷ Significativas são, também, as reflexões de Jorge Miranda sobre os *princípios* e a sua concreta “função ordenadora”. Diz ele: “Inerente ao homem, condição e expressão da sua experiência convivencial, o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder...forçoso se torna reconhecer algo de permanente no sistema que permite (e só isso permite) explicar e fundar a validade e a efectividade de todas e cada uma das suas normas. O direito não é mero somatório de regras avulsas...ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.” – assim, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 261-262. Sobre a função material-*impositiva* dos princípios, pontifica: “Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente às regras; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-regras.” (p. 263). Os princípios jurídicos fundamentais integram, então, o “núcleo duro” da *Constituição material*. São directamente *aplicáveis* e *vinculam*, enquanto expressão da transpositiva “ideia do Direito”, todos os operadores jurídicos, incluindo, naturalmente, os juízes, os tribunais. Têm, portanto, força *erga omnes*. Os princípios, com esta irrecusável dimensão, *resgatam a Justiça*, fundamento e fim último, e atribuem-lhe o devido lugar

-Marty: "...interdit aux Etats de déroger à certains droits – c'est l'apparition des droits dits 'indérogeables'; interdit aux hommes de transgredier certaines valeurs..."¹¹⁸.

Além desses, de âmbito mais geral, a CRCV consagra, ainda, um conjunto apreciável de princípios e regras *específicos* da matéria penal.

Podemos, neste sentido, destacar os *princípios* mais emblemáticos e decisivos:

- a) O princípio da legalidade penal – *nullum crimen nulla poena sine lege prævia* (art. 31.º, n.ºs 3 e 4, da CRCV);
- b) Princípio da reserva de lei (art. 176.º, n.º 1, alínea c);
- c) Não retroactividade da lei penal (art. 29.º, n.º 1);

no plano da “geografia jurídica” e na Enciclopédia das ciências. *Ius, Iustum, Princípium*, numa “trilogia” (de vasos *comunicantes*), ou metodologia, que não confunde a *causa* (primeira) com a consequência, nem a norma legal com o *valor* (fundante e mesmo *determinante*). O *princípio* é a “lei da consciência” (*indictum hominum*). Critério regulativo (o mesmo é dizer: regramento de *primeiro* grau). O princípio é, pois, a *essência* (fonte de validade – ou “ratio iuris”), o *leitmotif* normativo. Em última instância, radica no Direito Natural, que é, na sua raiz *eidética*, o verdadeiro “espírito das leis” e da ordem constitucional justa, “bem ordenada” (J. Rawls). É isto, esta *condição* possibilitante, que faz, aliás, do Direito uma *Scientia*, pois, como já assinalava Aristóteles, a ciência tem “...por objecto os princípios e as causas.” – cf. Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 4.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 2. Sobre o Direito Natural (*clássico*), ver Leo Strauss, *Direito Natural e História*, Edições 70, Lisboa, 2009, pp. 105-142; cf. ainda Paulo Ferreira da Cunha, “Um Direito natural natural (nova lição de Michel Villey)”, in *Pensar o Direito: do Realismo Clássico à Análise Mítica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 215-227.

¹¹⁸ Cf. *Pour un Droit Commun*, Seuil, Paris, 1994, p. 273; ver ainda, sobre os princípios do Direito, Karl Larenz, *Derecho Justo (Fundamentos de Etica Jurídica)*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp. 21-54. Para uma arqueologia *constitucional* dos princípios, ver a síntese exemplar de J. J. Gomes Canotilho, “Princípios: entre a Sabedoria e a Aprendizagem”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, pp. 1-14. A ligação entre a Ordem dos Valores e o Direito Constitucional é também bem retratada por Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão: “À entrada do Século XXI, a luta pela afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos na esfera interna e dos direitos humanos na ordem internacional é um dos traços contemporâneos do renascimento de valores universais ligados à *dignidade da pessoa humana*. No fundo, é o Direito Natural a renascer das cinzas a que muitos o haviam reduzido.” – assim, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lex, Lisboa, 2000, p. 351.

- d) O princípio *non bis in idem*¹¹⁹ (art. 31.º, n.º 5, 1.ª parte);
- e) Aplicação da lei penal mais favorável (art. 29.º, n.º 1, *in fine*);
- f) Necessidade da pena (art. 17.º, n.º 5);
- g) Princípio da culpa (arts. 1.º, 2.º e 17.º, n.º 5);
- h) Pessoalidade ou intransmissibilidade da responsabilidade penal (art. 31.º, n.º 1);
- i) Princípio da humanidade da pena (arts. 32.º e 33.º);

Em termos do Direito penal (a parte *substantiva*, entenda-se), são estes os princípios fundamentais, estruturantes. Perfazem, refira-se, a autêntica “constituição penal” (fortaleza inexpugnável), com uma natureza ontológica *perpétua* e irrevogável.

O seu arrimo axiológico é a *protecção* da Pessoa Humana (“o valor decisivo do nosso tempo”, no dizer eloquente de Castanheira Neves), *contra o arbítrio*, sempre à espreita e latente; contra, enfim, a sua subjugação pelo insaciável *Leviathan*, que, sem isso – isto é, na ausência de freios, critérios e *controlo jurídico* –, poderia ser, *nietzscheaniamente*, “o mais frio de todos os monstros frios”.

Mas há, por outro lado, “regras¹²⁰ de fundo” (Jorge Miranda) que *balizam*, igualmente, a *acção concreta* do legislador ordinário. Indiquemos algumas:

- a) É o caso, sobretudo, do art. 122.º, n.ºs 1 e 2, quanto aos “crimes de responsabilidade”¹²¹, estabelecendo, por remissão à lei, uma clara *imposição* de incriminação; um outro caso de *impo-*

¹¹⁹ O princípio *non bis in idem*, acima referido, possui uma importante dimensão *processual*. A proibição da dupla condenação é garantida, no fundo, pelo caso julgado (*res judicata*). Trata-se de um princípio que se consolidou *após* a Revolução Francesa (1789), mas que admite algumas *excepções* (é o caso, por ex., do recurso extraordinário de *revisão*: arts. 471.º ss. do CPPCV) – ver Jorge Carlos Fonseca, *O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde...*, pp. 55-56.

¹²⁰ Recorde-se que, para Dworkin, a *regra* é uma questão de “tudo ou nada”. A sua estrutura é fechada. Ver, quanto a isto, José Renato Gaziero Cella, *Legalidade e Discretionalidade: o debate entre Hart e Dworkin*, in www.cellajuridica.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf

¹²¹ Os crimes de responsabilidade foram tipificados na Lei n.º 85/VI/2005, de 26 de Dezembro.

sição de incriminação parece resultar do art. 73.º, n.ºs 6 e 7, da CRCV¹²², relativamente a certos crimes cometidos *contra as crianças* (o abuso e a exploração sexuais, o tráfico de crianças, as sevícias e os demais actos susceptíveis de afectar gravemente a integridade física e/ou psicológica das crianças);

- b) Possibilidade de incriminação: art. 47.º, n.º 6; assim, as infracções cometidas no domínio da liberdade de expressão e de informação *podem* ser punidas com a sanção criminal, nos termos da lei (reserva de lei);
- c) Proibição de incriminação: art. 169.º¹²³, n.º 1; os deputados da nação *não respondem* criminalmente pelas opiniões emitidas no exercício das suas funções.

Jorge Miranda aponta, para além disso, *algumas* “regras de competência”, constantes da Constituição Portuguesa de 1976.

No ordenamento jusconstitucional de Cabo Verde, cuja principal fonte de inspiração é, aliás, a sobredita lei fundamental lusitana, *elas são as seguintes*:

- a) Indultos: art. 134.º, n.º 1, al. n), da CRCV;
- b) Amnistias e perdões: art. 174.º, al. m)¹²⁴;
- c) Definição dos crimes, das penas aplicáveis e das medidas de segurança (bem como, logicamente, dos respectivos *pressupostos*): art. 176.º, n.º 1, al. c).

Finalmente, temos as “regras atinentes à cooperação judiciária internacional”. Não existe, na Constituição da República de Cabo Verde, uma norma similar ao art. 7.º, n.º 7, da Constituição Portu-

¹²² Na sequência do art. 73.º da CRCV (hoje, art. 74.º), foi aprovada alguma legislação penal (extravagante) tendente à protecção efectiva das crianças. O Decreto-Legislativo n.º 4/97, de 28 de Abril, passou a punir, *criminalmente*, os maus tratos, a sobrecarga de menores, etc., ao passo que a Lei n.º 81/V/98, de 7 de Dezembro, criminalizou o lenocínio, o abuso sexual de menores, a pornografia infantil e o tráfico de crianças.

¹²³ Actualmente, é o art. 170.º, n.º 1, tendo em conta a *renumeração* explicitada na nota n.º 51 (*supra*).

¹²⁴ Passou a ser, após a recente revisão constitucional, o art. 175.º, al. l).

guesa. Logo, não¹²⁵ se coloca, de *ius constituto*, entre nós, o problema da *jurisdição* do Tribunal Penal Internacional.

Só resta o art. 37.º, relativo à “extradição”. O n.º 1 não admite, em caso algum¹²⁶, a extradição de cidadão *cabo-verdiano*. O n.º 2

¹²⁵ Entretanto, a citada Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, aditou, em termos *inovadores*, um número 8 ao art. 11.º da Constituição, com a seguinte redacção: “O Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”. A adesão ao TPI *está longe de ser um tema pacífico*, merecendo, em Portugal, p. ex., alguns *reparos críticos* por parte da doutrina (Pedro Caeiro, Anabela Rodrigues, etc.). Bacelar Gouveia chega mesmo a falar de “esquizofrenia constitucional” para caracterizar o processo, que estaria, em síntese, a criar um curioso Direito penal a “duas velocidades”: o interno *sem prisão perpétua* e o internacional *admitindo-a!* O retrocesso civilizacional, neste domínio, é evidente. Pelo menos no plano dos princípios.

¹²⁶ Criticando esta opção do legislador constituinte, pode ler-se, com ampla fundamentação, José Pina Delgado, “O dogma da não-extradicação de nacional: o debate constitucional cabo-verdiano”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 119, Lisboa, 2009, pp. 69-120; a recente revisão constitucional, operada pela Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, deu uma nova redacção ao art. 37.º, passando a *permitir*, nalguns casos, a extradição de cidadãos cabo-verdianos. O n.º 2 do art. 37.º diz o seguinte: “Também não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade *com carácter perpétuo ou de duração indefinida*, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas” (o itálico é nosso). O n.º 3, por sua vez, estatui: “Não é ainda admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos do território nacional, salvo quando se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: a) O Estado requerente admite a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e *consagre garantias de um processo justo e equitativo*; b) Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada; c) Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime e que tenha dado causa ao pedido de extradição” (o itálico é nosso). É certo que uma apreciação cabal das *novidades* trazidas por essa Lei Constitucional não faz parte dos objectivos deste trabalho. Mas, seja como for, não podemos concordar com a progressiva *erosão de certas garantias* fundamentais. O n.º 2 do art. 37.º, acima transcrito, parece-nos desnecessário. É um retrocesso. No caso de “crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida”, a República de Cabo Verde *não devia admitir a possibilidade de extradição*. Aliás, a fórmula da parte final do artigo é bastante enigmática: “...salvo quando o mesmo Estado *ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão*

executadas”. Ora, como é que o Estado (requisitante) irá oferecer uma tal “garantia” se, de acordo com a sua ordem jurídica, era precisamente essa a pena (ou medida de segurança) aplicável ao crime?! Tratar-se-ia, a olhos vistos, de um caso grave de *subversão do sistema jurídico instituído*, coisa que nenhum Estado democrático faz. Uma hipótese prática ajuda-nos a entender a confusão ínsita no art. 37.º, n.º 2. Vamos supor que um cidadão *cabo-verdiano*, de férias nos Estados Unidos da América, comete um crime grave em Boston, punível (unicamente) com a pena de prisão perpétua. Entretanto, consegue fugir para Cabo Verde e as autoridades norte-americanas, acto contínuo, enviam um *pedido de extradição* a Cabo Verde. *Quid iuris?* As autoridades cabo-verdianas irão dizer: “Respeitáveis cavalheiros e amigos, podemos até *extraditar* o nosso cidadão, mas desde que vocês nos dêem a *garantia*, que a nossa Constituição aliás exige, de que *não vão aplicar* a prisão perpétua *neste caso concreto*”? Cabo Verde irá negociar um *tratado* bilateral *ad hoc* (ou bastará um simples “acordo político”?) com os EUA, a fim de efectivar a dita “garantia” constitucional? Vamos supor, ainda, que os Estados Unidos, num assomo de piedade protestante, aceitam a humanitária *exigência* do Estado cabo-verdiano, celebrando o tal tratado/acordo *com o conteúdo proposto* por Cabo Verde. Neste caso, *qual seria a pena aplicável* ao cidadão cabo-verdiano? O *mistério* permanece, uma vez que nos EUA, como em qualquer outro país democrático, vigora o *nullum crimen sine lege* (na formulação de Feuerbach)! Mesmo que a lei penal norte-americana previsse, em abstracto, a escolha *alternativa* entre duas penas (sendo a prisão perpétua a mais gravosa e *inaplicável*, por força, bem se vê, do “acordo político-diplomático” celebrado pelos Estados interessados na extradição), manter-se-ia um obstáculo praticamente inultrapassável. Nos Estados democráticos, em função do estruturante *princípio da separação dos poderes*, não cabe ao poder *político* determinar a pena aplicável aos criminosos. Esta é uma competência funcional dos tribunais, e só dos tribunais. O citado “acordo político-diplomático” seria, portanto, inválido, do ponto de vista constitucional, e *sem nenhum efeito jurídico*. (O Tribunal Constitucional português, em vários acórdãos, já se pronunciou acerca da extradição para países *que admitem* a pena de morte e/ou a prisão perpétua, tendo, invariavelmente, recusado a possibilidade de extradição, mesmo com a prestação de garantias *políticas*, por parte do Estado requisitante, de que essas penas crueis e degradantes *não seriam aplicadas*; cite-se, a propósito, dada a forte *analogia* com o nosso problema, um *leading case*, o Acórdão n.º 417/95, publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Novembro de 1995, em que o TC declarou a *inconstitucionalidade* do art. 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, na parte em que previa a *possibilidade de extradição* para países que consagram a pena de morte, desde que houvesse garantias de *substituição* dessa pena por outra menos gravosa; tratava-se, no caso, da extradição de um cidadão de Macau para a China continental; o TC considerou, em síntese, que “...nunca poderia ver-se em garantias desse tipo um mecanismo inscrito no ordenamento jurídico interno do Estado requisitante capaz de tornar inoperante a norma desse direito que preveja a pena de morte. De facto, uma

do art. 37.º admite, porém, a extradição de cidadão *estrangeiro ou apátrida*, mediante certas *garantias*: a extradição há-de ser “...determinada por autoridade judicial cabo-verdiana, nos termos do Direito Internacional e da lei”. O n.º 3 do artigo *sub examine* proíbe, contudo, a extradição de estrangeiro ou apátrida por “...motivos políticos ou religiosos...” e por “...crimes a que corresponda, na lei do Estado requisitante, pena de morte, de prisão perpétua ou de lesão irreversível de integridade física”, ou se admita que o extraditando “...possa vir a ser sujeito a tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel”.

A extradição está sujeita, como se vê, a regras (constitucionais) muito apertadas.

tal garantia, apesar de ser juridicamente vinculante no plano internacional, não é direito do Estado requisitante, no sentido que atrás ficou fixado, para efeitos do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição, já que não pode ter-se como juridicamente vinculante para o juiz interno.” – in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950417.html>). O art. 37.º, n.º 2, tendo em conta as contradições que exibe, é passível, portanto, de uma *interpretação ab-rogante*, que é aquela em que, nas palavras de Santos Justo, o intérprete conclui que “...a ‘fonte’ jurídica *não apresenta nenhuma norma jurídica*” (o itálico é nosso). Existe, sim, uma “simples aparência de lei”, sendo, pois, a “norma” em causa o “produto dum equívoco do legislador”, que o intérprete, em consequência, deve considerar “inexistente”. Mais concretamente, estariamos aqui perante a chamada interpretação *ab-rogante lógica*, por se tratar de um “texto do qual não se consegue retirar um sentido normativo ou em cujo seio há disposições inconciliáveis.” – cf. A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 345. Quanto ao n.º 3 do art. 37.º, consagra a possibilidade de extradição em condições de *reciprocidade* e só para casos de *terrorismo e criminalizada internacional organizada*. Como a extradição só pode ser decretada por *decisão judicial* (art. 37.º, n.º 6), as autoridades cabo-verdianas, mediante a devida e exigível *ponderação*, irão verificar se o Estado requisitante oferece, ou não, as garantias de “um processo justo e equitativo”. Por tudo isso, é uma *excepção* que nos parece defensável. Cabo Verde só deve *extraditar* os seus nacionais para Estados constitucionais democráticos, isto é, com uma sólida tradição e *cultura* de respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana (*rule of law*, com esta dimensão *material* ligada à proteção da “human dignity”). Num sentido próximo, pronunciou-se, igualmente, Wladimir Brito, um dos *founding fathers* da Constituição de Cabo Verde; referindo-se à questão da *extradição*, manifestou-se *contra* o sentido do acordo de revisão constitucional, “...quando o extraditado possa correr o risco de ir para um país que pode aplicar a condenação perpétua. Aqui acho que se deve manter a regra da *proibição*, mesmo sendo estrangeiro. Esta é a minha percepção de direitos humanos...” – in jornal *A Semana*, 4 de Dezembro de 2009, p. 13.

A cooperação judiciária internacional depara-se, assim, com exigências éticas irrecusáveis e com severas limitações *normativas*, em homenagem, justamente, à dignidade da pessoa¹²⁷ humana, princípio-chave do sistema jurídico e da ordem político-constitucional em geral.

Quanto ao processo penal, a lei fundamental de Cabo Verde consagra, igualmente, alguns *princípios* que merecem ser destacados, enfatizando, aliás, uma autêntica “constituição processual penal”.

Indiquemos, então, as *normas* fundamentais: para além da dignidade da pessoa humana, do Estado de direito democrático e do princípio da proporcionalidade (arts. 1.º, 2.º e 17.º da Constituição de Cabo Verde, já referidos), com clara projecção no desenho legal do processo penal, o art. 21.º consagra o *acesso à justiça*, com vista à tutela jurisdicional plena dos direitos, liberdades e garantias do cidadão.

Trata-se de um elemento essencial de qualquer regime democrático e “...da própria ideia de *Estado de direito*, não podendo conceber-se uma tal ideia sem que os cidadãos tenham conhecimento dos seus

¹²⁷ Sem cair no inaceitável “hegelianismo” (sobretudo nas premissas filosóficas *transpersonalistas* de um certo “hegelianismo democrático” – ver, a propósito, Gomes Canotilho, “A Teoria da Constituição e as insinuações do Hegelianismo Democrático”, in *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Engenheiro António de Almeida, Porto, 1999, pp. 413 ss.), há que reconhecer, todavia, o altíssimo valor moral (*rectius*: ético-jurídico) desta sábia sentença de George W. F. Hegel: “El precepto del Derecho es, por consiguiente: sé una persona y respeta a los demás como personas.” – cf. *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1987, p. 90 (§36). O Direito é, assim, a *progressiva* descoberta da pessoa. É por isso que o “fim da história” (F. Fukuyama) é, filosoficamente, algo *ilusório*, inconsistente. Porque tenta *bloquear* a “expansão do ser” no Nirvana de um *presente* infinito e ensimesmado! Sem olvidar, como salientou Ralf Dahrendorf, n’ *O Conflito Social Moderno*, um livro sábio e esquecido, que o “contrato social”, num *continuum* (de criatividade e inovação) ainda *aberto e*, se não descerremos do Mistério e da Esperança, *humanamente promissor*. António José Brandão, numa arguta filosofia da história, explica este ponto com assinalável mestria: “...nunca o Estado ‘que é’, mesmo quando se aproxima do Estado modelo, logra estancar a sede humana de alcançar maiores bens, sobretudo maior soma de Justiça. E, por isso, ainda quando o Estado ‘que é’ corresponda à concretização perfeita do ideal do Estado em certo momento histórico, nem assim consegue escapar ao abraço deprimente do ‘Estado que deve ser e ainda não é.’” – cf. *Vigência e Temporalidade do Direito e outros Ensaios de Filosofia Jurídica*, vol. I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2001, p. 42.

direitos, o apoio jurídico de que careçam e o acesso aos tribunais quando precisem”¹²⁸.

Esta norma¹²⁹ constitucional abrange, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, tanto o “direito de acção” (o direito subjectivo de levar uma determinada *pretensão* ao conhecimento de um tribunal, deduzindo, para tal, um *processo*) como o “direito ao processo”, que consiste no direito fundamental de, acerca da pretensão deduzida, *obter uma decisão fundamentada* do órgão jurisdicional competente.

Um outro corolário decisivo do “acesso ao direito” é aquilo que os citados constitucionalistas de Coimbra denominam “proibição da ‘indefesa’”. O direito de defesa do particular não pode ser negado, nem limitado no seu *conteúdo essencial*, o que obriga, em sede processual, ao cumprimento escrupuloso das normas vigentes e, sobretudo, dos *princípios gerais* do processo penal. A protecção do particular há-de ser *efectiva*¹³⁰, de acordo com a *rule of law* e os cânones dos *direitos*

¹²⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 161-162.

¹²⁹ É claro que os direitos e as prerrogativas constantes do art. 21.º da Constituição de Cabo Verde (direito de acção, direito a fazer-se acompanhar de advogado perante qualquer autoridade, etc.) não são exclusivamente aplicáveis ao processo penal, mas “...têm uma particular afinância a este ramo do direito, que, ao fim e ao cabo, se traduz na concretização do direito das penas e medidas de segurança, sanções mais drásticas de uma perspectiva de possibilidade de restrição de direitos fundamentais.” – neste sentido, Jorge Carlos Fonseca, *O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde* (Sumários Desenvolvidos), Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, em colaboração com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Praia, 2007, p. 48.

¹³⁰ O art. 10.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no dia 10/12/1948), sob a epígrafe “Garantias da função jurisdicional”, preceitua que “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”; o art. 12.º, n.º 1, estabelece, por sua vez, a *presunção de inocência* do arguido, nestes termos: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público, em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Por força do art. 17.º, n.º 3, da Constituição de Cabo Verde as normas (constitucionais e legais) relativas aos direitos fundamentais devem ser *interpretadas e integradas* de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, adoptado pela Assembleia-Geral da ONU no dia 16 de Dezembro de 1966, através da Resolução

fundamentais (bloco de “superlegalidade”) constitucionalmente consagrados.

O acesso à justiça, tal como delineado na actual Constituição de Cabo Verde, comprehende, ainda, um ponto nodal: a garantia (art. 21.º, n.º 2) do chamado “processo equitativo”.

António Silva Henriques Gaspar, juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, resumiu o quadro normativo inerente a este instituto de forma exemplar:

“As garantias que integram o processo equitativo...podem ser referidas a cinco princípios processuais¹³¹ fundamentais que presumivelmente constituem o núcleo (*core*) da doutrina: 1) direito a um tribunal imparcial; 2) princípio da legalidade; 3) presunção de inocência; 4) contraditório; 5) direito ao silêncio”¹³².

A presunção de inocência, central no direito processual¹³³ cabo-verdiano, é uma decorrência lógica do princípio supremo da dignidade da pessoa humana. Não há, de facto, processo penal *democrático* sem a aceitação plena e consequente da presunção de inocência do arguido. Duas exigências básicas decorrem imediatamente deste princípio: o

n.º 2200-A (XXI), consagra igualmente, no seu art. 14.º, o direito a um julgamento imparcial (*the right to fair trial*).

¹³¹ Para uma boa síntese do modelo processual penal de Macau e os respectivos princípios estruturantes, ver Maria Leonor Machado Esteves de Campos e Assunção, “O Modelo Estrutural do Processo Penal de Macau –Princípios que o Fundamentam”, in *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, 2007, pp. 279-293.

¹³² Assim, “Os Novos Desafios do Processo Penal no Século XXI e os Direitos Fundamentais: um Difícil Equilíbrio”, in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal (os Desafios do Século XXI)*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2007, p. 107.

¹³³ Significativamente, o art. 1.º, n.º 1, do Código de Processo Penal de Cabo Verde (aprovado, repita-se, pelo Decreto-Legislativo n.º 2/2005, de 7 de Fevereiro), incluído no *Livro Preliminar*, respeitante aos “Fundamentos do Processo Penal”, consagra, logo a abrir, o “direito fundamental à presunção de inocência”, como a grande matriz do processo penal e o princípio-chave na *interpretação* de qualquer norma do diploma ora em vigor. O actual Código de Processo Penal veio substituir o antigo, aprovado pelo Decreto n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, mandado vigorar na então *colónia* de Cabo Verde pela Portaria n.º 19271, de 24 de Janeiro de 1931.

ónus da prova, que exige que a prova da culpabilidade do arguido seja feita pelo respectivo acusador e o *in dubio pro reo* (ou *pro libertate*), que impõe uma decisão a favor do arguido em caso de dúvida sobre os factos relativos à infracção (n.os 2 e 3 do art. 1.º do Código de Processo Penal de Cabo Verde, respectivamente).

O art. 29.º da Constituição de Cabo Verde (CRCV) consagra um outro *direito* importante: o direito à liberdade e segurança pessoal. Art. 29.º, n.º 1: “Todos têm direito à liberdade e segurança pessoal”.

A liberdade é a pedra de toque do Estado de direito; e é incindível da segurança¹³⁴, que, aliás, só se efectiva por meio das concretas *garantias constitucionais* e de normas análogas *protectoras* dos direitos fundamentais do indivíduo, cuja aplicabilidade é *directa* (art. 18.º da CRCV), vinculando, por igual, *todas as entidades públicas e privadas*.

Os direitos fundamentais vigoram, se necessário, *contra legem*. São normas *com forma de princípio*, comportando, por isso e *ex definitione*, uma indiscutível “legalidade reforçada” (= normas *self executing*¹³⁵).

O n.º 2 do art. 29.º é particularmente incisivo, ao determinar que “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de

¹³⁴ O penalista germânico Winfried Hassemer resumiu este ponto com brilho: “Ao surgimento do Direito Penal no quadro de uma filosofia liberal do Estado – do contrato social – está ligado, de um modo muito simples e muito lógico, o papel dos direitos fundamentais...Eles protegem a esfera da pessoa, da liberdade humana contra o Estado e determinam as relações entre o Estado e o cidadão...Objecto dessa defesa é o Estado compreendido como *Leviathan*, como aquele que tanto sustenta e protege como ameaça os seus cidadãos. Com efeito, o Leviathan foi sempre uma figura de duas caras: o sustento e ao mesmo tempo a ameaça. Numa palavra, o sustento perigoso. Os direitos fundamentais servem para colocar grilhões a este *Leviathan*, para o confinar ao seu âmbito...As investigações no processo penal ameaçam igualmente as liberdades, o património e a honra dos cidadãos e a pena obviamente também. Por isso os direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa, são decisivos para o Direito Penal.” – assim, “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais...*, p. 18.

¹³⁵ Ver, quanto aos direitos, liberdades e garantias, o art. 18.º da Constituição; sobre a questão da regulamentação e concretização dos direitos, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais*, in www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BGRL.pdf

actos puníveis por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança prevista na lei". Estão aqui presentes o *princípio da legalidade* na aplicação de sanções criminais e o do monopólio judicial do *ius puniendi*.

A aplicação da sanção penal e das medidas de segurança é, pois, da exclusiva competência do poder *judicial* (isto é, do Estado-juiz).

Trata-se, nas palavras de Jorge Carlos Fonseca, do "...*princípio de exigência de processo jurisdicionalizado*, sem o qual não pode haver lugar à aplicação de sanções criminais. Exigência que é retomada emblematicamente no art. 2.º do Código, visto como uma das garantias¹³⁶ do processo penal cabo-verdiano"¹³⁷.

Há, de acordo ainda com a CCRV, algumas *excepções* ao disposto no n.º 2 do art. 29.º Excepções devidamente elencadas no n.º 3 deste mesmo artigo da Constituição, em várias alíneas, admitindo-se, "... pelo tempo e nas condições determinadas na lei...": a) detenção em flagrante delito; b) detenção ou prisão preventiva por fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a dois anos, quando as medidas de liberdade provisória se mostrem insuficientes ou inadequadas; c) detenção por incumprimento das condições impostas ao arguido em regime de liberdade provisória; d) detenção para assegurar a obediência a decisão judicial ou a comparência perante autoridade judiciária competente para a prática ou cumprimento de acto ou decisão judicial; e) sujeição de menor a medida de proteção ou educação decretada por decisão judicial; f) prisão, detenção ou outra medida coactiva, sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra quem esteja em curso processo de extradição ou de expulsão; g) prisão disciplinar imposta

¹³⁶ Excluem-se, deste modo, expressamente, os *Bills of attainder* (referidos por A. Hamilton no *Federalist* n.º 84: estabelecimento da pena criminal por meio de um acto *legislativo*) e as *Lettres de cachet* do Antigo Regime. A Constituição federal norte-americana (de 1787, aprovada em Filadélfia) veio proibir, no seu art. 1.º, secção IX, § 3.º, os "decretos de proscrição", que aliás condenavam sem julgamento (isto é, "without trial"), e as leis penais com carácter retroactivo (= proibição de leis *ex post facto*: "Lex nova ad praeterita trahi nequit"). O princípio-garantia, atrás referido, seria retomado pela Constituição francesa de 1791 (art. 8.º).

¹³⁷ Cf. *O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde...*, p. 49.

a militares com garantia de recurso para o tribunal competente, nos termos da lei; h) detenção de suspeitos para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo fixados na lei; i) internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento adequado, quando, pelo seu comportamento, se mostrar perigoso e for decretado ou confirmado por autoridade *judicial* competente.

O art. 29.º, n.º 4, da CRCV contém, igualmente, uma norma relevante, ao nível do processo penal: toda a pessoa detida ou presa¹³⁸ deve ser *imediatamente informada*, de forma clara e compreensível, acerca das razões da prisão ou detenção, e autorizada a *contactar advogado*, directamente ou por intermédio da sua família, ou através de pessoa da sua confiança. O n.º 5 do art. 29.º diz que “A pessoa detida ou presa não pode ser obrigada a prestar declarações”. O n.º 6 garante ao detido, ou preso, o direito à *identificação* dos responsáveis pela sua detenção ou prisão e pelo seu interrogatório. O n.º 7 do art. 29.º determina, por sua vez, que “A detenção ou prisão de qualquer pessoa e o local preciso onde se encontra são comunicados imediatamente à família do detido ou preso ou a pessoa por ele indicada, com a descrição sumária das razões que a motivaram”.

Esta “minúcia” por parte do legislador constituinte cabo-verdiano, visível, claramente, na *fattispecie* do art. 29.º (cuja fisionomia é semelhante à de um “regulamento administrativo”!), tem, aliás, uma razão de ser e uma explicação *histórica*.

Cabo Verde esteve sujeito, como já assinalámos mais atrás, a um regime político *ditatorial*, de 1975 a 1990.

Durante esse período de tempo, foram cometidos *abusos* incomensuráveis e o mais intolerável *desrespeito* à dignidade da pessoa humana. Prisões em massa, arbitrariedade policial quase gratuita, acções de intimidação colectiva, ausência completa de garantias de defesa, etc., eram práticas bastante comuns, sob a capa de uma “democracia nacional

¹³⁸ O art. 29.º da Constituição da República deve ser *interpretado* de harmonia com o art. 9.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os arts. 9.º a 13.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (de natureza convencional e *vinculativa*). Sobre estes e outros instrumentos jurídicos *internacionais* densificadores do princípio-norma de que “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”, ver a síntese de Armando Gomes Leandro, “O Reconhecimento da Dignidade da Pessoa”, in AA. VV., *Repensar a Cidadania*, Notícias Editorial, Lisboa, 1998, pp. 61-67.

revolucionária”¹³⁹ empenhada, dizia-se, na criação do “homem novo” (já teorizado por Robespierre e com fundas raízes no *Bon Sauvage* de J.-J. Rousseau¹⁴⁰) e na luta gloriosa contra a “exploração¹⁴¹ do homem pelo homem”. Lugares-comuns *marxistas* (ou, melhor, filiados na tradição do “constitucionalismo socialista”¹⁴², com o seu universo *sim-*

¹³⁹ Cf. o art. 3.º da Constituição de 1980, publicada no Suplemento ao *Boletim Oficial* n.º 41, de 13 de Outubro de 1980.

¹⁴⁰ Sobre o pensamento político de Rousseau, ver, por todos, Isaiah Berlin, *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*, Gradiva, Lisboa, 2005, pp.49-74.

¹⁴¹ Sobre o *mito revolucionário* das “liberdades formais” (ou “burguesas”, logo... *dispensáveis*), por contraposição às “reais” do socialismo, ver as pertinentes considerações de Edgar Morin (já restabelecido do “sarampo comunista”, doença típica da juventude, especialmente no seio da *Gauche française*...), *As Grandes Questões do Nossa Tempo*, 2.ª ed., Editorial Notícias, Lisboa, 1987, pp. 158-160. Como ele escreveu, em jeito de síntese, “A grande descoberta dos intelectuais polacos e húngaros em 1957-1958, e dos checoslovacos em 1968, foi que as liberdades de *expressão* a que aspiravam correspondiam ao apelo e à necessidade de operários e camponeses. A ideia de se dever pagar com a privação da liberdade a aquisição de um pouco de igualdade é um mito frágil. Devemos repreender que a liberdade impede, não o proletário de comer, mas sim o tirano de dormir”. Notável!

¹⁴² Para uma apreciação crítica das teses *jurídicas* do marxismo, ver Philippe d’Harcourt, “Le droit égal: Réflexions sur un texte de Marx”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, Paris, 1975, pp. 209-223. Na perspectiva estimulante de Samuel Finer, *ob. cit.*, p. 102, a recepção do marxismo, nos países pobres do “Terceiro Mundo”, produziu dois *efeitos* marcantes e *contraditórios*: “Reforçou os princípios da Revolução Francesa e extinguiu a admiração pelas instituições liberal-democráticas”. O princípio *unificador* da “modernização”, a grande chave explicativa, tentou conciliar a independência económica e a soberania nacional, mas não soube preservar a liberdade individual (que, mais do que o “ter”, é o imprescindível “ser”, *la bonne Vie*, o livre desabrochar da criatura humana, na convivência justa e pacífica com os demais e iguais; como lembrava Pico della Mirandola, no seu discurso de 1480, referindo-se, por meio do profeta Asaf, aos homens, à sua incomensurável e intocável *dignidade*: “Ustedes son dioses, hijos todos del Altísimo”; para um excelente comentário desta obra renascentista, ver Bruno Amaro Lacerda, *A Dignidade Humana em Giovanni Pico della Mirandola*, in www.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_2.pdf), o pluralismo político e as garantias jurídico-normativas de um verdadeiro Estado de direito. O resultado *histórico* foi, digamos, uma perversa “ditadura de desenvolvimento”, que, no círculo fechado e acrítico da *auto-suficiência* política, girava sobre si mesma e, nas alturas de uma nova “religião civil”, divinizava o *partido único* e os “fundadores da pátria”, os quais, dotados de uma estranha, admirável e ilimitada *omnisciência*, podiam, pois, dirigir os negócios do Estado a seu bel-prazer, não prestando, infalíveis como eram!, contas a ninguém. O partido, nas vestes de *conduttore*, reinava sobre uma massa de súbditos pacíficos, confiantes e *obedientes*. Era esta a

bólico e os seus “traços mitológicos”) que, em todo o caso, serviam de “causa de justificação” ao regime (= *corruptissima republica*) e à sua legalidade¹⁴³ *de fachada*.

Livros como o já citado *A Tortura em Nome do Partido Único*, de Onésimo Silveira (uma compilação de depoimentos e cenas dantescas de tortura e perseguição política), *O Dia das Calças Roladas*, do escritor e advogado Germano Almeida, versão satírica e bem-humorada do regime de então, e *O Partido Único em Cabo Verde: um Assalto à Esperança*, de Humberto Cardoso, retratam, na perfeição, o descalabro civilizacional desse sistema político *despótico*, talhado na barbárie sôfrega da utopia¹⁴⁴, em que o trágico e o grotesco se uniam na maqui-

Ordem Perfeita. Salvífica! A *máxima* de Lord Acton, para quem “O poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”, perdeu aqui a sua eficácia, por completo. Para uma crítica da tese “...de la consubstancialité du sous-développement et de l'autoritarisme”, ver Maurice Kamto, *Pouvoir et Droit en Afrique Noire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, pp. 491-514; a análise do autor estende-se à *vexata quaestio* da “construção nacional” e à relação entre a *cultura* e a Constituição, avisando, desde logo, que a aceitação da *especificidade cultural* não significa, necessariamente, a “momification” da cultura nem, tampouco, a *negação* do Estado de direito e da democracia moderna. (Sobre o Ocidente, a expansão geográfica e os vectores principais da *modernização*, ver ainda Samuel Huntington, *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*, Objetiva, Rio de Janeiro, 1997, pp. 81-86).

¹⁴³ Sobre a acentuada “funcionalização” dos direitos fundamentais na vigência da LOPE (após 1975) e da Constituição de 1980, leia-se ainda Mário Ramos Pereira Silva, *O Regime dos Direitos Sociais na Constituição Cabo-Verdiana de 1992*, Coimbra, 2004, pp. 71-81.

¹⁴⁴ Para uma definição “mínima” de utopia, ver, aliás com importantes indicações bibliográficas, Tom Burden, “Utopia”, in *Dicionário do Pensamento Social do século XX*, cit., pp. 787-789. Sobre a *passagem* de Hegel a Marx (isto é, da “dialéctica do espírito”), almejando a superação da *burgerliche Gesellschaft*, ao chamado “socialismo científico”, com a pretendida mudança do “modo-de-produção”, a abolição da propriedade privada e a construção de uma tranquila e sublime “sociedade sem classes”, ver Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 153-178; e, já numa perspectiva crítica, Karl Popper, “O que é a dialéctica?”, in *Conjecturas e Refutações*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 417-447. Ainda sobre os equívocos da filosofia marxista, ver Raymond Aron, *As Etapas do Pensamento Sociológico*, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp. 149 ss.. Numa profunda análise da propriedade como “categoria económica” (sua metafísica, espécies, etc.), ver, por todos, Orlando Vitorino, *Exaltação da Filosofia Derrotada*, Guimarães Editores, Lisboa, 1984, pp. 95 ss., para quem a propriedade é “indivisível, inalienável e perpétua” (p. 98). Con-

siderando, por isso, que a (*suposta...*) abolição da propriedade é apenas um logro e um “absurdo lógico”. A propriedade *das coisas* pelo Estado é, esclarece, *a posse delas por alguns homens* (a classe dirigente, a *nomenclatura*). Acontece que tais homens são em número menor do que os (antigos) titulares expropriados, o que, necessariamente, dividirá a sociedade entre uma pequena classe de *privilegiados* e uma imensa massa de *espoliados*, que nunca terá acesso à propriedade. Um novo *direito* se estabelecerá. Com uma diferença: “Será um direito semelhante ao dos vínculos e servidões *feudais*, mas que, apoiando-se nas novas técnicas científicas de controlo e policiamento, se exercerá com uma eficácia infinitamente maior.” (p. 118). É esta, na verdade, a *realidade* do “socialismo real”. Sempre. O Estado *totalitário* mais não é do que a reunião do poder político com a posse *monopolística* da riqueza nacional. A abolição da propriedade vem a significar, afinal, o regresso ao “Estado patrimonial” e a concentração de todos os poderes nas mãos da “vanguarda revolucionária”, prenúncio de uma *tirania* brutal e desmedida. O *socialismo*, sob qualquer das suas formas, é sim *O Caminho para a Servidão* (F. Hayek). No “Arquipélago Gulag” (um enorme e monstruoso sistema *concentracional*), por onde passaram, note-se, cerca de 40 a 60 milhões de pessoas), tão bem descrito por *Soljenitsyne*, até o *trabalho escravo* será restabelecido. Para uma crítica ampla e devastadora da teoria do “valor da mercadoria”, que ocupa, aliás, um lugar central no edifício ideológico marxista, ver, por todos, *Eugen von Böhm-Bawerk, A teoria do juro de Marx*, in <http://www.olavodecarvalho.org/bbawerk/cap4.htm>. Hanz Semholz, que escreveu um prefácio a *Böhm-Bawerk* (Ministro das Finanças austriaco em 1895, e professor de Schumpeter e von Mises), explicou que a “teoria da exploração”, origem económico/filosófica de tantos erros e desacertos, é, infelizmente, uma ameaça pouco compreendida, considerando, além do mais, que “...sua aceitação geral bem como sua triunfante divulgação constituem o facto mais sinistro do século XX”. É difícil não concordar com ele. O *socialismo totalitário* foi efectivamente, como diria Alain Besançon, *A Infelicidade do Século*, com um rastro de miséria e destruição sem par na história da humanidade. Para um breve comentário, ver José Maria e Silva, *Comunismo vs. Nazismo: o charlatanismo de Esquerda*, in <http://www.olavodecarvalho.org/convidados/0098.htm>). Reside aí, sem dúvida, a fonte última da revolta (*rectius*: da revolução) e do subsequente *canto de sereia*, a pretensa “libertação socialista” (: *The end of truth*, satirizado, magistralmente, por George Orwell em 1984 e denunciado pelo filósofo Leszek Kolakowski na revista *Commentary* em 1983, em plena “guerra fria”), que teria, inclusive, o condão, segundo o vidente Charles Fourier, de transformar a água dos oceanos em... “saborosa limonada”! Sobre os exageros na crítica económica e moral do capitalismo, ver ainda Jean-François Revel, *A Tentação Totalitária*, Bertrand, Lisboa, 1976, pp. 165-223. Para uma análise simples e arguta das questões económicas, cujo conhecimento tem, aliás, o efeito de uma proficiente vacina contra preconceitos atávicos, e é vital para a compreensão da “política cesarista/totalitária”, pode ler-se Ludwig von Mises, *As Seis Lições*, in <http://www.ordemlivre.org/wp-content/uploads/mises-seislicoes.pdf>; para uma análise criteriosa do “materialismo histórico” e do conceito de “luta de classes”, bem como do fenómeno da desigualdade *sob o socialismo*,

naria perversa de um Estado, *contra o direito*, sem qualquer respeito pelas liberdades e garantias básicas do indivíduo.

A “in-condição humana” (E. Levinas) era *a regra* dominante, a “lei da cidade”.

Percorrida, pois, essa página triste do “socialismo precário”, era natural que o legislador constituinte cabo-verdiano, em 1992, quisesse rodear o processo penal das necessárias *garantias*, sacudindo, de vez, o ranço opressor do “antigo regime”.

A história ilumina o direito positivo e ajuda-nos, deste modo, a “ler” e *compreender* a própria Constituição. E o Direito é *uma instituição histórica*, só comprehensível pelo percurso dos povos e pelas vicissitudes próprias das *ideologias* e das “galáxias” políticas¹⁴⁵.

O direito-lei não pode, por isso, dispensar uma sua *reconstrução*-intelecção diacrónica.

O art. 30.^o¹⁴⁶ da CRCV dispõe sobre a prisão preventiva. O n.º 1 estabelece que qualquer pessoa presa (ou detida) *sem culpa formada* deve ser apresentada ao tribunal no prazo¹⁴⁷ máximo de 48 horas.

ver Seymour Martin Lipset, *Consenso e Conflito*, Gradiva, Lisboa, 1992, pp. 260-268 e 286-296; analisando, historicamente, o “bas-fond” psicológico do movimento revolucionário, ver, por todos, Gustave Le Bon, *Psicología de las Revoluciones*, in http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/LeBon/Psicologia_de_la_Revolucion_P1.htm; numa reflexão abrangente e multidimensional, ver Hannah Arendt, *Origens do Totalitarismo*, 1.^a ed., 8.^a reimp., Companhia das Letras, São Paulo, 2009, pp. 339 ss.; R. Zippelius, *ob. cit.*, pp. 370-374; contra a formação de “burocracias discricionárias” e a destruição da sociedade civil, e dos valores morais fundamentais, ver Bertrand de Jouvenel, *A Ética da Redistribuição*, in <http://www.mises.org.br/files/literature/A%20%C3%A9tica%20da%20redistribui%C3%A7%C3%A3o%20-%20miolo%20capa%20normal.pdf>; para uma interessante “definição do socialismo”, ver ainda Ernest Gellner, *Condições da Liberdade*, Gradiva, Lisboa, 1995, pp. 177 ss.

¹⁴⁵ Com palavras, mais uma vez, de M. de Rivacoba Y Rivacoba (*ob. cit.*, p. 59): “...la comprensión de una legislación penal precisa tener presente y estudiar con cuidado la concepción y el ambiente político a que responde, o, en sabias palabras nuevamente de Bettiol, ‘que sin la ‘comprensión’ del momento político y del *milieu* político, en los que una legislación penal viene a la luz y obra, no se puede de ninguna manera entender su alcance y su íntimo valor’”.

¹⁴⁶ Actualmente, é o art. 31.^o A redacção foi alterada, mas *sem* quaisquer consequências de fundo.

¹⁴⁷ Na mesma linha, veja-se o art. 264.^o do Código de Processo Penal de Cabo Verde (CPPCV).

O juiz é obrigado a informá-la acerca dos seus direitos e deveres e a proferir uma decisão fundamentada, validando, ou não, a detenção ou prisão. Uma outra norma particularmente importante é o n.º 2 do art. 30.º, que estabelece o carácter *subsidiário* da prisão preventiva. Sempre que possível, o juiz deve dar prevalência às outras *medidas de coacção* (menos gravosas) previstas na lei¹⁴⁸.

João Castro e Sousa, num texto publicado em 1993, resumiu, com clareza, esta exigência constitucional: "...no que tange aos meios de coacção ou de constrangimento, se põe a questão de saber em que medida o recurso aos mesmos – tantas vezes indispensável para uma eficaz administração da justiça penal – será compaginável com o respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. O critério operador de tal compatibilização há-de lograr-se pela 'optimização' ou 'concordância prática' dos interesses conflituantes, o que significará que o recurso aos meios de coacção em processo penal deve respeitar os princípios da sua *necessidade, adequação, proporcionalidade* e menor intervenção possível. Princípios esses que nada mais são do que emanação do *princípio constitucional da presunção de inocência do arguido*, que impõe que qualquer limitação à liberdade do arguido anterior à condenação com trânsito em julgado deva não só ser socialmente necessária mas também suportável"¹⁴⁹.

A decisão que ordene ou mantenha a prisão preventiva deve ser comunicada à família do preso ou a pessoa da sua inteira confiança, por ele indicada. O prazo máximo da prisão preventiva também está fixado na Constituição: 36 meses, contados a partir da data da detenção ou captura, nos termos da lei (art. 30.º, n.º 4).

Mas o artigo mais significativo e marcante da “constituição processual penal” é o art. 34.^º¹⁵⁰ da CRCV, cuja epígrafe é, precisamente,

¹⁴⁸ Ver, sobre as medidas de coacção e de garantia patrimonial, os arts. 272.º e ss. do CPPCV.

¹⁴⁹ Cf. “Os Meios de Coacção no Novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal (o Novo Código de Processo Penal)*, cit., p. 150.

¹⁵⁰ Actualmente, é o art. 35.º A Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, introduziu importantes alterações neste artigo, que agora passa a ter dez números, em vez dos oito anteriores. Vale a pena referir, *brevitatis causa*, quatro pontos. O novo n.º 2 do art. diz que “A pessoa detida ou constituída arguida não pode ser obrigada a prestar declarações sobre os factos que lhe sejam imputados”. Este ponto já era

“Princípios do processo penal”. O n.º 1 estabelece a presunção de inocência, o princípio central, como já vimos, do processo penal *democrático*. Além disso, afirma, numa *injunção* dirigida ao legislador ordinário, que o arguido deve ter todas as *condições e garantias* para preparar a sua defesa. O n.º 2 garante ao arguido a livre escolha do seu defensor, “para o assistir *em todos os actos do processo*” (o itálico é nosso). O art. 34.º, n.º 3, tem um escopo fundamentalmente social e humanitário: assegurar a necessária *assistência jurídica* àqueles sem possibilidades económicas de custear o serviço de um advogado. O n.º 4 consagra o princípio do contraditório, que é também decisivo

consensual e, portanto, não há, aqui, nenhuma novidade de monta. O n.º 4 clarifica a questão do *defensor*, preceituando o seguinte: “O defensor deve ser advogado, podendo o arguido, na falta daquele, ser assistido por qualquer outra pessoa da sua livre escolha, salvo nos casos em que, por lei, o patrocínio deva ser exercido por advogado”. Já o n.º 6 traz alterações significativas. Estatui: “O processo penal tem estrutura basicamente acusatória, ficando os actos instrutórios que a lei determinar, a acusação, a audiência de julgamento e o recurso submetidos ao princípio do contraditório”. É a consagração da natureza “mista” do processo penal, com predomínio da “estrutura acusatória”. (É claro que a parte referente à “acusação”, fruto eventualmente de um lapso de redacção, tem de ser objecto de uma interpretação *restritiva*, uma vez que a *acusação*, pela natureza das coisas, não pode ser sujeita ao “princípio do contraditório”!). Antes dizia-se, no art. 34.º, n.º 4, que “O processo criminal subordina-se ao princípio do contraditório”. Doravante, só os actos *tipificados* no n.º 6 do art. 35.º é que estarão sujeitos ao contraditório. A fonte de inspiração é, claramente, a Constituição portuguesa. “Rigorosamente considerada – escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 206 –, a estrutura acusatória do processo implica: a) proibição de acumulações orgânicas a *montante* do processo, ou seja, que o juiz de instrução seja também o órgão de acusação; b) proibição de acumulação subjetiva a *jusante* do processo, isto é, que o órgão de acusação seja também órgão julgador; c) proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento, isto é, que o órgão que faz a instrução não faz a audiência de discussão e julgamento e vice-versa”. Em Cabo Verde não temos a figura do “juiz de instrução”, mas põe-se, ainda, o problema da *separação* entre o juiz da pronúncia e o de julgamento (cf. comentários *infra*). Finalmente, refira-se o novo n.º 7 do art. 35.º: “Os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra actos ou omissões processuais que afectem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido”. Nesta matéria, veremos (*infra*) que a lei ordinária introduziu *entorses* perigosos, que devem ser removidos, sob pena de negação do “programa constitucional” e dos princípios do Estado de direito.

em processo penal e articula-se, intimamente, com o n.º 5 do art. 34.º, que consagra o “direito de audiência” e a inviolabilidade do direito de defesa do arguido em processo criminal. O art. 34.º, n.º 6, regula a *obtenção de provas*, determinando que são nulas (logo, sem qualquer efeito jurídico) as “provas” obtidas por meio da tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral, intromissão abusiva nas telecomunicações ou através de outros meios ilícitos. O n.º 7 estabelece a regra da *publicidade da audiência* em processo penal, salvo quando estiver em causa a defesa da intimidade pessoal, familiar ou social. Nestes casos, a audiência, por decisão do tribunal, deixa de ser pública, decorrendo, assim, longe dos olhares da “multidão”.

O n.º 8 do art. 34.^o¹⁵¹ consagra o princípio do “juiz natural”, que é um postulado resultante do princípio da *legalidade* (*rectius*: juridicidade) e um elemento constitutivo de qualquer Estado de direito material (fundado na trans-positiva ideia de Justiça):

“Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior”.

Este princípio é de uma relevância *prática* enorme. Podemos, aliás, recorrer a um dos episódios mais marcantes da *História das Civilizações* para ilustrar o problema jurídico-constitucional em causa:

Jesus Cristo, traído por Judas, é preso e entregue ao Sinédrio. Sob os cuidados do magistrado romano Pôncio Pilatos, Jesus aguarda, serenamente, o julgamento...

O que acontece, entretanto? Pilatos, que provavelmente sabia, no seu íntimo, que Jesus Cristo era inocente, usa um artifício extraordinário e eficaz.

Desresponsabilizando-se, entrega, *ad hoc*, o veredicto *ao povo*, sedento de vingança e anarquia. O resto é já conhecido: Cristo é condenado e Barrabás, um ladrão, absolvido (*pela fanática multidão*).

¹⁵¹ Retomado, já em sede infraconstitucional, pelo art. 11.º do Código de Processo Penal. As origens históricas do “juiz natural” (: proibição de tribunais *ad hoc*, isto é, cuja competência não esteja fixada em *lei anterior*) remontam, como é sabido, à Magna Carta (1215), mas foi na Carta Constitucional francesa de 1814 que o “insituto” obteve a sua *primeira* e significativa consagração legal.

Ora, isto só aconteceu porque *não havia*, naqueles dias, uma *norma* semelhante ao art. 34.º, n.º 8, da Constituição de Cabo Verde! Reinava o arbítrio. A incerteza.

O princípio do “juiz natural” *não* era um dado adquirido. A sua luz não resplandecia, ainda, na catedral das leis.

É claro que, além disso, há uma outra lição, e lição fundamental, que fica: *a maioria não é o critério da verdade*. A maioria *pode errar e, por vezes, toma decisões injustas*.

A democracia precisa, por isso, de limites, de *freios e contrapesos* (aquilo que Fareed Zakaria, no seu livro *O Futuro da Liberdade*, denominou “liberal constitutionalism”), para a salvaguarda, justamente, da dignidade humana (*res sacra*) e dos direitos fundamentais das pessoas¹⁵². Sempre é necessário haver “trunfos contra a maioria” (J. Reis Novais¹⁵³).

Caso contrário, haverá *uma democracia totalitária*, que é tão perigosa quanto o mais absoluto despotismo, seja ele monárquico, teocrático ou tribal¹⁵⁴.

Por fim, vale a pena mencionar mais quatro artigos da CRCV: o art. 35.º, sobre o *habeas corpus*, figura clássica, desde a *Magna Carta Libertatum*, de reacção contra a detenção ou prisão ilegal. Qualquer

¹⁵² A *garantia* dos direitos fundamentais e o chamado “governo constitucional” são aspectos centrais da famosa teoria *popperiana* da democracia, cuja preocupação é, antes de tudo, “*como* evitar a tirania?” e não tanto saber “*quem* governa?”, a pergunta dominante, na filosofia política ocidental, de Platão a K. Marx – cf. Karl Popper, *Em Busca de um Mundo Melhor*, 3.ª ed., Fragmentos, Lisboa, 1992, pp. 223-230; Idem, “*Opinião Pública e Princípios Liberais*”, in *Conjecturas e Refutações*, cit., pp. 463-472. A essência do “governo constitucional” havia sido, no entanto, bem captada por James Madison em pleno séc. XVIII, no art. 10.º dos *Federalist Papers*. Trata-se, pois, de um marco na história do constitucionalismo *ocidental*. Para uma boa síntese da história das ideias políticas, ver ainda Walter Berns, “Constitucionalismo: o Antigo e o Novo”, in *Liberalismo: o Antigo e o Novo*, organização de João Carlos Espada, Marc Plattner e Adam Wolfson, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2001, pp. 29-38. Sobre o sistema político norte-americano em geral, v. Maurice Duverger, *Os Grandes Sistemas Políticos*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 288-329.

¹⁵³ Cf. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. O autor reconhece, no entanto, na p. 28, que “A metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Dworkin”.

¹⁵⁴ Sobre o belíssimo episódio bíblico, ver H. Kelsen, *A Democracia*, Martins Fontes, São Paulo, 1993, pp. 203-204.

cidão, no gozo dos seus direitos políticos, pode requerer *habeas corpus* a favor de pessoa detida ou presa ilegalmente. A decisão do tribunal é proferida, segundo o art. 35.º, n.º 3, no prazo *máximo* de cinco dias; o art. 37.º, que proíbe a extradição de cidadãos cabo-verdianos e limita, até, a extradição de estrangeiros ou apátridas, proibindo-a quando o respectivo fundamento for um motivo político, religioso ou delito de opinião, ou sempre que se admita que o extraditando possa vir a ser sujeito a tortura, penas desumanas, crueis ou degradantes; o art. 42.^{o¹⁵⁵}, sobre a inviolabilidade do domicílio, definindo, claramente, as situações em que pode haver lugar a entrada no domicílio e a buscas e apreensões domiciliárias; e o art. 43.º, que garante a inviolabilidade da correspondência pessoal e das telecomunicações. O juiz pode, contudo, nos casos *previstos* na lei, e por razões ligadas à investigação criminal, autorizar escutas telefónicas, etc..

2.4. A legislação ordinária e a violação de garantias fundamentais: ausência de uma cultura de protecção dos direitos fundamentais.

“The *end of justice* is to secure from injury...As a man, he may be injured in his body, reputation, or estate...These rights which a man has to preservation of his *body and reputation* from injury are called natural. Or as the civilians express them *iura hominum naturalia*.” – Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* (1766), Oxford University Press, Oxford, 1978, p. 399 (o sublinhado é nosso)

¹⁵⁵ Actualmente, é o art. 43.º, aliás com uma nova redacção. A entrada no domicílio *durante a noite* só era permitida com o *consentimento* da pessoa ou em caso de *estado de necessidade*, nos termos da lei. Agora, acrescentou-se, na al. c) do n.º 4, mais uma possibilidade: “Em flagrante delito, ou com mandado judicial que expresamente a autorize, em casos de criminalidade especialmente violenta ou organizada, designadamente de terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e de estupefácia”. As buscas domiciliárias nocturnas devem ser presididas por um magistrado do Ministério Público ou por um magistrado judicial, quando a lei processual penal o imponha (art. 43.º, n.º 6). Num sentido crítico, pode ver-se Jorge Carlos Fonseca, “Constituição penal e revisão constitucional: observações a propostas dos partidos políticos e algumas sugestões de nossa lavra. Tópicos desenvolvidos sobre a adesão ao TPI, a extradição de nacionais e buscas domiciliárias nocturnas”, in *Direito e Cidadania – IV número especial (revisão constitucional)*, Praia, 2009, pp. 117-118.

“Na União Soviética não existe qualquer controlo da constitucionalidade das leis.” – René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 299

Como tínhamos prometido na *Introdução* deste trabalho, iremos analisar agora, nas suas linhas essenciais, os pontos mais controversos, em nosso entender, da “legislação penal” (*lato sensu*) em Cabo Verde: a questão do *segredo de justiça* e a *separação*, que tem de ser clara e rigorosa, entre o juiz de pronúncia e o de julgamento. Não deixaremos de apontar soluções e *caminhos* – talvez mais exigentes, mas, seguramente, mais exaltantes.

O modo de “razoar” não será, porém, rectilíneo, mas *tópico*, aberto à “fertilização cruzada” (Th. Friedman) de vários *saberes*, atento aos ruídos e desafios da *polis*, apelando, sob o manto protector de Dike, à *logica inventionis*, à razoabilidade, à argumentação racional e à *dignidade da pessoa* (elemento noético-regulativo, sempre).

Talvez lá do alto, quem sabe, caia alguma chuva (mas água pura e milagrosa!) para saciar a nossa *sede de justiça*...

2.4.1. *Um dos pontos mais problemáticos da legislação processual penal vigente em Cabo Verde tem a ver, justamente, com o segredo de justiça¹⁵⁶ e o acesso aos autos por parte do arguido.*

Aparentemente, ensaia-se, aqui, uma simples “discussão académica”, marcadamente *platónica* (no sentido vulgar da expressão), sacrificando-se a uma espécie de ritual à volta de conceitos e “pensamentos” sem grande significado para o cidadão comum. Teoria processual penal. “Teorias”, enfim!...

¹⁵⁶ Valem aqui as palavras de Frederico de Lacerda da Costa Pinto: “Neste sentido, entendo por regime de ‘segredo de justiça’ a proibição de divulgação do teor de certos actos processuais e por ‘acesso aos autos’ entendo, em sentido amplo, a obtenção de informação contida no processo (seja por via de requerimento, de consulta ou de outro acto processual que permita aceder a essa informação)” – cf. “Segredo de Justiça e Acesso ao Processo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação científica de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, p. 69.

Mas não é assim. Na realidade, joga-se aqui o *essencial*, e o decisivo: a pessoa jurídica, enquanto *reflexo* de uma certa “imagem do homem”.

O *estatuto do arguido* e as suas garantias efectivas são a imagem mais perfeita da ordem jurídica e do seu travejamento democrático (ou não...).

Na aparência, para utilizarmos o comentário bem medido de José António Barreiros, estamos perante “...meros conceitos cristalizados e arrefecidos para que a hermenêutica jurídica se possa sobre eles exercer...”; contudo, e na realidade, as normas jurídicas relativas à *condição de arguido* “...marcam, a ferro e fogo, na pele de muitos cidadãos, os sinais distintivos da luta pela Justiça através do Direito”¹⁵⁷.

A fronteira entre o direito e o *não direito* também passa por aqui.

Ora, o legislador cabo-verdiano, contrariando, levianamente, a Constituição da República, consagrou, em termos do *segredo de justiça*, um regime altamente lesivo das garantias individuais.

A publicidade, veículo de *legitimização* e controlo democrático da decisão judicial, é a regra em processo penal.

O segredo é uma *excepção* (com assento constitucional¹⁵⁸ em Cabo Verde) e não pode, jamais, pôr em causa os *fundamentos* irrenunciáveis.

¹⁵⁷ Cf. “O Arguido Detido e o seu Interrogatório”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias...*, p. 1269. Em última instância, coloca-se, nesta sede, o problema da própria *verdade jurídica* e da “estrutura” mesma do poder político; Tomás Vives Antón, “El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia”, in *Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais...*, p. 29, captou este ponto com bastante clareza: “De modo que con el tránsito de la *inquisitio* al proceso acusatorio ‘no se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder –esto sería una quimera, ya que la verdad es, ella misma, poder’ – sino de quitársela de las manos al aparato estatal, que la producía en virtud del dominio absoluto de la *inquisitio* y ponerla en las del pueblo, como el modo democrático de gobierno exige. En consecuencia, es necesario un sistema de garantías, mediante el cual el ciudadano pueda oponer sus razones, en términos de igualdad, a las del aparato estatal: las nuevas relaciones de poder exigen una nueva configuración de la concepción de la verdad, de la que forme parte, como un momento interno, la exigencia de contradicción”.

¹⁵⁸ Art. 21.º, n.º 5, da Constituição da República de CV; no caso de Macau, ver, acerca dos fundamentos do segredo de justiça, o comentário de Manuel Leal-Henri-

veis do Estado de direito democrático, nomeadamente a presunção de inocência e as necessárias *garantias* de defesa do arguido.

Convém lembrar aos mais *apressados* (e, claro, aos *justiceiros* de palanque, que acreditam, piamente, na *varinha mágica* da “eficácia” pura, sem limites) que a *dignidade* da pessoa humana é um valor absoluto e, como tal, *não susceptível de ser relativizado*, ao sabor das conveniências. Ou se aceita este “prius” lógico e axiológico, ou, qualquer dia, lá estamos nós a repristinar os métodos de um Vichinsky e a farsa dos *Processos de Moscovo*¹⁵⁹, em que tudo vale e a *Prokura-tura* não conhece quaisquer restrições na sua *luciferina* acção persecutória.

É certo que o *segredo de justiça* cumpre uma função¹⁶⁰ irrecusável. Para além da protecção da imagem do arguido e da honra, integridade

ques/Manuel Simas Santos, *Código de Processo Penal de Macau*, Imprensa Oficial de Macau, Macau, 1997, p. 199.

¹⁵⁹ Como explicou o ensaísta Eduardo Lourenço, esses *pseudojulgamentos*, baseados numa farsa monumental montada pelos responsáveis do PCUS, não passavam de “julgamentos policiais do mais baixo estofo”. No entanto, a nata da “galáxia marxista” francesa na altura (J.-P. Sartre, Paul Éluard, Edgar Morin, R. Garaudy, etc.), contaminada pela *cicuta ideológica* (“O Ópio dos Intelectuais”), *racionalizava* o facto, entoando loas à URSS, chegando, aliás, uma figura tão distinta quanto Merleau-Ponty a escrever um *opúsculo* propagandístico (*Humanismo e Terror*) onde tentava, com especial bonomia, “compreender” os métodos da tirania *estalinista* e a brutalidade sem par dos algozes – cf. *Retrato de um pensador errante*, in <http://static.publico.pt/docs/cultura/eduardolourenco/05.html>

¹⁶⁰ Em Portugal, o instituto tem sido, porém, objecto de severas *críticas*, inclusive do próprio Procurador-Geral da República, para quem o segredo de justiça é, hoje, uma autêntica hipocrisia e uma “fraude”, isto num ambiente, diz-nos Carlos Pinto de Abreu, de “...patologias graves, de quebras patentes de sigilo e de fugas patentemente cirúrgicas, que só desprestigiam a justiça e os seus profissionais, sem excepções”. O causídico, perante esta sombria realidade, e este quadro *fáctico* perturbador, propõe então algumas *reformas*: “Justificava-se pois restringir o segredo ao que deve ser secreto. Fui dos primeiros a defender que só deveria ser secreta a investigação que o justificasse. Que não haveria segredo como regra, mas sim como excepção. Sempre defendi que casuística e justificadamente o Ministério Público decidiria se o processo, ou algum elemento do processo, ficava sob sigilo...O segredo *não pode ser absoluto* porque, se necessário, deve ceder para garantir necessidades de defesa e de sindicância externa da actividade investigatória. O segredo não pode ser interminável porque os processos não podem arrastar-se indefinidamente e continuar cobertos pelo manto do segredo e pelo pacto do silêncio. Permitir este absolutismo e esta opacidade é permitir, ou facilitar,

toda a espécie de abusos, negligências ou displicências.” – cf. *A implosão final de um mito ou a interminável continuação da hipocrisia?*, in <http://www ionline.pt/opiniao/secredo-justica>. O actual Bastonário da Ordem dos Advogados, Marinho Pinto, foi ainda mais longe, pugnando pelo fim (legal) do segredo de justiça, uma “farsa” que apenas existe, citamos, “...para dar cobertura à negligência e à incompetência e para fazer julgamentos na praça pública.” – in <http://aeiou.expresso.pt/marinho-pinto-diz-que-secredo-de-justica-e-uma-farsa-f559293>. A justiça, na sua opinião, funcionaria melhor *sem* o segredo. O clamor é geral e, numa breve pesquisa na Internet, é possível detectar uma enxurrada de artigos, comentários, opiniões e críticas contra o actual estado de coisas. Alguns exemplos: José Sócrates espera “sugestões” do PGR para melhorar o segredo de justiça: http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Interior.aspx?content_id=1502114&tag=F%F3rum%20TSF; Vieira da Silva (então Ministro da Economia, no Governo PS), depoendo na Comissão de Assuntos Constitucionais da AR, fala em “espionagem política” e vergasta a “lamentável violação do segredo de justiça”: http://www.jn.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=1436615; Silva Carvalho avança com uma queixa por violação do segredo de justiça: <http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2012/01/28/silva-carvalho-avanca-com-uma-queixa-por-violacao-do-secredo-de-justica>; de acordo com o jornal *Público*, nos últimos três anos deram entrada, no DIAP, 79 processos por violação do segredo de justiça: http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=2142624&especial=Revistas%20de%20Imprensa&seccao=TV%20e%20MEDIA; filhos vítimas de fuga ao segredo de justiça (Isabel Stilwell): <http://www.destak.pt/opiniao/114384>; um *descrente*, perante o “regabofe” e a “violação sistemática do segredo de justiça”, apela, num *blog* alternativo, à “ética dos consumidores de informação”, como o único meio capaz de resolver o problema: <http://costarochosa.blogspot.com/2010/02/etica-lei-e-violacao-do-secredo-de.html>; António Barreto defende que o segredo só deve vincular magistrados e procuradores: http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content_id=17708; segredo de justiça: Rui Avelar absolvido: http://sol.sapo.pt/inicio/Sociedade/Interior.aspx?content_id=17708; PGR manda investigar mais uma fuga: <http://aventar.eu/tag/secredo-de-justica/>; Cândida Almeida, responsável pelo DIAP, quer escutas telefónicas para saber quem viola o segredo de justiça: in http://www.publico.pt/Sociedade/sindicato-dos-procuradores-critica-proposta-de-candida-almeida-sobre-escutas_1424032; para João Miranda o segredo de justiça “preserva assimetria de poder e informação”: <http://blasfemias.net/2009/11/27/secredo-de-justica-preserva-assimetria-de-poder-e-informacao/>; Tribunal Europeu questiona valor do segredo de justiça (Estado português condenado a indemnizar jornalista): <http://www1 ionline.pt/conteudo/42735-tribunal-europeu-questiona-valor-do-secredo-de-justica>; anúncio: debate sobre segredo de justiça e liberdade de imprensa: <http://5dias.net/2010/04/19/anuncio-debate-sobre-secredo-de-justica-e-liberdade-de-imprensa/>; curiosas indignações com o desrespeito pelo segredo de justiça (Maria João Marques): <http://cachimbodemagritte.com/1594338.html>; Rui Rangel, juiz desembargador,

física, etc., dos implicados no inquérito¹⁶¹, o segredo visa, fundamentalmente, garantir o bom andamento da *investigação* criminal¹⁶², evitando, decerto, a perturbação das *diligências* probatórias.

Mas não se pode esquecer que a sua simples existência é já, sem mais, uma *restrição* do direito de defesa.

Por isso, há-de ser *temporalmente* limitado e respeitar, escrupulosamente, o (sub)princípio da “proibição do excesso” (art. 17.º, n.º 5, da Constituição), ponto nevrálgico do Estado de direito.

culpabiliza estruturas da magistratura: <http://www.cmjornal.xls.pt/detalhe/noticias/opiniao/rui-rangel/o-secreto-de-justica-e-o-homem>; segredo de justiça – definição: “Conjunto de suspeitas, declarações, depoimentos, escutas telefónicas, documentos vários, *e-mails* e outro material informático, denúncias, cartas e *dossiers* e qualquer outro indício que faça parte de um processo em investigação e que os magistrados estão impedidos, por lei, de revelar publicamente, e por isso mesmo deixam que alguém os passe para a comunicação social, de modo a serem publicados em todos os órgãos de comunicação social.” – in <http://www.coiso.net/?p=1720>; Mouraz Lopes defende que o segredo de justiça não deve ser aplicado a todos os crimes: http://www.tsf.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=876910; PGR reconhece que o problema é insolúvel em Portugal e lembra, aliás, o célebre “caso Maddof”, nos EUA, em que a investigação durou vários anos “no maior secretismo”: http://rr.sapo.pt/informacao_detalhe.aspx?fid=181&did=31129; Pedro Passos Coelho admite que o segredo de justiça “não tem funcionado bem em Portugal” e sugere, como remédio *iuris*, a substituição do PGR (Pinto Monteiro), a única forma de restaurar a credibilidade da justiça no país: http://www.dn.pt/inicio/opiniao/discursodirecto.aspx?content_id=1507023&page=-1. Meu comentário final, *brevitatis causa*: como se vê, ninguém se entende nas plagas da Lusitânia! O sistema é largamente ineficaz. Figueiredo Dias chegou, inclusive, já em 2008, a questionar o *novo regime* do segredo de justiça, resultante das reformas penais de 2007, instigando, aliás, o PGR a pedir ao Tribunal Constitucional a *fiscalização* do (novo) art. 86.º do Código de Processo Penal, que, no seu entender, é uma norma *provavelmente* inconstitucional: <http://ww1.rtp.pt/noticias/index.php?article=66337&tm=&layout=121&visual=49>

¹⁶¹ Para uma defesa, ver, com a pertinente bibliografia, Valentim Matias Rodrigues, *O Segredo de Justiça*, in <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/valentim-matias-rodrigues-secreto-de-justica.pdf>

¹⁶² Ver, por exemplo, esta peça jornalística, onde o Procurador-Geral da República Portuguesa, Pinto Monteiro, alega, segundo uma reportagem do *Jornal de Notícias*, que o alargamento dos prazos do segredo de justiça é essencial para a eficiente *investigação* de determinados crimes (criminalidade organizada, corrupção, etc.): in http://www.jn.sapo.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=1008945

Sim. A justiça requer *discrição*¹⁶³ e tranquilidade. Sobretudo em certos tipos de crime. Neste sentido, o *segredo* é, sem dúvida, um “bem jurídico”, que merece aliás a devida *protecção* legal¹⁶⁴.

Porém, há *limites* que não é lícito ultrapassar.

O arguido é sujeito¹⁶⁵ e *não objecto* do processo! Não é um gato, e muito menos um crustáceo, mas um homem (com *nome*, família e sentimentos), que necessita de *respeito* e consideração, por ser, desde

¹⁶³ Noutras ordens jurídicas (caso dos EUA, por ex.), o legislador é bem *menos exigente* no que toca ao segredo de justiça, responsabilizando, sobretudo, os *procuradores*. As testemunhas *não estão obrigadas* e a liberdade de imprensa é total quanto ao segredo de justiça, sendo que os jornalistas não podem ser obrigados, sequer, a revelar as suas fontes. É ao procurador, *responsável pelo processo*, que cabe velar pela devida *protecção* do segredo. Se algo falhar, ele é punido por “*contempt of court*”. O sistema é, pois, mais livre e, no entanto, funciona *melhor*, segundo Nuno Garoupa, Professor de Direito em Illinois – cf. *O segredo de justiça tem solução*, in http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=415615. É claro que as polícias, os arguidos, os respectivos advogados, os membros do “*Grand Jury*” e os funcionários dos tribunais *estão vinculados ao segredo*, mas a responsabilidade primeira, e iniludível, é sempre *do procurador* que conduz o processo. Aí reside a chave do modelo jurídico-processual norte-americano. Nuno Garoupa situa, na verdade, o problema num plano mais profundo, mais “estrutural”. Na sua óptica, o que falta em Portugal é um efectivo “*governo da justiça*”, que ponha a tónica, não na *autonomia* das magistraturas, mas na transparência, na responsabilização e na *accountability*. O tema do “*segredo da justiça*” é retomado, com mais *dados comparativos*, num seu livro recente: *O Governo da Justiça*, FFMS, Lisboa, 2011, pp. 63-66. Nota-se, por vezes, uma clara influência da “*Análise Económica do Direito*”, a famosa escola de Ronald Coase e Calabresi, o que não deixa de ser estimulante (“*fresh*”, diríamos) num sistema jurídico de *civil law*, centrado, historicamente, desde o advento, *maxime*, do *Code Civil* de 1804, na autoridade da lei escrita (símbolo máximo e autorizado da “*vontade geral*”, segundo o art. 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, preceito esse directamente inspirado no pensamento de Rousseau, expresso no seu *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*), na rotina dos formalismos sagrados e no ritual das *burocracias* inquestionáveis. É possível *pensar* outros caminhos.

¹⁶⁴ O art. 335.º do actual Código Penal prevê, justamente, o crime de “*violação do segredo de justiça*”, punindo a conduta ilícita com uma pena de prisão de 6 meses a 4 anos (isto, note-se, no âmbito do processo *penal*). Se se tratar, ao invés, de processo por contra-ordenação ou disciplinar, a pena aplicável será, *respectivamente*, de prisão até 6 meses ou de multa até 80 dias.

¹⁶⁵ Sobre a “*relação radical*” entre cidadania e direitos fundamentais, ver, por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BGECC.pdf

logo, um “fim em si mesmo”¹⁶⁶, como no-lo recordou Kant em 1785, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

A Pessoa sempre é detentora de “rights binding on the world”¹⁶⁷.

A lei em vigor, em Cabo Verde, é uma história curiosa, que merece ser divulgada, e sempre *reflectida*, tal é a sua gravidade pelo que representa em termos de *restrição dos direitos* de defesa, e de violação das regras básicas de um processo civilizado (*due process of law*). O processo penal é, como se sabe, um “sismógrafo da Constituição” (Claus Roxin).

O *Anteprojecto* do Código, da autoria de Jorge Carlos Fonseca, consagrava, no seu art. 5.º, o princípio do contraditório, afirmando que, em caso algum (*em caso algum*, note-se), pode ser invocado o segredo¹⁶⁸ de justiça para *inviabilizar* as garantias de defesa do arguido.

¹⁶⁶ O ser humano é, pois, um *ser livre e autónomo*, cuja personalidade começa com “o nascimento completo e com vida” e só termina com a morte: arts. 64.º, n.º 1, e 66.º, n.º 1, do Código Civil, respectivamente. Para uma rigorosa qualificação dos direitos de personalidade, *distinguindo-os*, aliás, dos direitos fundamentais e, mesmo, dos direitos pessoais, ver J. Oliveira Ascensão, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro*, in <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>; e Rabindranath Capelo de Sousa, “A Constituição e os direitos de personalidade”, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, 1978, pp. 93-196.

¹⁶⁷ Sobre este conceito *jurídico*, cunhado por Patrick Athyah, v. Miguel Galvão Teles, *Direitos Absolutos e Relativos*, in http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/447.pdf

¹⁶⁸ Para uma defesa cerrada do segredo de justiça, ver Maria Clara Oliveira, Procuradora da República no Porto – cf. *O Segredo...um silêncio povoado de vozes*, in http://www.trp.pt/mp_trabalhos/segredojustica.html. Na mesma linha, embora com argumentos mais de cariz sociológico (evitar, basicamente, a *impunidade das elites dominantes...*), encontra-se Boaventura de Sousa Santos, que defende, aliás, a adopção do “modelo holandês”, com regras apertadas para garantir a *segurança* dos “processos polémicos” (: colocação de vidros especiais nas janelas das salas, fechamento dos processos em cofres fortes, restrição de acesso de magistrados e funcionários a determinadas zonas, etc.) – assim, *O Segredo de Justiça* (publicado na revista *Visão*, em 6 de Março de 2003), disponível no site oficial do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/071.php>. Para um comentário jurídico-dogmático da recente reforma legislativa em Portugal (2007), ver Pedro Maria Godinho Vaz Patto, *O Regime do Segredo de Justiça no Código de Processo Penal Revisto*, in http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao2007-08/jornadas_penal_textos/segredojusticacoimbra2007vp.pdf. A argumentação deste

Este artigo articulava-se, depois, com o art. 114.º, que “definia o conteúdo e o âmbito de vinculação do segredo de justiça”¹⁶⁹ e permitia ao arguido o *acesso aos autos*, para o adequado exercício do seu direito constitucional (e *natural...*) de defesa.

O art. 5.º do Código de Processo Penal, vigente, manteve a ideia inicial do *contraditório*:

“O processo penal subordina-se ao princípio do contraditório”.

Entretanto, orientado por aquilo que Alvin Toffler chamava, sugestivamente, de “ad-hocracia”¹⁷⁰, o legislador cabo-verdiano resolveu *introduzir*, a talhe de foice, *um artigo confuso* no Código em vigor (o art. 115.º), o qual torna praticamente *impossível* o exercício do *direito de defesa* no âmbito do processo penal.

autor é, parece-nos, muito sensível ao princípio basilar da *presunção de inocência* e aos direitos fundamentais em geral, na linha da *jurisprudência* firme do Tribunal Constitucional português (Acórdãos 121/97, 416/2003 e 417/2003, estes últimos referentes ao processo “Casa Pia”, publicados na II Série do *Diário da República*, de 6 e 7 de Abril de 2004, respectivamente). Procura-se, assim, um louvável *equilíbrio*, ou “concordância prática”, que não prejudique a liberdade das pessoas e o exercício do incontornável direito de defesa. Comentando, criticamente, o Acórdão do TC n.º 428/08, de 12 de Agosto (sobre o *acesso do arguido aos autos*, ponto onde se regista o mais grave entorse em Cabo Verde, como já tivemos aliás a oportunidade de explicar, mais atrás), pode ver-se José L. Moutinho, *A limitação temporal do segredo do processo relativamente ao arguido: o pós-Acórdão n.º 428/08 do Tribunal Constitucional*, in http://www.servulo.pt/xms/files/Newsletter/-A_limita_347_343o_temporal_do_secreto_do_processo_relativamente_ao_arguido-.pdf (*maxime*, pp. 27 ss., sobre a limitação temporal e material do segredo *interno*, em íntima relação com a estruturação da fase preparatória do processo penal). Uma voz muito crítica, quanto ao Código de Processo Penal de 1987 e ao próprio regime *legal* do segredo de justiça (uma “revisão falhada”, na sua opinião técnica), é a do juiz desembargador José Manuel S. Machado da Cruz Bucho, *A revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português*, in http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/cruzbucho_revisaoCPP2010.pdf, com amplas informações doutrinais, jurisprudenciais e de política legislativa. Muito útil é também este *blog* “jurídico-pedagógico” (<http://penal2.blogspot.com/2006/10/secreto-de-justicia.html>), dir-se-ia, onde se pode encontrar referências várias, de carácter doutrinal e jurisprudencial, sobre a temática do segredo de justiça.

¹⁶⁹ Cf. Jorge Carlos Fonseca, *O Novo Direito Processual Penal...*, p. 19.

¹⁷⁰ *Apud* Neto de Carvalho, *Direito, Biologia e Sociedades em Rápida Transformação*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 202.

Parafraseando Miguel Veiga¹⁷¹, dir-se-ia que *Cabo Verde é, de há anos, um país em constante delírio legislativo, temperado pelo não cumprimento da lei...*

O n.º 1 do 115.º diz que “O juiz autorizará ao arguido a quem seja aplicada medida de prisão preventiva e que o requeira para efeitos de impugnação, em sede de recurso, o *acesso às provas* que fundamentaram a confirmação da detenção ou aplicação judicial da medida e, bem assim, àquelas que lhe permitam contrariar os fundamentos da mesma decisão”¹⁷².

Todavia, o n.º 2 do mesmo artigo acrescenta, *misteriosamente*, o seguinte:

“O requerimento a que se refere o número antecedente especificará *a que elementos de prova é que o arguido pretende aceder* e o pedido será apreciado com urgência, sem suspensão do andamento do processo.” (o itálico é nosso).

Ora, razão total tem Jorge Carlos Fonseca, quando, perante um tal esquema legal, questiona firmemente:

“Mas como será possível indicar os elementos de prova a que se pretende aceder sem o acesso aos autos, sem a possibilidade efectiva de conhecer as ‘provas’? Como saber isso?”¹⁷³.

¹⁷¹ Cf. “Da crise da Justiça a algumas causas da sua asfixia”, in AA. VV., *Justiça em crise? Crises da Justiça*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2000, p. 393.

¹⁷² O novo n.º 7 do art. 35.º da Constituição parece, se bem avaliamos, *reforçar* o direito de defesa, ao proclamar: “Os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, *incluindo o direito de acesso às provas da acusação*, as garantias contra actos ou omissões processuais que afectem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido” (o itálico é nosso).

¹⁷³ Assim, *O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde...*, p. 21.

O resultado¹⁷⁴ *prático* é este: fica excluída¹⁷⁵, já por aí, uma essencial *garantia de defesa*. Muito grave! É a “lipoaspiração” do Estado de direito. Perdendo o cidadão a sua “segurança ontológica” (A. Giddens), que se define, antes de tudo, pela manutenção da *auto-identidade* pessoal e pela constância do *ambiente sociopolítico* circundante.

O mais estranho, apesar de tudo, e de alguma reacção inicial (*tímida*, em qualquer caso, numa espécie de “inconformismo inócuo”¹⁷⁶) por parte da Ordem dos Advogados de Cabo Verde, é que

¹⁷⁴ Resultado esse que configura, decerto, uma autêntica “fraude à lei”. Na definição clara de António Katchi (*Dicionário da Parte Geral do Código Civil Português*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 115): “Criação de uma situação de facto ou de direito com a intenção e o efeito virtual de evitar a aplicação da norma jurídica que sem ela seria aplicável e de, assim, obter um resultado diferente do pretendido por aquela norma”.

¹⁷⁵ Eurico Monteiro, um conhecido advogado da praça, salienta este ponto de forma convincente, *denunciando uma prática abusiva* e altamente condenável. Começa por recordar o célebre romance de Franz Kafka, *O Processo*, e a situação absurda vivida pelo personagem Josef K, que, ao acordar numa certa manhã, é preso e sujeito a um longo e *incompreensível* processo, fundado num suposto crime que nunca lhe é revelado! Depois disso, Monteiro faz a ponte com a (actual) *realidade* cabo-verdiana: “Em Cabo Verde, em 2009, os arguidos são julgados com processo secreto..., apenas patenteado na secretaria do Tribunal *nos três dias que antecedem o julgamento*. Só se dá o arguido a conhecer o que diz o Ministério Público e não aquilo que o faz dizer. E chegou-se à caricata situação de não se facultar ao advogado a cópia do processo, mesmo daquele em julgamento ou cuja sentença tenha já transitado em julgado. O processo-crime é, agora, uma espécie de brinquedo secreto dos Juízes e dos Procuradores.” (os itálicos são nossos) – cf. “Extradicação de nacionais, uma exigência nacional?”, in *Direito e Cidadania – IV número especial (revisão constitucional)*, Praia, 2009, p. 42. A referida e lamentável “prática” resulta, porém, como vimos já, de uma *alteração legislativa infeliz* (e, provavelmente, *inconstitucional*). É caso para concluirmos o seguinte, com Arthur Kaufmann: “...leis vergonhosas já não se limitam a ser exemplos académicos, tendo-se tornado realidade. O conceito de lei puramente formal falhou.” – assim, “A problemática da Filosofia do Direito ao longo da história”, in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 125. Questionando o *segredo de justiça* à luz do princípio (processual) da *igualdade de armas* e do *direito à informação*, ver Jorge de Sousa Varela, *O Segredo de Justiça visto à luz de uma Justiça Identitária*, in <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/72/44>

¹⁷⁶ Adaptamos, aqui, um conceito do sociólogo Florestan Fernandes, utilizado, obviamente, noutro contexto argumentativo – cf. *Círculo fechado: quatro ensaios sobre o “poder institucional”*, Editora Globo, São Paulo, 2010, pp. 109 ss..

ninguém, até hoje, pediu a fiscalização sucessiva *abstracta* do art. 115.^º do CPPCV, o que revela, na sua completa nudez, aquilo que dissemos mais acima, isto é, uma gritante *falta de cultura constitucional* e de respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. É um *facto, facto triste e marcante.*

Permite-se, sem protesto, essa espécie de “*capitis deminutio*”! A *democracia* cabo-verdiana, definitivamente, não fica bem na fotografia, perante esta *preocupante* e ostensiva “produção legal da ilegalidade”¹⁷⁷.

Nos termos do art. 275.^º¹⁷⁸ da Constituição, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República, o Presidente da Assembleia Nacional e ¼ dos Deputados à Assembleia Nacional podem pedir a *fiscalização*¹⁷⁹ da constitucionalidade de qualquer *norma* vigente em Cabo Verde.

¹⁷⁷ A sugestiva expressão é de Pádua Fernandes, *Para que servem os Direitos Humanos?*, Angelus Novus, Coimbra, 2009, p. 48. A “produção legal da ilegalidade” é, na visão deste autor brasileiro, e muito sucintamente, a *fraude ao Direito através da lei*. Há, aqui, uma como que “mão invisível” (de Maquiavel, neste caso!), o qual, no capítulo XII d’*O Príncipe*, submete o Direito e a Moral à *totalizante* “estratégia”, a arte da conquista e manutenção do poder. A Lei é, doravante, apenas o *instrumento* de uma Política e não já, como no direito natural clássico, o *caminho para a Justiça*. E assim, por uma subtil inversão dos valores, se abriu o caminho, no plano das ideias, à “banalidade do mal” (Hannah Arendt) e aos modernos sistemas totalitários, que desprezam, por princípio, a *dignitas humana*. Na mesma linha se inscreve a filosofia hobbesiana, ao eleger a *segurança* e a *glória* do “império” (isto é, do legislador *omnisciente*, com o seu positivismo jurídico *a outrance*) como os valores mais altos e decisivos: “...a identificação entre lei e justiça remete para o poder legislativo a definição do conteúdo da justiça.” – cf. António Pedro Barbas Homem, *O Justo e o Injusto*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 40.

¹⁷⁸ Actualmente, *após a revisão* constitucional de 2010, é o art. 280.^º, em virtude do *aditamento* de novos artigos. O actual art. 280.^º alargou aliás o âmbito (em termos de *legitimidade processual activa*) da fiscalização *abstracta*. Para além das entidades já previstas no *antigo* art. 275.^º, acrescentou-se, doravante, o *Provedor de Justiça* e abriu-se a possibilidade de um número *inferior* de Deputados (“pelo menos quinze Deputados”, na nova redacção do preceito) poder suscitar a fiscalização *abstracta*. O processo, teoricamente, é mais fácil. Mas o *statu quo*, teimosamente, mantém-se!...

¹⁷⁹ Sobre a fiscalização *abstracta*, ver, por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1004 ss.

Mas nenhuma dessas entidades, pairando no Olimpo da indiferença burocrática (*otium cum dignitate*), o fez até esta data. Porquê? Só Deus sabe. Há, de facto, razões que a Razão desconhece!

Esquece-se porém que, num Estado de direito, a legitimidade (*Rechtmäßigkeit*) está necessariamente associada ao dever legal (*Rechtspflicht*) de agir, de *preservar*, neste caso, a “identidade constitucional”. Não se pode iludir, cremos, esta conexão *funcional* decisiva, que garante, aliás, numa compreensão racional e exigente das funções *públicas*, a coerência do sistema jurídico, a sua validade¹⁸⁰ e a própria “lei da liberdade”, exprimindo-se em termos kantianos.

A alternativa, aqui, é clara e só uma: voltar ao texto original do *Anteprojecto* e expurgar, o quanto antes, essa “mancha normativa” que o actual CPPCV introduziu, inadvertidamente, na ordem jurídica, num ponto sensível para as liberdades e garantias individuais.

Taking Constitution seriously, recomendar-se-ia, alto e bom som, na linha de Walter Berns.

Sem uma “Constituição dirigente”, com o seu catálogo de princípios vinculativos (efectivamente *observados*), o Estado de direito perde todo o significado e utilidade prática. Esvazia-se. A Constituição não pode ser uma simples “folha de papel”, lembrando a inquietante fórmula de Lassalle...

Há, todavia, uma certeza, irrevogável: a *raison d'État* não pode prevalecer em detrimento das *liberdades*, sob pena de inversão¹⁸¹ dos

¹⁸⁰ Esse facto (histórico-político) lamentável, a traduzir, aliás, um reprovável e iníquo *habitus* legiferante, transporta-nos, porém, para um tema interessante de Filosofia Jurídica (ou, talvez, de Epistemologia Jurídica): a *relação* entre a vigência e a validade. Da mesma maneira que pode haver uma lei válida sem ser vigente (ex.: aquela lei já *publicada* no BO, mas que *ainda não entrou em vigor*, em virtude da “*vacatio legis*”, nos termos do art. 5.º, 2, do Código Civil), podemos ter também, no ordenamento jurídico pátrio, uma *lei vigente sem ser válida* – “...assim, a lei cuja inconstitucionalidade não foi ainda declarada com força obrigatória geral.” – cf. José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 215. É exactamente *este o nosso caso*.

¹⁸¹ Verifica-se, neste caso, aquilo que Karl Loewenstein chama(va) de “Constituição nominal”: a lei fundamental, *debilitada* na prática quotidiana, deixa de funcionar (= “entropia normativa”) como fundamento e “critério do poder”, sendo, pois, incapaz de *comandar* os factos sociais e o “processo político”, de governar a *civitas*. A Constituição carece, então, de “realidade existencial”. Não se enraíza nas

valores políticos fundamentais (relegando os *primary goods* de que falava Rawls para o limbo da insignificância!) e de uma grave *renúncia* dos postulados de um Estado democrático, *funcionalizando*, assim, a dignidade humana e a ideia última de justiça, *ethos* constituinte-regulativo com o seu quê de “imperativo categórico”.

2.4.2. Um outro ponto bastante preocupante: a separação entre o juiz de pronúncia e o de julgamento.

O travejamento básico da chamada “estrutura acusatória” do processo penal passa, afinal, por esta *regra de ouro*.

Como salienta F. Teodósio Jacinto, na esteira de Castanheira Neves e Figueiredo Dias, “No processo *inquisitório*, competia simultaneamente ao juiz inquirir, acusar e julgar, pertencendo-lhe o domínio *discricionário* do processo...”¹⁸².

O arguido era, nessas circunstâncias, um mero *objecto* do processo. Foi este o modelo processual dominante,¹⁸³ na Europa continental, durante os séculos XVII e XVIII.

mentalidades. Só lhe resta o *nomen juris* sonante e a chancela simbólica, numa sociedade (política) que já não a vê como “*regulativo* do sentido” nem como “fonte de direito”, isto é, norma *primária*, efectiva, universal, legítima e vinculativa. O tilintar das suas *palavras* não impressiona os navegantes, que se guiam, soberanos, por uma outra *bússola*, nos mares revoltos da “struggle for life” e da afirmação de interesses corporativos. É a *tirania dos factos*; a conjura das paixões. O “governo dos homens” (com a sua sequiosa *Wille zur Macht...*) é a outra face, dir-se-ia, da ex-Constituição! Num ápice, a vontade dos *constituientes*, julgada omnipotente por Sieyès, perde afinal a sua grandeza, a sua eficácia: “A autoridade pública cai no descrédito” (Marcelo Neves). *E Tudo o Vento Levou*, como no filme de Fleming, em que a pobre Scarlett, símbolo de um Sul decadente, é esmagada por um destino cruel e implacável. Para Lowenstein, ocorre aqui uma “metamorfose imperceptível”, subtil mas penetrante. A norma fundante é corroída por certas *vicissitudes*, “pelo efeito do ambiente político e dos costumes.” – cf. *A classificação ontológica das Constituições*, in <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/3/32/Lowenstein.pdf>

¹⁸² Cf. *O modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do Inquérito*, in http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf

¹⁸³ O Código de Processo Penal português de 1929 ainda consagrava este modelo. O Juiz tinha a incumbência de *investigar*. O Ministério Público, magistratura *dependente*.

No modelo acusatório, pelo contrário, o juiz já não domina discricionariamente:

“O modelo acusatório caracteriza-se, por sua vez, pela separação entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga. Quem investiga e acusa *não julga*. Quem julga não investiga, nem tem intervenção na acusação”.

A acusação fixa o objecto do processo e, por aí, delimita os poderes de *cognição* do tribunal.

Hoje, já *não há modelos puros*, sendo o nosso sistema processual, na linha, aliás, do Código de Processo Penal português de 1987, um modelo “misto”: um sistema basicamente *acusatório* temperado por um princípio de *investigação*.

É certo que a Constituição de Cabo Verde não impõe, expressamente, a figura do “juiz de instrução”¹⁸⁴, mas *tem de haver*, pela própria natureza do Estado de direito, uma clara *separação*¹⁸⁵, no mínimo, entre quem acusa e quem julga.

É a única forma de evitar a *coisificação* do arguido.

Esta *separação*, esta “divisão do trabalho” *processual*, configura, sem dúvida, uma espécie de “norma fundamental pressuposta”, inerente à “constituição penal” (simultaneamente transpositiva, porque

dente, era completamente secundarizado. Mas após a conclusão da *instrução* (o célebre “corpo de delito”), competia ao MP deduzir a *acusação*. O sistema acusatório só viria a ser restaurado com o Decreto-Lei n.º 35.007, de 13/10/1945.

¹⁸⁴ Em Macau, a Lei Básica (a “Constituição” local) manteve a antiga figura do *juiz de instrução* (art. 85.º). Para uma caracterização dogmático-científica deste *diploma*, ver, por todos, Jorge Bacelar Gouveia, “A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – contributo para uma compreensão de Direito Constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, n.º 13, Macau, 2002, pp. 173-198.

¹⁸⁵ Esta concreta e indispensável *exigência*, mais do que um direito (: faculdade inerente à irredutível personalidade humana), configura uma *garantia constitucional* (implícita). As garantias são, para Ruy Barbosa, aquelas “...solenidades tutelares de que a lei circunda alguns desses direitos [subjectivos] contra os abusos do poder.” – *apud* Ruy Rebello Pinho e Amauri Nascimento, *Instituições de Direito Público e Privado. Introdução ao Estudo do Direito – Noções de Ética Profissional*, 6.ª ed., Editora Atlas S.A., São Paulo, 1976, p. 136.

indisponível, e positiva, num jogo de “reenvios”¹⁸⁶ cruzados) e, mesmo, a um original e imarcescível “direito à *justiça*”, capaz de manter intacto “The sacred fire of Liberty” (M. Sellers).

Garantia de *imparcialidade*, presunção de inocência¹⁸⁷, tudo aponta neste sentido irrecusável.

Essa exigência fundamental constava do *Anteprojecto*, e consta do art. 12.º do Código¹⁸⁸ aprovado em 2005. O texto desta lei é, aliás, claríssimo e *taxativo*: “Não poderá proceder ao julgamento do arguido o juiz que, no processo respectivo, tenha, contra ele, proferido despacho de pronúncia”.

Entretanto, a “ad-hocracia” (i. é, a *ditadura do efémero*), através da Lei n.º 84/VI/2005, de 12 de Dezembro, entrou mais uma vez em cena e, num lance admirável, mandou *suspender*, “sine die”, a vigência do art. 12.º do CPPCV!

Tudo, repita-se, sob o manto geral do *silêncio*, na mais profunda quietude¹⁸⁹ e resignação.

¹⁸⁶ Para a compreensão da *dialéctica* entre os pólos positivo e transpositivo da juridicidade, ver, em geral, J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit. (reimp., 2011), pp. 208-210.

¹⁸⁷ Sobre este princípio, ver ainda Rui Patrício, *O Direito Fundamental à Presunção de Inocência (Revisitado: a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde)*, in <http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/211.pdf>

¹⁸⁸ Para um comentário mais aprofundado da *reforma* processual penal em Cabo Verde, e das suas vicissitudes e hesitações, ver, por todos, Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um Percurso. Estrutura e Princípios fundamentais”, in *Direito Processual Penal de Cabo Verde – Sumários do Curso de Pós-Graduação Sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 7-161.

¹⁸⁹ Sobre o papel insubstituível da ética republicana e a sua íntima relação com a “teoria geral” do Estado de direito, ver, por todos, Paulo Ferreira da Cunha, “Valores e Virtudes no aprofundamento do Estado de Direito – Uma perspectiva Luso-Brasileira”, in *Polis...*, cit., pp. 39-63. A questão, no fundo, tem a ver com a relevância do “sentimento constitucional” (Pablo Lucas Verdú) e a *vivência* quotidiana dos valores juspolíticos essenciais. As *virtudes* surgem, então, como “remédios”, como argamassa de *cidadania*, que garante, aliás, a permanência da Constituição e, *en dernier instance*, do próprio sistema democrático. Logo, o jurista tem de (re)descobrir e *reporpor as virtudes*, elas que pareciam não ter qualquer lugar no mundo frio das leis e da hermenêutica positivista/lógico-subsuntiva. Paulo Ferreira da Cunha, num passo que nos parece apelativo, chama a atenção para uma *chave* capaz de resolver “o enigma da sua obnubilação” (p. 58). A questão decisiva está, explica, em reparar

no *adjectivo* que, nas constituições modernas, lhes dão *consistência* e, digamos, “vitalidade pública”. Ou *concretude*, com uma dimensão de “afecto” e *responsabilidade* pessoal. São as *Virtudes...Republicanas!* São elas que permitem, segundo o autor, a existência, para além das diferenças religiosas, filosóficas ou políticas, de um “lugar cívico comum”. Propõe-se, inclusive, uma eclética *definição* de tais virtudes: “...são os hábitos políticos positivos que decorrem da vivência quotidiana dos valores constitucionais modernos. Assim, a Liberdade, a Igualdade e a Justiça, enquanto valores, transmutam-se, enquanto virtudes, num *espírito* ou comportamento político (não económico ou moral necessariamente: embora até um certo ponto, sem dúvida) liberal e de defesa da liberdade, numa isonomia e equanimidade, e na luta contra privilégios, mordomias e numa proscrição do egoísmo, e numa prática de Fraternidade e equidade (Justiça ainda mais perfeita, mais virtuosa).” (p. 59). As *virtudes constitucionais*, se nos for permitido uma síntese, são o Contexto (pré e trans-jurídico), sem o qual o Texto (jurídico, formal) não cobra, afinal, a sua perenidade, enquanto Instituição, que é, na sociologia de Georg Simmel, uma *forma dotada de permanência*. Só assim serão, como quer Paulo Ferreira da Cunha, “...o reflexo no coração dos homens da luz das altas estrelas da ética”. O ideal feito *prática*. O jusfilósofo e constitucionalista lusitano dá vários *exemplos de virtudes republicanas*. Indiquemos apenas quatro, que nos parecem, aqui, assaz significativas: 1) “Amor à Liberdade, Igualdade, Fraternidade, Solidariedade, Justiça. Não se pode desempenhar nenhum cargo público nem em proveito próprio nem com o cinismo dos que não tem ideais, e estes ideais.”; 2) “Respeito pelas leis como garantes da liberdade. Embora possa haver leis injustas, sempre se tem de perguntar se elas não podem ser um mal menor. E o mundo está cheio de incumprimento legal (e, desde logo, constitucional)...Há cada vez mais, hoje, tiranetes que se julgam acima das leis. Para eles se deve virar a vigilância republicana.”; 3) Contra a Licença, as *Virtudes da Delicadeza, Atenção e Solidariedade*. O laxismo invade-nos, a par da sua irmã gémea, a tirania. Crescem no micropoder, onde deveria haver ‘democracia civil’. Uma força atenta, serena, será delicada e solidária. Sem deixar de ser forte, contundente, inconciliável com os atropelos dos tiranos e a sonolência parasitária dos laxistas”; 4) “Contra o abuso do poder e a corrupção, as *Virtudes do amor ao diálogo, pluralismo, transparência, rigor, controlo e separação dos poderes*. Se o poder abusa e se corrompe, é preciso mecanismos...que o controlem: mostrando com paredes de vidro o Estado, obrigando os poderosos a explicar-se, a responder, a mostrar o que têm e como o adquiriram. E sempre em todos os poderes, a todos os níveis tem de um poder independente controlar outro poder independente. Independência e separação, mas independência interdependente, porque sujeito a controlo. (...). Para uma proposta séria de *educação liberal*, ver João Carlos Espada, *Da construção de cidadãos participativos à crise de valores e referências estáveis*, in http://www.cursoverao.pt/c_1996/joao1.html; Idem, *Os grandes livros e a educação do carácter*, in <http://www1.ionline.pt/conteudo/46622-os-grandes-livros-e-educacao-do-caracter>. Sobre o *equilíbrio* entre direitos e deveres, tão importante para a afirmação de uma

Voltamos a frisar a incrível *falta de cultura constitucional* em Cabo Verde, que funciona, na prática, como um autêntico “obstáculo epistemológico” (G. Bachelard), *bloqueando a acção* e a “terapêutica jurídica” eficaz.

Ninguém, até hoje, requereu a fiscalização sucessiva *abstracta* da Lei n.º 84/VI/2005, atrás citada. Ou a sua fiscalização sucessiva *concreta*¹⁹⁰, no âmbito de algum *processo judicial*.

E já lá vão cerca de oito anos!

Um cenário que faz lembrar a *sonolência* das virgens do Evangelho relatada pelo Padre António Vieira, num dos seus magníficos sermões, em 1640:

“Aquelhas dez virgens do...Evangelho todas se renderam ao sono, todas adormeceram, todas foram iguais no mesmo descuido...”¹⁹¹.

autêntica “cultura constitucional”, ver, *brevitatis causa*, o constitucionalista brasileiro Nelson Saldanha, *A propósito de direitos (e deveres)*, in <http://constitutio.tripod.com/id23.html>; no plano da educação para os valores, ver ainda Adela Cortina, “Educar personas y ciudadanos democráticos”, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 38, cit., pp. 29-45. Entre nós, pode ver-se Felisberto Vieira Lopes, “Direitos Humanos e Democracia – a Constituição e a garantia dos Direitos Fundamentais”, in *Direito e Cidadania*, Número Especial, Ano III, Praia, 1999, pp. 23-43.

¹⁹⁰ A fiscalização *concreta* acha-se, hoje, prevista nos arts. 281.º e 282.º da Constituição. Quanto à respectiva tramitação processual, ver os arts. 75.º a 95.º da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de Fevereiro, sobre a organização e o funcionamento do Tribunal Constitucional; ver, entre nós, sobre os vários *tipos de fiscalização*, Jorge Carlos Fonseca, “Fiscalização da constitucionalidade – Algumas notas, em jeito de tópicos desenvolvidos, com incidência particular sobre o Direito Cabo-Verdiano”, in *Constituição...*, cit., pp. 77-91; e Benfeito Mosso Ramos, “A garantia da Constituição e a Justiça Constitucional em Cabo Verde”, in *Direito e Cidadania*, n.º 29, Praia, 2009, pp. 223-234.

¹⁹¹ Cf. “Sermão pelo Bom Sucesso das armas de Portugal contra as de Holanda”, in *Sermões*, 2.ª ed., Leya, Lisboa, 2008, p. 35. A pregação ocorreu em São Salvador da Baía, na sequência de mais um ataque dos holandeses. O *contexto* era, naturalmente, de aflição geral. O grande orador jesuíta dirige as suas preces a Deus, implorando misericórdia ante a agressão, *manu militare*, dos “piratas da Holanda” (sic). Não deixa, aliás, de exibir, com a habitual eloquência, os pergaminhos da fé Católica e os méritos do santo reino de Portugal, lamentando, apenas, a incursão perversa dos heréticos Luteranos e Calvinistas, “cegos sem fé e mancos sem obras”. A razão e a justiça estão, claro, do lado dos portugueses! O *patriotismo* de Vieira, num cruzamento entre a teologia e a política, ressalta com transparência do Sermão. Talvez possamos, hoje, *actualizar* esse *sentimento* tão nobre, apelando ao “patriotismo constitucional” de que falava Jürgen

Supostamente, a norma tinha um carácter “provisório”, mas, perante a inércia de uns e a cumplicidade¹⁹² de outros, lá *foi ficando*, pondo em causa, deste modo, todo o sistema de *direitos fundamentais* constitucionalmente gizado.

Aliás, como mostrou Jorge Carlos Fonseca, os *recursos humanos existentes* permitem¹⁹³, se bem geridos, o cumprimento cabal da garantia prevista no art. 12.º do CPPCV.

Pode ser instalado, inclusive, um modelo de rotatividade *dos juízes*, aproveitando-se, de forma inteligente, o “capital humano” disponível nas várias ilhas de Cabo Verde.

O argumento da “escassez” de meios não procede, portanto¹⁹⁴; não convence.

Habermas (é certo que a proposta teórica de Habermas insere-se, sobretudo, na *construção* de um “território político” mais alargado, uma espécie de “governo cosmopolita”, *pós-nacional*, com uma identidade “não-paroquial”, mas pensamos que o conceito é, *mutatis mutandis*, sujeito a uma “interpretação restritiva”, útil e operativo no âmbito mesmo do Estado-nação, que ainda conserva, apesar das tendências *centrífugas*, a sua *kompetenz der kompetenz*; para uma síntese da visão habermasiana, ver Filipe Carreira da Silva, *Cidadãos da Europa? Algumas reflexões sobre o Patriotismo Constitucional*, artigo publicado, em 2004, na *Revista Crítica de Ciências Sociais* e disponível online neste sítio electrónico: http://www.ics.ul.pt/rdonweb-docs/RCCS70_FilipeCSilva.pdf). Um *patriotismo* alicerçado, antropológicamente, na cidadania (*status e virtude cívica*), na defesa da *Res Publica*, na liberdade e, em geral, na garantia dos valores últimos e irrenunciáveis da *pessoa humana*. Um *patriotismo* novo, inteligente, democrático e renovado, capaz de iluminar a *polis* através da *acção de cidadãos* (“we the people”) empenhados e esclarecidos. Criativos, enfim. */Exurge, Domine, adjuva nos et redime nos! /Custodiam nostrum constitutionem!*

¹⁹² José Saramago, no *Ensaio sobre a Cegueira*, 4.ª ed., Editorial Caminho, Lisboa, 1999, p. 9, cita uma passagem do *Livro dos Conselhos* que merece ser auscultada e, devidamente, ponderada: “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”. Cabo Verde, território insular *surdo-mudo*, no altar da *lei do menor esforço*, não escuta, todavia, conselhos de ninguém, e muito menos d’El Rei D. Duarte! Vigora, pois, entre nós, a *cegueira institucional* generalizada. A Constituição, nesta atmosfera de *anomia*, perde assim o seu carácter *normativo* e *(jus)vinculante*, típico de um qualquer *Verfassungsstaat*, e transforma-se num folclórico...“tigre de papel”, como no romance de Olivier Rolin. Sobre a problemática da *realidade constitucional*, ver, em geral, Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008, pp. 33-47.

¹⁹³ Assim, O *Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde...*, p. 46.

¹⁹⁴ Após a feitura deste Relatório e da publicação de uma sua primeira versão (na revista *Direito e Cidadania*, n.º 29, 2009, pp. 63-92), o Governo de Cabo Verde

O funcionamento dos órgãos de soberania é um elemento que não¹⁹⁵ pode ser posto em causa por causa de argumentos “financeiros”¹⁹⁶ ou razões outras ligadas à “*microfísica do poder*”.

A magistratura¹⁹⁷ *judicial* é um dos pilares da democracia e como tal deve ser tratada.

Nas suas vestes de instância independente, imparcial e judicativo-decisória (de *regulação* da liberdade e definição do justo¹⁹⁸), constitui,

apresentou, à Assembleia Nacional, uma *proposta* de lei sobre a Organização, a Competência e o Funcionamento dos Tribunais Judiciais (cf. http://www.mj.gov.cv/index.php?option=com_content&task=view&cid=567&Itemid=2). A referida proposta foi aprovada e dela resultou, aliás, a Lei n.º 88/VII/2011, de 14 de Fevereiro, que entrou *em vigor* no dia 1 de Março de 2011. O art. 62.º desta Lei consagra um sistema de *rotatividade* que permite, tal como propúnhamos, a *separação efectiva entre o juiz de pronúncia e o do julgamento*, mostrando assim, à saciedade, que o problema não estava, afinal, na proverbial “escassez de recursos”, mas, apenas, numa gestão pouco eficiente e criteriosa dos recursos humanos existentes e numa mal orientada “política legislativa”. Só isso. No fim deste trabalho publicaremos (dada a sua importância prática, claro), como “Adenda”, o Mapa I anexo à Lei n.º 88/VII/2011, que estabelece o concreto e específico regime jurídico da rotatividade, relativamente aos vários tribunais e juízos do arquipélago (a supracitada Lei está disponível neste endereço electrónico: <http://www.parlamento.cv/GDiploApro3.aspx?codDiplomasAprovados=116>). O legislador, felizmente, *emendou a mão*, reforçando as garantias institucionais (*Law's empire*, lembrando R. Dworkin) do particular numa área tão relevante e sensível. Numa área crucial do Estado de direito democrático. Só nos resta dizer o seguinte: *a verdade é como o azeite...*! Continuamos, por isso, a *não acreditar* em Hobbes (1651): “Auctoritas, non veritas, facit legem”. Jamais.

¹⁹⁵ Ver a Lei n.º 78/V/98, de 7 de Dezembro (lei de enquadramento orçamental). As despesas relativas ao funcionamento dos tribunais, órgãos de soberania, são claramente enquadráveis na categoria jurídica “despesas obrigatórias”, previstas, justamente, no art. 12.º, n.º 1, desse diploma legal. Logo, gozam de *primazia* no momento decisivo da preparação e feitura do orçamento anual do Estado.

¹⁹⁶ Para uma necessária diferenciação entre eficácia (que seria uma questão *estratégica*) e eficiência (mera lógica de *poupança de recursos*), v. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e Eficácia*, Pedro Ferreira (Editor), Lisboa, 1997, pp. 17 ss..

¹⁹⁷ Sobre a organização judiciária e o seu *reflexo* na concretização da justiça (jurídica), ver, por todos, Nuno Miguel Coelho, *A organização do sistema judicial enquanto condicionante da realização do Direito*, in http://repositorio.iscte.pt/bitstream/10071/12971/1/Tese_NunoCoelho_080721.pdf

¹⁹⁸ Pois *jurisdictio* significa exactamente, no seu núcleo imarcescível, “*action de dire la justice*” – cf. Albert Dauzat, Jean Dubois e Henri Mitterand, *Nouveau Dictionnaire Étymologique et Historique*, Librairie Larousse, Paris, 1964, p. 406.

seguramente, um dos baluartes da “autoridade moral”¹⁹⁹ da Constituição.

Neste contexto, “Ir ao juiz é ir à justiça” (Aristóteles).

Ora, os direitos têm *custos* e, definitivamente, “não nascem em árvores”, para retomarmos a bela imagem de Flávio Galdino.

Os *direitos* fundamentais devem ter, em termos de Ética Pública e *good governance*, a prioridade absoluta. Sobretudo na esfera penal.

Com palavras deste autor brasileiro, podíamos mesmo dizer que “...mantê-los fora da balança, ou melhor, do balanço dos custos dos direitos, constitui medida ineficiente, injusta e antidemocrática”²⁰⁰.

3. Conclusão

“O esforço e a tentativa de viver numa concordância pacífica com outros é uma extensão do esforço e tentativa de preservar o próprio si. Os contratos sociais e políticos são *extensões* do mandato biológico pessoal.” – António Damásio, *Ao Encontro de Espinosa: as Emoções Sociais e a Neurologia do Sentir*, Publicações Europa-América, Lisboa, 2003, p. 198

“Ora, as leis mantêm a sua força, não porque sejam justas, mas porque são leis. Este é o fundamento místico da sua autoridade. Não tem outro.” – Montaigne, *Ensaios*, III, cap. 13, *apud* António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito – o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 399, nota n.º 514

É hora de concluir. Concluir, para nós, não significa, contudo, o fim da viagem.

À semelhança do mocho de Minerva, o *crepúsculo* pode bem ser, como pressentiu Hegel, o *prenúncio de um novo voo* e de novas descobertas!

¹⁹⁹ Uma magistratura digna e independente é verdadeiramente, tal como Edmund Burke a descreveu, o “depósito sagrado do país”, a *fortaleza da cidadania* que combate a arbitrariedade dos príncipes e refreia o apetite das facções, mantendo intacta “a lembrança da constituição” – cf. *Reflexões sobre a Revolução em França*, Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 192.

²⁰⁰ Cf. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos (Direitos não Nascem em Árvores)*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 346.

Tentámos compreender, neste relatório, o *lugar do sistema penal* na Constituição de Cabo Verde e o seu papel na construção de *uma sociedade justa* e civilizada, enquanto parte constituinte do *kulturstadt* e da, supõe-se com moderado optimismo, “gramática das civilizações”²⁰¹ (F. Braudel).

Mas sempre com uma *convicção* inabalável, na certeza de que, antes de tudo, “A justiça penal tem, sobretudo, de se assumir... como justiça. Como valor. Como valor *que se cumpre* e não como axioma de intenções evanescentes”²⁰².

Os códigos, as leis e os decretos não são, numa sociedade que viveu décadas (se não séculos...) de *autoritarismo*, meras páginas do jornal oficial da República. Não são páginas neutras. Transportam, pelo contrário, a “vontade de poder” e são, ao mesmo tempo, a imagem viva da luta *dos homens* pela dignidade e Justiça; da grande “luta pelo Direito” de que falava R. Jhering, capaz de imaginar (i. é, propor *e impor*), pela mediação da *razão prática*, a “boa sociedade”. Aqui e agora.

Não se trata, portanto, quando se faz, hoje, a crítica de uma certa *ad-hocracia*, de simples “jogos de interpretação” ou de retórica jurídica *para inglês ver*.

Trata-se sim de traçar, no âmbito mesmo da “ciência penal global”, *uma fronteira decisiva*: a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre a liberdade e a opressão.

O jurista *não* pode, por isso, sob pena de perda total do seu estatuto social, descansar.

Não! Tem de *acordar e*, antes que seja tarde, *acordar os outros*.

Pois, “Se os valores fundamentais da organização política voltam, como nos anos vinte, a ser proscritos da teoria política, como ‘dogma’, ‘ideologia’ ou ‘mito’ e, portanto, como ‘anti-científicos’, já nada mais haverá a esperar”²⁰³.

²⁰¹ Referindo-se, contudo, à “não universalidade do direito”, ver Heinrich E. Hörster, *ob. cit.*, pp. 19-21.

²⁰² Cf. J. Faria Costa, *Direito Penal da Comunicação (Alguns Escritos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 142 (o itálico é nosso).

²⁰³ Cf. Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, cit., p. 162.

ADENDA

Lei n.º 88/VII/2011, de 14 de Fevereiro (extractos)

Artigo 62.º Competência depois da pronúncia

1. Nas comarcas onde exista apenas um juízo, havendo *pronúncia* proferida pelo respectivo juiz, é competente para proceder a julgamento do processo o juiz indicado no Mapa I anexo à presente lei e que desta faz parte integrante.

2. Nas comarcas onde existe mais do que um juízo criminal, ou mais do que um juiz no mesmo juízo, a competência para o julgamento, depois de proferido despacho de pronúncia ou equivalente, recai sobre outro juiz do mesmo juízo ou de outro juízo criminal do mesmo tribunal, de acordo com as regras de distribuição constantes do Mapa I anexo à presente lei e que desta faz parte integrante.

ANEXO MAPA I

(A que se refere o artigo 62º da Lei da Organização Competência e Funcionamento dos Tribunais - sobre juiz de pronúncia versus juiz de julgamento para comarcas com apenas um juizo crime ou de tribunais de competência indiferenciada)

JUIZ DE PRONÚNCIA		JUIZ DE JULGAMENTO
1 Praia		➤ Um dos Juízes Crime da Comarca da Praia, por distribuição
2 São Vicente		➤ Um dos Juízes Crime da Comarca de S. Vicente, por distribuição
3 Santa Catarina		➤ O Juiz Crime da Comarca do Tarrafal
4 São Filipe		➤ O Juiz da Comarca dos Mosteiros
5 Sal		➤ O Juiz da Comarca da Boavista
6 Santa Cruz		➤ O Juiz da Comarca de São Domingos
7 Tarrafal de Santiago		➤ O Juiz Crime da Comarca de Santa Catarina
8 Ribeira Grande		➤ O Juiz da Comarca do Patuá
9 São Nicolau		➤ O Juiz da Comarca do Sal
Porto Novo Mosteiros		➤ O Juiz Crime da Comarca da Ribeira Grande ➤ O Juiz Crime da Comarca de S. Filipe
Maio		➤ Juiz da Comarca de Santa Cruz
Brava		➤ O Juiz Crime da Comarca de São Filipe,
Paul São Domingos Boa Vista		➤ O Juiz da Comarca do Porto Novo ➤ O Juiz da Comarca de Santa Cruz. ➤ O Juiz Crime da Comarca de São Nicolau

Protecção Penal do Ambiente e o Caso Chinês¹

JIANG YI WA²

Resumo: Numa sociedade de risco como a nossa, a protecção do ambiente já assumiu indiscutivelmente uma posição de alta importância devido às consequências assustadoras causadas pelos desastres ambientais – como o preço a pagar pelo Homem, devido à sua atitude desrespeitadora com o meio ambiente. Num processo de desenvolvimento sustentável para qualquer sociedade de Estado de Direito, além de esperar que a consciência verde se cresça com educações ambientais, existem medidas jurídicas que se destinam aos combates contra os danos ambientais. Tendo em consideração das especificidades deste ramo de direito – Direito do Ambiente, utilizam-se principalmente instrumentos legais do sistema jurídico-administrativo, sendo igualmente aplicáveis exigências legais vindas doutros ramos de Direito, nomeadamente do Direito Civil e do Direito Penal.

O nosso artigo concentra-se na ligação inegável entre a exigência ambiental e respostas que o Direito Penal tem dado a esta exigência, concretizando-se na chamada responsabilidade penal-ambiental. Pretendemos fazer uma exposição sobre a necessidade de intervenção das medidas jurídico-penais nesta guerra verde contra as infracções danosas ao meio ambiente, justificando sempre com exemplos reais previstos em ordenamentos jurídicos de diferentes países. Dedicamos também uma parte importante do nosso artigo para analisar a realidade da protecção penal-ambiental na República Popular da China, desde as diversas fases da evolução de crimes ambientais, até aos progressos significantes em termos da legislação penal-ambiente devido à recente revisão feita ao Código Penal Chinês em 2011. Serão igualmente lançados vários pontos de apreciação crítica – tanto

¹ Entregue: 4.1.2013. Aceite: 4.2.2013.

² A Autora é Mestre e Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo feito o seu curso de Licenciatura em Direito na mesma Escola. Actualmente é docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. O seu interesse de investigação concentra-se principalmente em áreas de Direito Público, como o Direito do Ambiente, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

os positivos como também os negativos – ao actual sistema jurídico-penal chinês da protecção do ambiente.

Palavras-chave: Protecção do Ambiente, Intervenção Penal na Protecção do Ambiente, Protecção Penal do Meio Ambiente no Sistema Jurídico-Penal Chinês

Abstract: In a society of risk as ours, environmental protection has gathered a position of high importance due to the frightful consequences caused by the environmental disasters – as the price to pay for the Man by having a disrespectful attitude with the environment. The sustainable development for any society of Rule of Law requires not only a growing green awareness supported by environmental education but also a legal framework to fight environmental crimes. Bearing in mind the set of special characteristics of this branch of law – Environmental Law, legal instruments of the legal-administrative system are mainly used, being equally applicable legal requirements from other law areas, namely the Civil Law and the Criminal Law.

Our article focuses on the undeniable connection between the environmental requirements and the answers that the Criminal Law has given in the face of the environmental requirements, achieving up on the called criminal-environmental responsibility. We intend to make a presentation on the need of legal-criminal measures in this “green fight” against the menaces to the environment, justifying always with real examples provided in the legal systems of different countries. Some attention is also spent in analyzing the status of the legal-criminal protection available in People’s Republic of China, from the various phases of the evolution of the environmental crimes to the significant progress in terms of criminal-environmental legislations because of the recent review for the Chinese Criminal Code in 2011. Finally, it will also be presented several points of critical appreciation – both positive as well as negative – to the current Chinese legal-criminal system of environmental protection.

Keywords: Environmental Protection, Intervention of the Criminal Law for Environmental Protection, Criminal Protection for Environment in the Chinese Legal System.

I – Exigência ambiental e Responsabilidade Penal-Ambiental

1. Contextualização do Problema

Nos dias de hoje, a palavra *ambiente* pode ser considerada uma das palavras mais frequentemente ouvidas quando se fala sobre os novos (e antigos) desafios para a sobrevivência e a continuidade da espécie humana. Estamos pois ante uma temática complexa onde se

levantam imensas questões e dificuldades, devido ao próprio contexto de emergência desse mesmo tema e, acima de tudo, devido ao contexto actual, não só político e social, mas também económico. Pois, do seu carácter evolutivo, a poluição ambiental e o desequilíbrio ecológico têm se tornado a maior preocupação e ameaça para a Humanidade³. Dito doutra forma, a relevância do tema *ambiente* na sociedade actual é notável, destacando-se apelos ao Homem para um desenvolvimento *verde* e lícito em todos os sectores da actividade humana, em combate contra os comportamentos ilícitos e danosos ao nosso ambiente, conduzidos quer pelo dolo, quer pela negligência do ser humano. O egoísmo do Homem provoca exigência e solicitações extravagantes do mesmo sobre o planeta⁴, no sentido de poder sempre abusar da tolerância da Natureza com a utilização desmesurada dos recursos naturais, sendo como único objectivo daquele o crescimento e lucro económico. Por outro lado, deve-se destacar a imperiosa necessidade de melhorar o desempenho de normas jurídicas de cada Estado para que efectivamente consigam evitar prejuízos irreparáveis no meio ambiente,

³ A título do exemplo, Peter H. Raven, presidente de Jardim Botânico de Missouri, Secretário reformado da Academia Nacional de Ciências of EUA, alertou, numa conferência internacional ocorrida em Tai Wan, a 4 de Abril de 2009, os seguintes: (...) as populações do mundo têm-se aumentado de 2,5 bilhões até 6,8 bilhões nos últimos 50 anos, de recursos naturais do nosso planeta, já foram explorados 1/4 de solos superficiais, 1/5 de terrenos cultiváveis e quase 1/3 de florestas. Com a expansão descontrolada do Homem, a qualidade do ar tem sido alterada substancialmente, o equilíbrio ecológico perdeu-se, estando muitos animais e plantas (por volta de 15000 espécies) a caminhar para a sua extinção. Foi uma conferência organizada pela Fundação Cultural de Lung Ying Tai, de Tai Wan, com o título de *Are We Saving Them or Ourselves? Global Action on The Rescue of Endangered Biodiversity*. De facto, após Revolução Industrial do Século XVII, exemplos de acidentes ambientais e realidade de riscos ambientais entraram no conhecimento do público duma forma assustadora, razão pela qual as pessoas, desde políticos até juristas, desde económicos até jornalistas, começaram a prestar atenção ao tema ambiente. Hoje em dia, a sensibilidade verde tem sido plantada cada vez mais, ainda duma forma lenta e não muito eficaz, no público em geral.

⁴ Os recursos naturais não são inesgotáveis, ao contrário do que se pensava. Na revista de UNESCO, Courier, foi lançada um aviso de que, em 2025, quase 2/3 das populações mundiais ficariam ameaçadas de enfrentar a insuficiência de recursos hidráulicos ou, a falta destes mesmo, se não fossem aplicadas medidas eficazes para diminuir poluições ambientais. V. Courier, A Thirsty Planet, Fevereiro de 1999, UNESCO.

seja ao nível nacional ou internacional. Nas normas jurídicas dessas incluídas estão, claro, também as de direito penal.

2. Justificação da Intervenção Penal na Protecção do Ambiente

A protecção do ambiente por intermédio de normas penais que criminalizam condutas nefastas ao ambiente é hoje uma realidade⁵. No terreno de direito penal, a par da tendência geral de descriminação, não se pode deixar de olhar para um fenómeno notável, que é a neo-criminalização⁶, cuja origem se situa claramente nos novos comportamentos relacionados com a evolução técnica, económica ou social, que, nos tempos actuais, têm-se demonstrado perigosos e com consequências graves para o desenvolvimento sustentável, causando igualmente riscos consideráveis para o funcionamento normal da nossa sociedade⁷⁸.

⁵ No modelo francês, o relacionamento entre a tutela penal do ambiente e a tutela administrativa do ambiente se tornou possível na utilização da tutela penal como um reforço das políticas da Administração, servindo as medidas penais para assegurar o cumprimento das ordens e dos regulamentos. A única justificação da intervenção penal seria a protecção do valor da obediência. V. Maria Fernanda Palma, *Direito Penal do Ambiente – uma Primeira Abordagem*, in *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1994, pp. 432 e ss.

⁶ Sobre as condutas ofensivas ao meio ambiente, V. Fernanda Palma, *Novas Formas de Criminalidade: o Problema do Direito Penal do Ambiente*, Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora, Ministério da Justiça, 1995, pp. 203 e ss.

⁷ Segundo um estudo científico de 2004, feito pelos especialistas de criminologia americanos, Burns e Lynch, desde o início dos anos noventa do século passado até então, foram contabilizadas por volta de 200000 vítimas mortais por ano, de crimes de homicídio, ao passo que, o número de vítimas de crimes contra o meio ambiente onde as poluições ambientais traziam danos para a saúde humana, é cerca de 8 até 10 vezes daquele número, isto é, entre 160000 e 200000 vítimas por ano. Pois, os investigadores americanos de ciência natural chegaram a uma conclusão, com base de dados estatísticos, de que a poluição ambiental se tinha tornado um maior assassino invisível que, mais do que nunca, nos causa perigos sérios à saúde pública e seguramente a gravidade do problema permanecerá se não for tratado com rapidez e eficácia. V. Ronald G. Burns e Michael J. Lynch, *Environmental Crime: A Sourcebook*, NY: LFB Scholarly Publishing LLC, 2004, pp. 288 e ss.

⁸ Da expansão económica e o progresso tecnológico nasce o bem-estar material, mas também riscos imprevisíveis e sem limites de fronteiras. Numa sociedade de

Mas, antes disso, a dúvida levanta-se: porque é que a intervenção de direito penal? Pois, como vemos, a aplicação de medidas penais por danos causados ao ambiente, ou seja, a criminalização das condutas ofensivas ao ambiente sofre críticas severas⁹, tendo em consideração as tendências de descriminalização e despenalização do direito penal clássico, segundo as quais, as medidas penais só se podem utilizar nos casos em que todos os outros mecanismos da defesa de bens jurídicos tiverem falhados, ou seja, o direito penal só deve subir ao palco como a *ultimario*.

É de concordar que, no actual Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ter a mínima intervenção possível quando outros mecanismos da máquina estatal conseguem perfeitamente atingir os objectivos da boa governança dum Estado e proteger, assim, todos os bens jurídicos tutelados da protecção jurídica. Por outro lado, hoje em dia, num novo contexto de um Estado Ambiental de Direito, perante um bem jurídico – o ambiente – que possui uma garantia ao nível constitucional, é indiscutível a possibilidade dogmática da tutela penal do mesmo, posição assumida e apoiada por Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues, dizendo o seguinte:

“... constitui uma via aceitável e substancialmente correcta tanto do ponto de vista teleológico, como funcional, como dogmático de tutela dos bens jurídicos dignos e carecidos de tutela penal. E talvez ainda mais do que há 25 anos atrás. Ponto é que a jurisprudência e a doutrina

riscos como a nossa, é a própria globalização que nos causa riscos à sobrevivência da humanidade, pois é à custa dos recursos naturais que a globalização se realiza, razão pela qual a globalização contém em si duas posições paradoxais. V. Paulo Menezes, o Direito do Ambiente na Era de Risco: Perspectivas de Mudança sob a Óptica Emancipatória, Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, Porto, 2002, pp. 588 e ss. Também, Ney De Barros, Teoria do Direito e Ecologia: Apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI, Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, Coimbra Editora, 2002, pp. 554 e ss.

⁹ V. Paulo de Sousa Mendes, “Vale a pena o direito penal do ambiente?” in Revista Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. No mesmo sentido, Michael Faure, European Environmental Criminal Law: Do We Really Need It? in European Environmental Criminal Law Review, 2004, pp. 18 e ss; e Helena Du Rees, Can Criminal Law Protect The Environment? in Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, Vol.2, 2001, pp. 102 e ss.

administrativas e penais, por um lado, e a Administração pública, por outro, concentrem esforços em ordem a alcançar uma tutela coerente e eficaz”¹⁰.

Por isso, “não decorre necessariamente do movimento de descriminalização que marcou as últimas décadas (particularmente as de sessenta e setenta) que se deva vetar a intervenção penal para protecção do ambiente, sobretudo quando essa protecção está já assegurada, como vimos, ao nível constitucional”¹¹.

Por outro lado, a descriminalização não equivale, de maneira alguma, ao abandono ou mesmo à substituição de normas penais por outras medidas de natureza distinta, ainda que sejam socialmente adequadas. O sistema jurídico-penal visa exclusivamente a protecção de bens jurídicos onde a importância e a eficácia das medidas penais fazem com que o recurso ao direito penal seja mesmo inevitável e necessário¹².

Na área da protecção ambiental, o bem jurídico que está em causa é o *ambiente*. Trata-se aqui precisamente dum bem jurídico supra-individual, mas não meramente individual. Pois, o ambiente, como um bem digno de protecção ou tutela jurídica, é tutelado em si e por si mesmo. Não estamos perante um tipo de protecção de bens jurídicos como a vida, a saúde ou a propriedade das pessoas, mas sim uma protecção imediata dos valores ambientais.

Com base em razões da subsidiariedade e eficácia da doutrina penal, deduzimos que, para se concretizar a criminalização dum comportamento anti-ambiental, o legislador obriga-se a ter sempre na sua análise um ponto de interrogação: se naquele determinado momento e com aquelas condições concretas, os outros meios da máquina estatal não conseguem mesmo recorrer para que se obtenha o mesmo resultado?

¹⁰ Cfr. Jorge Figueiredo Dias, Sobre a Tutela Jurídico-Penal do Ambiente – um Quarto de Século Depois, in Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. V. I, pp. 392 e ss. E do mesmo Autor, Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente, in Revista de Direito e Economia, ano I, n.º 1, 1978, pp. 3 e ss.

¹¹ Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, A Propósito do Crime de Poluição (artigo 279.º do Código Penal)”, in Direito e Justiça, vol. 2, 1998, Lisboa, pp. 103 e ss.

¹² Sobre o meio ambiente como um bem jurídico que precisa duma protecção penal, V. Emerson Santos, A Justificação Penal do Ambiente: uma Abordagem sobre o Bem Jurídico Protegido, Lisboa, 2004, pp. 13 e ss.

3. Intervenção Penal na Protecção Ambiental: caminho e exemplos

a. Intervenção penal: modelos e sua evolução

A partir dos anos cinquenta do século transacto, alguns países pioneiros na protecção ambiental, como os casos dos EUA, dos países europeus, etc., começaram a aplicar normas jurídicas de carácter penal, implementadas quer nos códigos penais, quer nas leis penais, ou ainda como medidas penais acessórias em legislações doutra natureza que não fosse penal. Conjugado com o contexto internacional de então, onde o apelo à intervenção jurídica para um desenvolvimento sustentável foi efectivamente salientada em ocasiões diferentes, sendo uma das mais relevantes a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, donde saiu a famosa Declaração de Estocolmo, de 16 de Junho de 1972¹³.

Ao acordar perante desastres ambientais e em resposta ao desafio que representa a expansão económica associada à sustentabilidade ambiental, muitos Estados arrancaram com a criação de legislações internas para enfrentar o problema, utilizando, mais concretamente, medidas penais, ainda que sejam de formas mais variáveis. Verificamos que existem três estratégias legais distintas para garantir a protecção penal ao meio ambiente.

¹³ V. Carla Amado Gomes, Elementos de Apoio à Disciplina de Direito Internacional do Ambiente, AAFDL, Lisboa, 2008, pp.17 e ss. De facto, após esta Declaração e em aproveitamento das reflexões profundas que esta traz para a sociedade, em 1979, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas lançou o Projecto dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados (*Draft Articles on State Responsibility*). O documento classificou no seu artigo 19.º diversos actos como actos poluidores de ar ou de mar, dizendo que se tratam os mesmos de actos ilícitos susceptíveis a responsabilidade penal internacional. Mais tarde, em 1991, a mesma Comissão aprovou um projecto do Código de Crimes Contra Paz e Segurança da Humanidade (*Draft Code of Crimes Against The Peace and Security of Mankind*), encontrando-se na sua segunda parte a confirmação de que, quem poluir o meio ambiente, com dolo, e que causar danos graves àquele, é punido penalmente e susceptível às regras de extradição internacional. Sobre o primeiro documento: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l289.pdf, sobre o segundo documento: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l289.pdf.

Em primeiro lugar, é de instalar no Código Penal um sistema próprio de punição de crimes ambientais. O tipo legal de crime de poluição é construído com base na técnica da acessoriedade administrativa, ou seja, utiliza-se a remissão para normas ou decisões administrativas¹⁴. É o que o Código Penal Alemão faz no seu capítulo 29¹⁵, onde com base de vários artigos, classifica-se dois tipos de crime ambiental: crimes contra recursos naturais¹⁶ e crimes de poluição¹⁷. Este código dedicou um capítulo inteiro ao tema de crimes ambientais, destacando-se a importância que o mesmo sistema jurídico atribui à protecção do ambiente, o que não pode deixar de ser aplaudido. Ao nosso ver, prever regras penais para a protecção do ambiente no próprio código penal traz muitas vantagens como de, desde logo, elevar o nível da importância do meio ambiente para a humanidade e, por outro lado, oferecer uma legitimidade directa de protecção de natureza penal ao meio ambiente e os recursos naturais. Porém, uma vez que se trata dum código propriamente dito, normalmente precisa-se de bastante tempo para serem elaborados os artigos e sobretudo com estudos jurídico-preparatórios altamente exigidos, razão pela qual nem sempre é uma via mais célere para combater contra os crimes ambientais devido aos crimes com origem muito diversificado¹⁸ e, muitas vezes, variáveis conforme alterações e modificações de condições existentes numa certa

¹⁴ O que acaba por realçar o papel do direito administrativo na tutela do ambiente que este oferece. V. José Eduardo Figueiredo Dias, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos CEDUA, 2.ª edição, Almedina, 2007, pp 43 e ss.

¹⁵ V. Liu Ren Wen, *Protecção do Ambiente e Crimes contra Recursos Naturais*, Editora CITIC, 2003, pp. 256 e ss, também, Xu Jiu Sheng e Zhuang Jing Hua, *Código Penal Alemão*, versão chinesa, Editora Fang Zheng, 2004.

¹⁶ Como o crime de danificar zonas protegidas, previsto no artigo 329.º daquele código.

¹⁷ Exemplos disso são: crime de poluição do ar, do artigo 325.º, crime de poluição das águas, do artigo 324.º e crime de poluição dos solos, do artigo 324.º-A.

¹⁸ De facto, seguindo a angústia que Beck nos levantou, na nossa sociedade de risco verifica-se uma dimensão variável de incertezas que o próprio processo de globalização produz. Hoje em dia, quer nas causas de riscos, quer na sua projecção, trata-se de riscos difusos, que são portanto imprevisíveis e com a desconstrução da ciência exacta. V. Luís Batista, o Crime de Poluição Antes e Depois da Revisão do Código Penal de 2007, in *Temas de Direito do Ambiente*, Cadernos O Direito, n.º 6, 2011, Almedina, p. 170.

sociedade¹⁹ ²⁰. A par disso, outra preocupação que se poderá ter é a de danificar, com introdução de normas penal-ambientais complexas, a integridade e o equilíbrio dum código penal tradicional²¹.

Outra forma igualmente utilizada para aplicar sanções penais aos sujeitos causadores de danos ambientais é de estabelecer regras jurídico-penais acessórias. Isto é, sem fazer alterações ao Código Penal, acrescentam-se directamente artigos destinados a punir condutas que constituem ofensas ecológicas graves em regulamentos administrativos. Considera-se uma maneira indirecta de disponibilizar sanções adequadas perante actos violadores e responsáveis pelos danos ambientais. Indirecta porque muitas vezes a possibilidade de recorrer às medidas sancionatórias de natureza penal justifica-se nos diplomas administrativos cujo tema principal é, normalmente, sobre um componente específico do meio ambiente. A técnica de remissão é frequentemente utilizada neste caso para prever a possibilidade de intervenção de medidas penais, que se encontram normalmente no código penal de cada sistema jurídico, é o exemplo do artigo 43.º da Lei da Protecção

¹⁹ A realidade é sempre mais rica do que as imaginações dos juristas, portanto, perante novas realidades, especialmente quando se tratam de novos crimes contra o meio ambiente, é preciso reagir, no que se diz respeito à elaboração de medidas legais, com rapidez e maior eficácia. Neste sentido, parece que a exigência do tempo e de estudos cuidadosos imprescindíveis para qualquer revisão dos códigos penais não é assim tão compatível com a necessidade real de rápida reacção na área de justiça.

²⁰ No que toca aos efeitos efectivos na protecção ambiental, uma grande vantagem que a actuação da Administração tem é a função preventiva, ao contrário da intervenção penal, pois esta só se realiza quando já está consumada uma lesão ambiental. Por outro lado, nota-se uma proximidade dos agentes administrativos aos possíveis poluidores, tendo aqueles uma facilidade maior em emitir comandos normativos e estar sempre ao par as renovações tecnológicas. Por isso mesmo, o direito administrativo é o campo por excelência do móbil e do alterável, enquanto que o direito penal deve ser, tanto quanto possível, o domínio do que permanece e tem tendência para se imodificável. Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, *Direito Penal do Ambiente – uma Aproximação ao Novo Direito Português, o Crime de Poluição, in Ambiente e Consumo*, II Vol. 1996, pp. 417 e ss.

²¹ V. Sheng I Hung, Tien Ho Lai, Wen Wei Chen e Fu Chen Liao, *Environmental Laws Defects Based on Environmental Criminal Law in Taiwan – the Water and Waste Disposal Pollution Cases seized by Environmental Protection Police*, in *Boletim da Escola de Polícias de Taiwan*, Vol 4, 2001, pp. 279 e ss.

do Ambiente da China²², segundo o qual, se um acto de violação desta lei provocar um acidente ambiental com gravidade, provocando danos e perdas patrimoniais, quer públicos, quer privados, e lesões ou mortes das pessoas, o sujeito directamente responsável por esse acidente deve ser investigado por responsabilidade criminal de acordo com as regras da lei penal.

Por outro lado e ainda no mesmo grupo, temos o exemplo da Lei de Controlo de Poluições das Águas²³ e a Lei de Tratamento de Resíduos²⁴, ambas de Taiwan, onde as medidas penais concretamente aparecem na disposição de punir crimes ambientais. Como podemos ver aqui, as medidas penais também são colocadas em diplomas administrativos, como a Lei da Protecção do Ambiente da China em cima referida. Porém, há que salientar um ponto importante que é aqui diferenciador,

²² Esta lei foi aprovada pela 11.^a secção do Comité Permanente da VII Assembleia Popular da República Popular da China, em 26 de Dezembro de 1989, promulgada pela ordem n.º 22 do Presidente em 26 de Dezembro de 1989. É esta lei actualmente vigente que orienta todos os trabalhos da protecção ambiental da China. Porém, vozes apeladoras de fazer uma revisão a mesma foram ouvidas, razão pela qual foi publicado um anteprojecto da revisão da Lei da Protecção do Ambiente da China em 31 de Agosto de 2012, a fim de recolher opiniões públicas sobre a revisão, sendo o prazo de apresentar opiniões dia 30 de Setembro de 2012. No anteprojecto, foi reforçada a medida penal no sentido de punir os responsáveis da administração da protecção ambiental se os mesmo, no exercício da sua função, falsificar ou mandar falsificar os dados de monitorização ambiental, não disponibilizar aos cidadãos, pessoas colectivas ou outras organizações as informações ambientais que os mesmos têm legitimidade de pedir, não actuar oportunamente perante qualquer denúncia de acidentes ambientais ou outras anomalias de instalações antipoluições, vinda dos cidadãos, pessoas colectivas ou outras organizações, ou cometer outros actos ilícitos proibidos pelas leis e regulamentos administrativos, devem ser investigados por responsabilidade criminal de acordo com as regras da lei penal.

²³ Lei aprovada a 11 de Julho de 1974, com a última revisão a 12 de Dezembro de 2007. Esta lei dedica vários artigos no seu capítulo 4 para prever sanções penais contra crimes anti-recursos hídricos, onde o artigo 36.^º diz que, o responsável dumha empresa que deposita águas residuais sem ter a devida licença para isso, é punido com pena de prisão até 3 anos, ou pena de multa equivalente.

²⁴ Lei aprovada a 26 de Julho de 1974, com a recente revisão a 28 de Novembro de 2012. Nesta lei as medidas penais estão previstas no capítulo 5, onde os artigos 45.^º e 46.^º estabelecem medidas penais – entre elas, pena de prisão até dez anos conforme a gravidade da poluição – para os responsáveis que causaram poluições em desobediência das regras jurídicas exigidas nos artigos anteriores do mesmo diploma.

pois, nestas duas leis de Tai Wan, a aplicação das medidas penais não se faz pela remissão, sendo as mesmas directa e concretamente previstas no espeço próprio destas leis. Ou seja, estas leis disponibilizam por si, sendo diplomas de natureza administrativa, regras de punição de natureza penal em combate aos ilícitos ambientais. A deficiência deste método é fácil de se capturar: possível de causar a repetição desnecessária ou até mesmo alguma discrepância entre as medidas penais previstas nas leis administrativas e as na lei penal.

Em terceiro lugar, outra forma possível de prever regras jurídicas a combater criminalmente os comportamentos ilícitos ao ambiente é através de legislações especiais. Um dos exemplos disso é a Lei Japonesa de Crimes contra a Saúde Público de 1970. Neste documento de natureza penal foram introduzidas várias regras a estabelecer ligações entre danos ambientais e aplicações de sanções diferentes, sendo punidos também comportamentos de perigo, susceptíveis para causar prejuízos futuros ao meio ambiente. Por outro lado, a responsabilidade penal das pessoas colectivas em relação aos danos causados ao ambiente também foi discutida no mesmo diploma²⁵.

b. Exemplos de intervenção penal

A Constituição da República Portuguesa de 1976 salientou, entre outros direitos fundamentais, quer em dimensão subjectiva quer em dimensão objectiva²⁶, no seu artigo 66.º, n.º 1., a relevância da protecção ambiental e a exigência da garantia dum meio ambiente sadio ao

²⁵ De facto, no sistema jurídico-ambiental português, temos ainda uma Lei-quadro das Contra-Ordenações Ambientais, aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto. É uma lei publicada 11 anos após a revisão do Código Penal de 1995. A par dos crimes ambientais previstos no Código Penal, este diploma estabelece o regime aplicável às contra-ordenações ambientais – todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para o que se comine uma coima. Ver também Jorge Miranda, *A Constituição e o Direito do Ambiente*, in *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional da Administração, Lisboa, 1994, pp. 353 e ss.

²⁶ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, 2012.

povo, atribuindo àquele um status de direito fundamental, com base do qual, mais tarde, se torna “legitimada a intervenção penal no âmbito do ambiente que, devidamente integrada pelas ideias de subsidiariedade e de eficácia, como *ultima ratio* assegurará a sua protecção”²⁷.

A necessidade da criminalização em matéria ambiental levou à revisão do Código Penal Português de 1995, contrariando a tendência de descriminalização, com a redução acentuada dos tipos penais previstos na parte especial do Código Penal Português, e, consequentemente, passando para uma tendência inevitável de neo-criminalização à protecção de novos bens jurídicos, que é, o ambiente.

Em conformidade com isso, o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março²⁸, ponto de partida da reforma da parte especial do Código Penal Português, criou tipos de danos contra a natureza e de poluição. Neste Código, no seu Título IV – Dos crimes contra a sociedade, Capítulo III – Dos crimes de perigo comum, os artigos 278.º (crime de danos contra a natureza) e 279.º (crime de poluição) abriram, para o ordenamento jurídico português, o caminho das primeiras incriminações autónomas em matéria da protecção ambiental. Há que acrescentar que, ainda no caso português, a Lei de Bases do Ambiente²⁹ consagra que, além dos crimes previstos e punidos no Código Penal, serão também consideradas crimes as infracções que a legislação complementar vier a qualificar como tal, de acordo com o disposto nesta lei³⁰.

²⁷ Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, “Direito Penal do Meio Ambiente – Uma Aproximação ao Novo Direito Português,” in Revista de Direito Ambiental, n.º 2, p. 13

²⁸ No preâmbulo deste decreto-lei, o próprio legislador declarou no seu ponto 7 que se trata duma neo criminalização pois é na consequência de novos bens jurídico-penais – natureza ou meio ambiente – ser postos em perigo ou na agressão é que se revelou necessária a protecção penal daqueles.

²⁹ Lei n.º 11/87, de 7 de Abril. Ainda que sejam passos tímidos devido também a algumas deficiências técnicas, esta lei foi importante na história do direito do ambiente português, dando mais um passo no caminho aberto de forma extremamente generosa pela Constituição Portuguesa. Após a sua publicação, continuam a existir alguns preceitos por regulamentar. V. José Eduardo Figueiredo Dias e Joana Maria Pereira Mendes, Legislação Ambiental (sistematizada e comentada), 5.ª edição, Coimbra Editora, 2006, pp.53 e ss.

³⁰ Porém, em quase todos os diplomas ambientais portugueses há previsões de contra-ordenações, puníveis com coimas e sanções acessórias, mas não de crimes. A sanção regra no ilícito ambiental é a contra-ordenação, punível com coimas – sanções

No ordenamento jurídico alemão³¹, a intervenção penal em matéria da protecção ambiental teve o seu início na década oitenta do século passado, nomeadamente com a *Lei da Prevenção de Crimes Ambientais*, de 28 de Março de 1980³². Antes desta data, havia um conjunto de legislações cujo objectivo era melhor proteger e preservar o meio ambiente através de mecanismos penais, exemplos disso são vários: *A Lei Federal da Prevenção de Crimes Ambientais*, *A Lei sobre Produtos Químicos e a Sua Circulação*, etc. Após disso, nos primeiros anos da década noventa do século xx, a reforma de direito penal ambiental iniciou-se precisamente com a 31.^a revisão do *Código Penal Alemão*. Mais tarde, no seu artigo 29.^º³³, vários tipos de crime ambiental, nomeadamente o crime de poluição da água, foram salientados.

No Japão, a Lei de Crime Ambiental estabelece no seu artigo 3.^º que as empresas e as fábricas são sujeitas à pena de prisão máxima de 2 anos, ou à multa máxima de 2.000.000 yan, se causarem poluições ambientais nas suas actividades profissionais, que prejudiquem a saúde pública e perturbem a segurança dos cidadãos. As medidas penais são agravadas se o resultado da poluição for a morte da vítima. Aqui, sendo a parte punida uma empresa ou uma fábrica, terá que ser responsável o representante legal da mesma segundo os dispostos legais do sistema jurídico japonês, aplicando-se o regime de dupla-responsabilidade do representante legal da entidade poluidora e a presunção da culpa do mesmo³⁴.

pecuniárias administrativas, e sanções acessórias administrativas, como por exemplo, suspensão e encerramento de actividades, proibição de participar em concursos, apreensão de utensílios usados na prática do ilícito, etc..

³¹ V. Ye Jun Rong, *Políticas Ambientais e Legislações Ambientais*, Editora Yue Dan, 1993, pp. 146 e ss. E também Zhang Ming Kai, *Linhos Gerais de Direito Penal Estrangeiro*, Editora Qing Hua, 1999, pp. 128 e ss.

³² Com a entrada de vigor desta Lei, foi acrescentada também uma parte, no Código Penal Alemão, onde se disponibilizou uma série de normas penais a combate de condutas ofensivas ao meio ambiente.

³³ Na versão que foi publicado a 13 de Novembro de 1998 e que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1999.

³⁴ V. Qu Yang, *Lei Penal Japonesa de Controlo de Poluição e Protecção do Ambiente*, in Boletim da Universidade de Estudos Jurídicos Hua Dong, vol. 3, 2005, pp. 96 e ss.

Em Hong Kong, uma região autónoma de administração da China, o regime de responsabilidade penal ambiental é coerente com o regime vigente no território continental chinês. Perante uma conduta ofensiva ao ambiente, seja pela negligência, seja pelo dolo, o poluidor ou a entidade poluidora é responsável criminalmente pelos danos causados. Dentro das várias leis que regulam esta matéria, salientamos o Regulamento da prevenção de poluições das águas, o Regulamento do controlo de ruídos e o Regulamento de Avaliação Ambiental³⁵.

Em Macau, o Código Penal³⁶ estabeleceu no seu artigo 268.º (Poluição) que, quem, contrariando prescrições ou limitações impostas por disposições legais ou regulamentares, poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades, poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações ou provocar ruído perturbador mediante utilização de equipamentos, instalações ou veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza, e criar deste modo perigo para a vida, perigo grave para a integridade física de outrem ou perigo para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos³⁷. Porém, se o respectivo perigo for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos³⁸.

Ao mesmo tempo, no ordenamento jurídico de Macau, disponibiliza-se ainda uma Lei de Bases da Protecção do Ambiente³⁹, onde, no seu artigo 23.º afirma-se a proibição de poluir no território de Macau⁴⁰,

³⁵ V. Lu Yong Hong, *Crime Ambiental no Plano Legislativo e Judicial – Estudo Comparativo entre o Regime na China Continental e em Hong Kong*, Editora Universidade Ren Min, 2001, p. 137.

³⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, e publicado no dia 14 de Novembro de 1995.

³⁷ N.º 1 do artigo 268.º do Código Penal de Macau.

³⁸ N.º 2 do artigo 268.º do Código Penal de Macau.

³⁹ Lei n.º 2/91/M.

⁴⁰ É proibido lançar, depositar ou, por qualquer outra forma, introduzir nas águas, no solo ou na atmosfera efluentes, resíduos radioactivos e outros produtos que contenham substâncias ou microrganismos, que possam alterar aqueles componentes ambientais e contribuam para a degradação do ambiente. E, haverá legislações especiais que vão definir os limites de tolerância admissível da presença de elementos poluentes na atmosfera, água, solo e seres vivos, bem como as proibições e condicionamentos necessários à defesa e melhoria da qualidade do ambiente.

e as condutas desrespeitadoras a este artigo são consideradas como crimes contra o ambiente⁴¹.

4. Direito penal normal e Direito penal ambiental: pontos de diferenciação

Tendencialmente, os pontos principais de diferenciação entre o direito penal normal e o direito penal ambiental são os seguintes:

Primeiro, o direito penal ambiental tem que contar, na maior parte das vezes, com o apoio técnico oferecendo evidência científica à avaliação do ponto de vista jurídico sobre uma determinada conduta ofensiva, susceptível de responsabilidade penal ambiental⁴².

A razão disso é fácil de entender, pois geralmente é através dos factos ou dados técnicos que conseguimos qualificar um acto como danoso ao meio ambiente. Um dos exemplos é o artigo 279.º do Código Penal Português⁴³, ao estipular que “*quem, em medida inadmissível: a) poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as qualidades; b) poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias.*” Como podemos ver, um dos requisitos para a constituição do crime penal é violação dos critérios técnicos através dos quais se diferenciam o ambiente poluído e o ambiente protegido. Neste sentido e no que respeita ao direito penal ambiental, não só ao nível legislativo,

⁴¹ É o que diz no artigo 34.º desta Lei: são considerados crimes contra o ambiente as infracções que a lei vier a qualificar como tal.

⁴² Como existem vários componentes do ambiente amplamente dito, surgirão problemas de poluição de vários sectores onde são requeridos conhecimentos científicos para entender a origem, a evolução dum determinado tipo de poluição ambiental e as suas influências nocivas. V. J.J. R. Fraústo da Silva, *A Poluição Ambiental – Questões de Ciência e Questões de Direito*, in *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional da Administração, Lisboa, 1994, pp. 83 e ss.

⁴³ V. Souto Moura, *O Crime de Poluição: a Propósito do Artigo 279.º do Projecto de Reforma do Código Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1994, pp. 14 e ss.

mas também ao nível judiciário, está sempre ao par a terminologia técnica da ciência ambiental⁴⁴.

Em segundo lugar, o direito penal ambiental caracteriza-se pela sua indeterminação científica/técnica. As experiências têm mostrado que muitas condutas ofensivas ao meio ambiente ou produtos poluidores ao ambiente só se identificam como tal depois de períodos consideravelmente longos. Ou seja, nem desde sempre o Homem percebe bem os efeitos negativos das suas intervenções no planeta, não só por causa de limitações de conhecimento científico, mas também pelo aparecimento tardio de alguns daqueles efeitos negativos⁴⁵.

Por exemplo, há muitos anos atrás, o produto químico DDT⁴⁶ era considerado como um pesticida moderno e eficaz, tendo sido utilizado largamente, após a II Guerra Mundial, para o combate contra os mosquitos causadores da malária e do tifo. No entanto, este é facilmente transportado pelo ar e pela chuva, o acúmulo do DDT torna a água dos rios tóxicos e causa prejuízos ao sistema ecológico que das florestas, transformando assim a primavera em *silentspring*, e ainda, a sua acumulação na cadeia alimentar traz sérias ameaças à vida do Homem, pois se os animais ficam contaminados pelo DDT, o Homem, como consumidor final desta cadeia alimentar, também fica contaminado. Por isso, a utilização do DDT ao longo prazo tornou-se questionável tendo em consideração as suas graves consequências causadas ao ser humano, razão pela qual a utilização do DDT foi proibida, especialmente depois da década setenta do século passado, em maior parte dos países.

Como podemos ver nesse caso concreto, a ciência jurídica só interveio posteriormente porque não era possível perceber os efeitos negativos daquele produto químico causados ao ambiente e ao Homem logo no início da sua utilização. Com desconhecimento ou mesmo indeterminação científica, o mecanismo jurídico-penal da protecção ambiental

⁴⁴ V. Jiang Wei Yu e Chen Fang Lin, *Estudos sobre Direito Ambiental e As Suas Aplicações*, Editora de Universidade de Estudos Jurídicos da China, 2000, p.18.

⁴⁵ V. Jiang Lan, *Estudo sobre melhoramento da Legislação Penal-Ambiental*, in *Direito e Sociedade*, vol. 3, 2011, pp. 26 e ss. Também, Luo Jiang Feng, *De Crimes Ambientais na Perspectiva de Ética Ecológica*, in *Direito e Sociedade*, vol. 8, 2011, pp. 248 e ss.

⁴⁶ É a sigla de Dicloro-Difenil-Tricloroetano, ver <http://en.wikipedia.org/wiki/DDT>

tal, por si só, não pode nem consegue levantar questões relacionadas à utilização de certos produtos ou a certas actuações ao meio ambiente.

Com estes dois pontos de diferenciação, ao direito penal ambiental é atribuído também uma particularidade quando se fala na teoria da causalidade.

Por um lado, as condições naturais influenciadoras a um certo componente ambiental são complexas, razão pela qual as causas dos desastres ambientais são também complexas. Normalmente, a poluição ambiental instala-se através dos efeitos concretizados de agentes poluidores, o que é um processo de médio ou longo prazo. Neste processo, a origem da poluição pode não ser necessariamente a causa principal dela. Por exemplo, um produto químico dumha fábrica pode não causar poluição ao ar, mas se se juntar com os componentes doutro produto químico doutra fábrica da mesma zona, pode produzir efeitos químicos nocivos à atmosfera. Em casos deste género, é difícil dizer quem é que tem que responder penalmente pela poluição ambiental. Portanto, a teoria de causalidade tradicional não se apresenta adequada aqui. Por outro lado e na maior parte das vezes, os resultados das condutas poluidoras não se manifestam imediatamente após da sua realização. Ou seja, é sempre necessário um período de tempo para concluir ou confirmar a existência da poluição. Sendo assim, a teoria da causalidade penal directa e imediata entre a origem da poluição e a poluição como um resultado encontra dificuldades em ser aplicada devido a esse período de demora⁴⁷.

II. Responsabilidade penal ambiental na China

1. *Crimes ambientais na China: fases do seu desenvolvimento e a situação actual*

Como um dos países com maiores problemas de poluição ambiental à escala mundial, a China também foi um dos países onde mais

⁴⁷ V. Du Peng, *Estudo sobre crimes ambientais*, Editora Fang Zheng, 2000, pp. 67 e ss.

cedo se desapertaram as preocupações ambientais na área jurídica. O Código Penal Chinês foi pela primeira vez aprovado na segunda secção da V Assembleia Popular Nacional da República Popular da China (APNC), a 1 de Julho de 1979 e, alterado na quinta secção da VII APNC da República Popular da China, a 14 de Março de 1997. Depois disso e até a data, o Código Penal Chinês sofreu oito revisões que foram propostas, sucessivamente, em 25 de Dezembro de 1999, 31 de Agosto de 2001, 29 de Dezembro de 2001, 28 de Dezembro de 2002, 28 de Fevereiro de 2005, 29 de Junho de 2006, 28 de Fevereiro de 2009, 25 de Fevereiro de 2011, sendo esta última decisiva e onde foram introduzidas, nomeadamente no seu Título II, Capítulo VI, Secção VI, entre os artigos 338.º e 346.º, alterações de carácter penal-ambiental cujos motivos se evidenciam no sentido de oferecer uma protecção de *ultima ratio* aos bens jurídicos ambientais.

Desde o primeiro Código Penal Chinês, de 1979, publicado após a fundação da República Popular da China em Outubro de 1949, até o Código Penal Chinês actual, com a vigência da oitava revisão feita em 2011, a protecção penal-ambiental chinesa evoluiu-se num caminho onde são acumulados trabalhos e lições de mais de 30 anos, podendo a evolução dos mesmos ser divididos em várias fases.

Na primeira fase, os passos dados para proteger o meio ambiente através dos mecanismos de sistema jurídico-penal foram ainda bastante tímidos. No final dos anos setenta do século passado, já se sentia com uma consciência verde desperta na China e portanto com boas vontades para melhor proteger o meio ambiente. Porém, a falta da experiência impedia que houvesse técnicas jurídicas mais avançadas para a mesma área. No início desta fase, a economia chinesa atravessava um período de recuperação custosa depois das desastrosas políticas da revolução cultural. Por isso, os crimes ambientais não se destacavam, sendo utilizados mecanismos de vários ramos de direito – de direito civil, direito administrativo e de direito penal – para atingir o fim de proteger o ambiente.

De facto, o primeiro código penal chinês da República Popular da China saiu nesta fase, sendo a entrada do vigor dele dia 1 de Julho de 1979. Trata-se do primeiro código penal da nova China e, ao mesmo tempo, o resultado ainda muito imaturo onde a preocupação ambiental

tal e o valor jurídico do próprio ambiente eram apenas uma parte de importância menor para os legisladores penais de então. Porém, encontram-se vários pontos de garantia da protecção ambiental, mas ainda não propriamente definidos como crimes contra ambiente, ou crimes de poluição⁴⁸.

À data, o direito administrativo chinês era claramente prioritário na aplicação de medidas sancionatórias contra condutas inimigas do ambiente, não só porque a maioria dos critérios/limites standard da qualidade ambiental e da emissão de poluentes era definida conforme disposições previstas em regulamentos administrativos, mas também porque ainda não existia um código penal onde se enquadrasssem sanções de natureza criminal a impor aos actos desrespeitadores do ambiente e que tratava o ambiente como um verdadeiro bem jurídico merecedor da protecção penal.

Na segunda fase evoluiu-se para o aparecimento de leis penais avulsas e a técnica de acessoria de administração⁴⁹. Ao acompanhar os movimentos ambientais de nível internacional, com ajuda dos conhecimentos científicos, sociais e sobretudo jurídicos criaram-se oportunidades importantes para o desenvolvimento e enriquecimento do sistema.

⁴⁸ Neste código penal chinês de 1979, quem, por actos perigosos, deteriorar florestas, rios ou outros recursos hidráulicos, é punido com crime de perigo à segurança pública (105.º) e quem, por desobediência às regras de conduta profissional no processo de produzir, armazenar e transportar mercadorias/produtos perigosos, causar acidentes graves, susceptíveis de danos ambientais, é punido criminalmente (115.º). Como podemos ver, aqui os crimes não são originalmente pensados para proteger o bem jurídico que é o ambiente. Os artigos são inseridos num capítulo onde se falam de crimes contra segurança pública. Ou melhor, a intenção directa é proteger a segurança pública, evitando acidentes graves aquando se evitam naturalmente danos causados a um componente específico ou vários do meio ambiente. E também, noutro grupo de crimes contra a ordem económica socialista, os recursos naturais, vistos principalmente como factores decisivos para o desenvolvimento económico do país, são protegidos pelos artigos 128.º (crime de desflorestação), 129.º (crime de pesca ilegal) e 130.º (crime de caça ilegal). E por fim, temos ainda o artigo 187.º do código penal chinês de 1979 a prever a responsabilidade penal para os funcionários responsáveis pelos acidentes ambientais.

⁴⁹ Sobre a intervenção administrativa e a intervenção penal na protecção ambiental, V. Vasco Pereira da Silva, Breve Nota sobre o Direito Sancionatório do Ambiente, in Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, Coimbra Editora, 2009, pp. 276 e ss.

A especificidade do meio ambiente como um verdadeiro bem jurídico ganhou clareza, isto é, o meio ambiente deixou de ser visto como um acessório ou um instrumento para a economia e segurança pública. Com o objectivo de actualizar o sistema jurídico-penal da protecção ambiental e uma vez que naquela altura ainda não estavam reunidas todas as condições para fazer uma revisão ao código penal chinês de então vigente, optaram por lançar várias leis avulsas de carácter penal a fim de sancionar crimes anti-ambientais. Em simultâneo, o método de direito penal subsidiário também ajudou a intensificar o nível de protecção ambiental⁵⁰.

Passando para a terceira fase, há que sublinhar que um dos pontos marcantes desta fase mais madura, percorrido no caminho evolucionário da protecção ambiental chinesa, é a entrada em vigor do novo Código Penal Chinês, após a revisão aprovada pela quinta secção do Comité Permanente da VIII Assembleia Popular da República Popular da China no dia 14 de Março de 1997. Este código penal, de 97, abriu um capítulo próprio – capítulo VI – para os crimes ambientais. Trata-se dum código penal revisto, com mais atenção acrescida ao tema do ambiente, no qual o âmbito de tipo legal de crimes ambientais foi bastante amplificado, contando com uma totalidade de 14 crimes ambientais de naturezas diferentes, sendo os mesmos divididos em três

⁵⁰ No dia 8 de Novembro de 1988, foi aprovado o documento de Disposições Suplementares da Punição de Crimes de Caça ilegal dos Animais Selvagens de Espécies Raras e em Via de Extinção, pela 4.^a secção do Comité Permanente da VII Assembleia Popular Nacional da República Popular da China, sendo o mesmo revogado pelo Código Penal Chinês, revistado em 1997. Este documento legal destina-se a proteger animais selvagens em via de extinção, fazendo isso fora do código penal de então vigente onde estão previstos crimes de pescas ilegais e crimes de caças ilegais. Obviamente, o objectivo aqui é reforçar a protecção legal aos animais selvagens em via de extinção. Por outro lado, em aproveitamento do direito penal subsidiário, foram lançadas leis singulares para alguns componentes importantes do ambiente, como por exemplo, Lei de Poluições atmosféricas, Lei de Resíduos Sólidos Perigosos, ambas de 1995, e Lei da Poluição das Águas, de 1996. Com base destas leis, a família de tipo legal de crimes ambientais ficou enriquecida com crime de poluição atmosférica, crime de armazenamento e tratamento ilegal de resíduos perigosos e crime de poluição das águas. É de concordar que estes novos crimes ajudaram combater contra as condutas poluidoras do ambiente, embora sempre com alguma insuficiência devido a cada vez maior diversificação de crimes ambientais.

grupos: crimes de poluição ambiental⁵¹, crimes contra animais protegidos⁵² e crimes de danos contra recursos ambientais⁵³.

Além disso, segundo a revisão de código penal chinês de 97, pela primeira vez as pessoas colectivas serão responsáveis em termos criminais por violarem as regras da protecção ambiental previstas no mesmo código⁵⁴, sem deixarem de responder também criminalmente as pessoas singulares – dirigentes ou funcionários que trabalham naquela pessoa colectiva e directamente responsáveis pelos danos ambientais causados. Esta dupla criminalização constitui-se como uma pedra angular do sistema jurídico-penal chinês de protecção ambiental que tem vindo a ganhar mais maturidade^{55 56}.

⁵¹ Por exemplo, crime de tratamento ilegal de resíduos sólidos importados (artigo 339.º/1) e crime de importação ilegal de resíduos sólidos (artigo 339.º/2)

⁵² Por exemplo, crime de compra, transporte e exportações ilegais de produtos de animais selvagens protegidos (artigo 341.º/1), crime de caça ilegal de animais selvagens protegidos (artigo 341.º/2).

⁵³ Por exemplo, crime de poluição contra recursos naturais (artigo 342.º), crime de mineração ilegal (artigo 343.º/1), crime de mineração destrutiva (artigo 343.º/2), crime de desflorestação ilegal (artigo 345.º/1) e crime de desflorestação abusiva (artigo 345.º/2).

⁵⁴ É o crime previsto no artigo 346.º do código penal chinês de 97: quando uma pessoa colectiva cometer crimes previstos nos artigos 338.º a 345.º, é punida com pena de multa, sendo também os dirigentes directamente responsáveis pela mesma pessoa colectiva e outros sujeitos directamente responsáveis punidos em conformidade com as disposições dos artigos desta secção.

⁵⁵ V. Gao Ming Xuan e Xu Hong, Relatório sobre os Trabalhos Legislativos de Direito Penal-Ambiental da China após a Abertura Económica, in Revista de Ciência Jurídica, Vol.8, 2009, pp. 24 e ss.

⁵⁶ Por outro lado, a nosso ver, esta medida introduzida pela revisão do código penal de 1997 é importante precisamente porque produz um efeito ameaçador para os dirigentes ou funcionários responsáveis para muitas empresas causadoras de danos ambientais. Pois, segundo as disposições penais antes dessa revisão, por exemplo, pelas infrações causados ao ambiente durante o processo industrial duma empresa, gerava-se o incumprimento do dever de protecção do ambiente da própria empresa que originaria apenas uma contra-ordenação punível com coima duma determinada montante, além de ter sido bastante criticado por serem sempre montante de valores bastante baixos. Com esta dupla responsabilização – não só para as próprias empresas, mas também para os directamente responsáveis pelas empresas e pelos danos causados ao meio ambiente – as pessoas ficarão simplesmente mais alertadas, pois, entre crimes respondidos somente pela empresa com uma coima de um milhão de Ren

Actualmente, o código penal vigente na China é o produto do VIII projecto de revisão do Código Penal Chinês, tendo este entrado em vigor no dia 1 de Maio de 2011. Com isso, foi reforçada a intensidade da protecção penal ao meio ambiente, abrindo-se uma página nova no combate contra infracções ambientais.

Intensidade dessa reside principalmente em algumas alterações aos artigos do antigo código penal chinês, nomeadamente ao artigo 338.º, dizendo na redacção actual que, *quem, em violação das normas do Estado, despejar, depositar ou tratar resíduos radioactivos, resíduos que contenham patógenos de doenças infecciosas, substâncias tóxicas ou outros resíduos nocivos, causando acidente de poluição ambiental que produze prejuízos consideravelmente pesados, é punido com pena de prisão até 3 anos ou de detenção criminal, podendo ser condenado com uma pena de multa em conjunto ou em separação; Se as consequências são especialmente graves, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 7 anos, acompanhado pela pena de multa.*

Na interpretação do actual artigo 338.º e em comparação com o da versão anterior⁵⁷, reparamos que o ponto mais importante que esta novíssima revisão nos traz é de o meio ambiente em si poder-se tornar um dos objectivos da protecção que o código penal chinês já formalmente admite, deixando de ser necessária a verificação de danos humanos ou danos patrimoniais no preenchimento de tipo legal de crime ambiental. Segundo o artigo 338.º da versão anterior, a incriminação só seria possível se os actos poluidores tivessem deixados consequências na pessoa, com morte ou ferimentos graves. Ora, como nos sabemos, normalmente demora-se bastante tempo para que os

Min Bi (moeda chinesa), e crimes respondidos também pelos indivíduos com 3 anos de pena de prisão, qual produz mais eficaz real, a resposta é óbvia.

⁵⁷ Dizia na versão do código penal chinês antes da VIII revisão, no seu artigo 338.º que, quem, em violação das normas do Estado, poluir solos ou águas ou o ar com despejo ou tratamento de resíduos radioactivos, de resíduos que contenham patógenos de doenças infecciosas, de substâncias tóxicas ou de outros resíduos perigosos, e causar acidentes ambientais graves com produção de prejuízos consideráveis aos bens públicos e privados, ou morte e ferimento nas pessoas, é punido com pena de prisão até 3 anos ou detenção criminal, acessoriamente ou de forma independente condenado com uma pena de multa; No caso de poluições com consequências excepcionalmente graves, é punido com pena de prisão de 3 a 7 anos, acompanhado pela pena de multa.

resultados danosos causados pela poluição ambiental se tornem visíveis ou detectáveis. Até lá, os responsáveis poderiam já ter desaparecidos, razão pela qual o próprio artigo perdia a eficaz do seu funcionamento. Na versão actual, desde que haja consequências graves para o meio ambiente e mesmo que seja antes de se verificarem resultados prejudiciais nas pessoas e no património público ou privado, o agente responsável é punido penalmente. Digamos que há aqui uma antecipação da intervenção do código penal, com ajuda da qual o combate contra os crimes ambientais ficará mais célere.

Além disso, ao eliminar a limitação do âmbito de crimes ambientais feitos ao solo, às águas ou ao ar⁵⁸ (na redacção anterior, tem que ser condutas que *poluir solos ou águas ou o ar...*), foi alargado o âmbito de crimes ambientais, isto é, os actos danosos a outros componentes do meio ambiente e até mesmo o próprio equilíbrio biológico, passam a ser punidos também com base do código penal chinês.

Ao mesmo tempo, a determinação de elementos poluidores também foi alterada. Na versão anterior, tinham que ser actos que descarrega, depósito ou tratamento de *resíduos radioactivos, resíduos que contenham patógenos de doenças infecciosas, substâncias tóxicas ou outros resíduos perigosos*, mas agora passam a ser actos que descarga, depósito ou tratamento de *resíduos radioactivos, resíduos que contenham patógenos de doenças infecciosas, substâncias tóxicas ou outros resíduos nocivos*. De resíduos perigosos até resíduos nocivos, verifica-se de igual forma que o âmbito de crimes ambientais está mais ampliado, pois, como um termo jurídico, os *resíduos perigosos* só são assim identificados após um processo de avaliação cujo critério é baseado em conhecimentos científicos⁵⁹. Naturalmente, é mais fácil identificar *resíduos nocivos*, pois são basicamente todos aqueles que causam prejuízos ambientais. Aliás, para concluir que uma deter-

⁵⁸ Tal como no sistema jurídico português, a tutela do ambiente aos componentes ecológicos naturais verifica-se no artigo 6.º da Lei de Bases do Ambiente, que são: ar, luz, água, solo vivo e subsolo, flora e fauna. Trata-se aqui uma concepção puramente antropocêntrica dos bens jurídicos.

⁵⁹ Na China, existe uma Lista de Inventário Nacional de Resíduos Perigosos, publicada em 2008, pelo Ministério do Ambiente e Comissão para Desenvolvimento e Reforma do Estado, http://www.gov.cn/flfg/2008-06/17/content_1019136.htm

minada substância é ou não algum resíduo nocivo, não basta olhar apenas para esta substância isoladamente, mas sim estudar resultados diferentes que ela causará em circunstâncias diferentes e com condições exteriores diferentes. Nem todas as substâncias são perigosas, tóxicas ou radioactivas, mas tornam-se certamente resíduos nocivos quando causam danos ambientais através de reacções químicas, o que torna este artigo n.º 338.º da redacção actual mais adequado para a protecção ambiental dos dias de hoje.

2. Apreciação crítica ao sistema jurídico-penal da protecção ambiental

2.1. Pontos positivos na legislação penal chinesa para a protecção ambiental

Tendo em conta o atraso da iniciativa associada aos trabalhos legislativos, no que se diz respeito às normas penais da protecção ambiental e sobretudo em consideração do contexto histórico-cultural-político da China, talvez seja mais justo afirmar que temos um sistema jurídico-penal que, ainda que com alguma insuficiência, lança uma protecção cada vez mais completa sobre o meio ambiente, isto é, não só para alguns componentes isolados do ambiente, mas também elementos inter-ligados entre si e que funcionam na totalidade.

Nos dias de hoje, é notável a atenção especial reservada à protecção ambiental. No Código Penal Chinês, há um capítulo inteiro cujo conteúdo se destina exclusivamente aos crimes contra o meio ambiente. De certa maneira, podemos dizer que este capítulo é fruto duma combinação ou complementação mútua entre várias disposições legais que regulam penalmente as condutas ofensivas contra o ambiente que, antes da revisão do Código Penal Chinês em 1997, eram reguladas por vários regulamentos pertencentes a vários regimes jurídicos, cuja natureza jurídica e categoria diferiam. Depois da revisão legislativa e com base do Código Penal Chinês de então, das leis criminais singulares e das regras de carácter penal que se previam em leis não penais (por exemplo, as leis, de carácter administrativo, económico ou civil), nasceu o

Código Penal Chinês de nova revisão que se fala essencialmente, no Capítulo VI, inserido no Título VI (De crimes contra a ordem pública e a administração pública) do Código Penal, das medidas penais contra crimes ambientais e, como tal, a criminalização na área de protecção ambiental adquiriu mais eficácia legal.

Em segundo lugar, existe uma classificação clara de crimes ambientais, elevando a protecção do ambiente ao nível penal. Tal como se define no art. 4.º da *Lei de Bases do ambiente portuguesa*, o ambiente é o conjunto *o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem*. São componentes naturais do ambiente, de acordo do art. 2.º da Lei da Protecção Ambiental Chinesa⁶⁰, *o ar, a luz, a água, o solo vivo e o subsolo, a flora, a fauna e os componentes ambientais humanos que definem o quadro específico de vida, onde se insere e que do qual depende a actividade do homem*, que é objecto de medidas disciplinadoras com vista à obtenção de uma melhoria de qualidade de vida. Em conformidade com esta definição e tendo em consideração as particularidades de cada componente do meio ambiente sobre o qual cada crime concretamente cometido, o Código Penal Chinês divide os crimes ambientais em duas categorias: crimes de poluição e crimes contra recursos naturais. Os crimes contra recursos naturais entendem-se, mais concretamente, crime de pesca ilícita, crime de caça ilícita, crime de caça de animais selvagens de espécie rara ou em via de extinção, crime de negócios e de transporte de animais selvagens de espécie rara ou em via de extinção, crime de exploração mineral ilícita, crime de expropriação ilícita de terra de agricultura. Relativamente aos crimes de poluição, existem sobretudo três sub-categorias: crime de poluição com gravidade, crime de importação não-autorizada de resíduos e crime de tratamento ilícito de resíduos

⁶⁰ Lei aprovada pela 11.ª secção do sétimo Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China. Sobre a origem e a evolução desta lei, veja a nossa dissertação de mestrado na área de direito administrativo, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, *Introdução ao Direito do Ambiente: uma Perspectiva Chinesa*, 2009, pp. 57 e ss.

importados. A lei penal desempenha uma tarefa fundamental no sistema jurídico chinês para a protecção do ambiente.

Em terceiro lugar, a intensificação de medidas penais contra crimes ambientais tem sido realizada com uma consciência verde cada vez mais aceite no sistema jurídico-penal chinês. Notava-se um claro desequilíbrio entre o crime cometido e a medida penal aplicada no sistema penal chinês anterior do Código Penal Chinês de 1997. Entre várias razões, podia-se identificar a influência de critérios antigos de classificação de crimes ambientais ou o conhecimento insuficiente sobre a importância da protecção ambiental. Por exemplo, em 1979, existiam apenas três artigos na lei penal, onde previam medidas penais de privatização da liberdade máximos não superior a 3 anos⁶¹.

Do outro lado da moeda, encontramos também pontos negativos a apontar e em relação à realidade da protecção ambiental que as medidas penais disponibilizam. Vejamos os seguintes.

2.2. *Pontos negativos da legislação penal chinesa para a protecção ambiental*

No actual sistema jurídico-penal chinês, verifica-se ainda uma insuficiência da teoria tradicional de nexo de causalidade entre condutas danosas, culpa e responsabilidade penal. Nos casos de direito penal chinês, o agente só assume a responsabilidade penal se efectivamente teve culpa sendo uma responsabilidade subjectiva. Porém, tendo em conta as especialidades de crime ambiental – o que, muitas vezes, além de danos significativos que causam à sociedade – é difícil provar o nexo de causalidade entre a conduta e a consequência dessa mesma conduta e, ao mesmo tempo, se a culpa do agente não for provada de

⁶¹ O Código Penal Chinês de 1979 dizia: é aplicada a pena de prisão até 3 anos às actividades de exploração ilícita nas florestas. (artigo 128.º); é aplicada a pena de prisão até 2 anos às actividades de pesca ilícita (art.º 129.º) e às actividades de caça ilícita. (artigo 130.º). No entanto, depois da revisão de 2011, as penas de prisão previstas no novo Código Penal Chinês para os três tipos de crime em cima referidos passaram a ser, respectivamente, até 7 anos e 3 anos. E se for com factores agravantes, a pena de prisão máxima pode ir até de 10 anos.

forma imediata e directa, é também difícil de responsabilizar o agente pelo mesmo crime que cometeu. Por isso, na área de crimes ambientais, o sistema jurídico-penal chinês deve procurar a ajuda de métodos científicos ou profissionais doutras áreas da ciência natural, dando um valor jurídico aos dados científicos. Exemplo disso é o sistema de avaliação de impacto ambiental, onde se chegam as conclusões com base de análises científicas.

Além disso, nota-se a ausência do crime de perigo contra o ambiente no sistema jurídico-penal chinês. Os crimes de poluição ou contra o desenvolvimento sustentável ambiental previstos no Código Penal Chinês são quase todos baseados no resultado da conduta ofensiva ao ambiente, isto é, na realidade, só quando se verificam consequências graves, tais como acidentes ou desastres ambientais, prejuízo financeiro consideravelmente alto, morte ou ferimento grave de pessoas, é que se abre um processo penal. Porém e como é óbvio, a punição penal contra crimes ambientais não pode ser limitado à procura do seu fundamento mas também tem que ajudar a prevenir os casos em que as condutas causam perigo sério ao ambiente. Ou seja, visto que o ambiente é um bem jurídico sensível com particularidades, o código penal tem de incluir o crime de perigo contra o ambiente para uma melhor protecção preventiva prestada ao mesmo.

No direito do ambiente, fala-se de perigo ambiental⁶² quando, mediante um determinado tipo de actividades produtivas ou exploratórias, causadoras de poluição ao ambiente, existem índices suficientes ou mesmo previsões negativas para essa possibilidade de poluição. O princípio de prevenção está precisamente relacionado com a ideia de perigo⁶³.

⁶² Além de perigo, o risco é também um conceito que desapertou interesses de diversas áreas de ciência humana, desde a ciência sociológica, com *a sociedade de risco*, a famosa obra de Beck, até a ciência jurídica. V. Carla Amado Gomes, Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente, Coimbra Editora, 2007, pp. 205 e ss.

⁶³ Um dos princípios orientadores para o direito do ambiente, juntamente com outros princípios tais como o princípio de precaução, o princípio de integração, o princípio de poluidor-pagador e o princípio de correcção na fonte. V. Maria Alexandra de Sousa Aragão, Direito Comunitário do Ambiente, in Cadernos do CEDUOA, pp. 14 e ss.

Uma actividade que cria perigo pode não estar ainda causar nenhum resultado nefasto ao ambiente, mas o estado de perigo já foi seguramente causado ao ambiente. Este perigo aqui não é subjectivo, mas sim objectivo, sendo necessário preencher três requisitos para se falar de crime de perigo ambiental: : perigo objectivo, perigo causado ao ambiente, perigo de alto nível. Por outro lado, o crime de perigo ambiental tanto pode ser cometido pela acção, como também pela omissão.

No sistema jurídico chinês, ainda não se fala do crime de perigo na categoria de crimes ambientais, o que, a nosso ver, é uma lacuna e um *perigo*. Por isso e com a orientação do princípio de prevenção do direito do ambiente, é uma tarefa urgente introduzir ao Código Penal Chinês o crime de perigo causado ao ambiente.

Por fim mas não por isso menos importante, há que enfrentar também a problemática de responsabilidade objectiva em termos da protecção penal do ambiente⁶⁴. A questão de responsabilidade pelo risco ou objectiva é normalmente levantada na área de direito civil, caracterizando-se por não depender de culpa do agente. A obrigação de indemnizar nasce do risco próprio de certas actividades e integra-se nelas, independentemente do dolo ou culpa. Em alguns estados, é também aplicada a responsabilidade objectiva no processo administrativo.

Nos casos de direito penal, a responsabilidade objectiva obriga que, independentemente de dolo ou de culpa, o agente de condutas indevidamente praticadas deve responder pelos danos causados conforme a lei penal. Ou seja, decorrendo da simples causalidade material, a responsabilidade objectiva penalmente dita é atribuída a alguém pelo simples facto da causalidade física, sem indagar da existência de culpa. Exemplos disso são: a *Lei de Resíduos*, a *Lei de Protecção de Recursos Naturais e de Reciclagem*, dos EUA., e a *Lei da prevenção de Poluição de Água*, a *Lei da Protecção de Ar*, da Inglaterra⁶⁵. Nessas

⁶⁴ V. J. J. Gomes Canotilho, A Responsabilidade por Danos Ambientais – Aproximação Juspublicística, in Direito do Ambiente, Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1994, pp. 400 e ss.

⁶⁵ V. Zhang Ming Kai, Linhas Gerais de Direito Penal Estrangeiro, Editora Qing Hua, 1999, pp. 100 e ss. Também, Ke Ze Dong, Teoria e Prática do Direito Penal do Ambiente, in Revista Jurídica da Universidade Nacional de Tai Wan, 1989, pp119 e ss.

leis, qualquer conduta ou actividade, desde que seja ofensiva e danosa ao ambiente, e mesmo que o agente não o tenha praticado com intenção, é punido penalmente. Isto é, a conduta dessas constitui um crime, ficando o agente responsável em termos penais perante o resultado ou simplesmente perante o perigo.

A realidade é que a responsabilidade objectiva ao nível penal não é aplicada para qualquer ordenamento jurídico, tal como na China. Porém, estando numa sociedade onde a crise ambiental se salienta cada vez mais e cujo impacto causa-nos uma preocupação cada vez maior, somos de opinião de que é imperioso fazer funcionar a responsabilidade objectiva penalmente dita no sistema jurídico-ambiental chinês. Por um lado, a aplicação da responsabilidade objectiva no processo penal facilita o andamento processual, pois, se o critério principal (se não único) for simplesmente o resultado real das actividades menos correctas com o ambiente – que é, neste caso, a poluição ambiental assumida com consequências incalculavelmente graves, ficará relativamente mais fácil de avançar com o processo penal possibilitando não só poupar os recursos processuais, mas também evitar os danos maiores criados para o ambiente devido à demora processual. Por outro lado, a responsabilidade objectiva penal pelos danos ambientais pode ser um instrumento para melhor regular os comportamentos de agentes cujas actividades causam poluição ao ambiente, porque aqui o mecanismo de responsabilidade objectiva penal pode funcionar como uma ameaça ou sino de perigo para aqueles, ganhando um efeito preventivo de crimes ambientais.

As fontes do Direito em Timor-Leste¹

JORGE BACELAR GOUVEIA²

Resumo: O presente texto pretende fazer o ponto de situação da relevância das fontes do Direito segundo uma conceção pluralista, através da qual a lei não é mais a fonte exclusiva da Ordem Jurídica, mas ao mesmo tempo aplicando-a ao Direito Positivo de Timor-Leste.

Todavia, a Constituição deste novo Estado não deixa de estabelecer critérios singulares na fixação da relevância das fontes do Direito, como sucede com o específico reconhecimento do costume ou com a admissão expressa da possibilidade de o poder judicial ter um papel autónomo na uniformização do Direito, não obstante o desfasamento evidente que se assinala no campo da legislação ordinária, de que é exemplo evidente o próprio Código Civil.

Palavras-chave: fontes do Direito, atos normativos, lei, costume, jurisprudência, Ordem Jurídica

Abstract: This paper intends to assess the situation of the relevance of the sources of Law in East Timor according to a pluralist conception, through which the law is no longer the exclusive source of legal order, but at the same time applying it to the positive law.

However, the Constitution does not leave this new State to establish unique criteria in determining the relevance of the sources of law, as with the specific recognition of custom or express admission of the possibility of the judiciary have an autonomous role in the unification of law, not despite the apparent mismatch indicates that the field of ordinary legislation, which is evident example of the Civil Code itself.

Keywords: sources of law, normative acts, law, custom, law, Legal Order

¹ Recebido: 2.1.2013. Aceite: 22.1.2013.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (www.fd.unl.pt) e da Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado e Jurisconsulto. E-mail: jb@fd.unl.pt. Website: www.jorgebacelargouveia.com

§ 1.º

O PROBLEMA DAS FONTES DE DIREITO

1. O sentido geral das fontes de Direito

I. As *fontes de Direito*³, representando os mecanismos que originam as respetivas normas e princípios, são uma aplicação metafórica proposta de MARCO TÚLIO CÍCERO, mas que tem perdurado ao longo dos séculos.

Parece ser assim conveniente apresentar um esboço geral da localização das fontes do Direito no campo abrangente da Teoria Geral do Direito, onde têm um lugar central, nela se esclarecendo os termos por que hoje cada uma das suas modalidades assume a devida relevância na construção da Ordem Jurídica.

Depois de feito esse enquadramento geral, chegará o momento de apreciarmos a respetiva pertinência no Direito Constitucional, não se esquecendo, neste caso, as particularidades que se impõem a partir do fenómeno específico que é a Constituição.

³ Quanto às fontes do Direito em geral, nas respetivas conceções e categorias, v. ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 1978, pp. 67 e ss.; J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 153 e ss.; JOSÉ DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lisboa, 1986, pp. 81 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, 11.ª ed., Coimbra, 1999, pp. 61 e ss.; NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português – fontes de Direito*, 3.ª ed., Lisboa, 2000, pp. 445 e ss.; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 2001, pp. 181 e ss.; MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito, Teoria da Justiça e Modelos do Direito*, Lisboa, 2003, pp. 223 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 2008, pp. 121 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 563 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 255 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 2004, pp. 343 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 63 e ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, 2004, pp. 150 e ss.; JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*, Coimbra, 2008, pp. 90 e ss.

II. Simplesmente, antes de nos abalancarmos a esta tarefa, importa saber em que sentido estamos falando de fontes do Direito, para depois chegarmos às fontes do Direito Constitucional.

São múltiplos os sentidos possíveis de fontes do Direito, havendo duas já clássicas contraposições a este propósito⁴:

- *entre fontes materiais e fontes formais*: as fontes materiais manifestando a razão de ser das normas e as fontes formais dando conta do modo de revelação das normas; e
- *entre fontes imediatas e fontes mediatas*: as fontes imediatas sendo os esquemas de revelação do Direito, sem qualquer outra consideração, e as fontes mediatas contendo os esquemas de revelação do Direito apenas como capacidade de influenciar as opções que aquelas primeiras fontes determinaram.

Num certo sentido, em que a interinfluência dos comportamentos e dos pensamentos é grande, encontramos em quase toda a parte uma fonte do Direito.

Não se julga, porém, que essa aceção, pelo seu caráter difuso e excessivamente amplo, possa ser alguma vez útil na delimitação do nosso campo de análise e traçar a destrinça – esse é o ponto central – entre as opções normativas a que devemos obediência e todas as outras que apenas elevam no domínio do político, do social, do cultural ou do psicológico, mas que não têm a virtualidade de fazer nascer um dever-ser jurídico.

Com base nestes pressupostos, a nossa apreciação só seria aceitável se se circunscrevesse às *fontes formais de Direito*⁵, que são para nós as verdadeiras fontes jurídicas operativas e relevantes, *no respetivo sentido jurídico como modos de produção e de revelação de normas e princípios jurídicos*⁶.

⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 564 e 565.

⁵ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, p. 35.

⁶ Como tão bem explicita MIGUEL REALE (*Teoria Tridimensional...*, pp. 226 e 227), “Prefiro afirmar que uma norma, para que possa ser considerada *norma jurídica* e, como tal, dotada de *vis compulsiva*, precisa satisfazer um conjunto de requisitos

Tudo isto não quer dizer que as fontes materiais ou as fontes mediatas não tenham interesse para o Direito: mas relevam da Política Legislativa ou de marginais aspectos relacionados com as diversas tarefas de hermenêutica jurídica, como os fatores sociais e históricos, não ao nível mais profundo da criação do Direito⁷.

III. O sentido das fontes formais de Direito que se considera relevante não leva especificamente em consideração a ambivalência que nelas se regista entre a “formação” e a “revelação” das regras e dos princípios jurídicos, ambas as definições sendo válidas, se bem que com a ideia de que a “formação” se mostra mais afeiçoada ao Direito Público e a “revelação” está mais atenta ao Direito Privado.

Escusado será dizer que as fontes formais de Direito com que se trabalha dizem só respeito ao Direito Objetivo, a esfera do Direito que é geral e abstrato: elas não se relacionam com o outro hemisfério, o do Direito Subjetivo, composto por todas as situações jurídicas, que ligam as pessoas ao aproveitamento dos bens.

Cumpre ainda não esquecer que o conceito de fonte formal do Direito, diferentemente do que tem sido tradicional, é mais amplo por neles se incluírem os esquemas de produção e de revelação dos princípios jurídicos, e não unicamente das normas jurídicas, estas se entendidas em sentido restrito, por contraposição àqueles.

É verdade que os princípios gerais do Direito são muitas vezes referenciados como fonte autónoma do Direito, permitindo ir mesmo mais longe do que através das mais habituais fontes do Direito.

O certo é que os princípios gerais de Direito são eles próprios partes integrantes da Ordem Jurídica, não se julgando obviamente viável que algo seja o resultado e a origem do resultado de si mesmo.

É assim que os princípios gerais se colocam na sua devida importância sistemática, ao invés da doutrina antiga que lhes tem reser-

concernentes à sua elaboração, o que quer dizer que ela deve ser emanada pela *fonte do Direito* correspondente à sua natureza e finalidade”.

⁷ Como elucidativamente escreve ARTHUR KAUFMANN (*Filosofia...*, p. 150): “As fontes de Direito em sentido próprio são apenas as normas que sejam determinantes para a decisão jurídica em face de uma situação da vida, não o que (como, por exemplo, um livro de doutrina) serve para a descoberta e compreensão nas fontes de Direito.”

vado um apagado papel de ator secundário na Teoria das Fontes do Direito.

IV. A tipologia tradicional das fontes de Direito faz incluir no respetivo elenco, embora dando-lhes diferentes relevâncias, *a lei*, *o costume* e *a jurisprudência*. A *doutrina*, outrora importante fonte de Direito, deixou de o ser, para alguns podendo ser repescada – a nosso ver, mal – na fórmula equívoca de fonte material do Direito⁸.

A lei ocupa, de há bastante tempo a esta parte, sobretudo com a Idade Contemporânea, um lugar privilegiado, ao traduzir uma vontade ordenadora central de disciplina social, democraticamente legitimada e oficialmente proclamada. A lei é entendida, deste modo, como a formulação voluntária de um dever-ser jurídico, decretada por uma autoridade pública.

O costume, pelo contrário, reflete um comportamento espontâneo, aceleradamente em perda de terreno por referência à capacidade de especialização material oferecida pela lei, e nele se dá um íntimo entrelaçamento entre a dimensão ordenadora e o respetivo acatamento social. O costume é avaliado como um comportamento que, sendo praticado, adquire a essência de dever-ser jurídico.

A jurisprudência, nalguns casos, posiciona-se como fonte normativa porque, a partir da aplicação do Direito, podem emergir orientações normativas de caráter permanente, no futuro genericamente aplicáveis pelos diversos operadores jurídicos. A jurisprudência é diversa da lei, embora igualmente afirmada por uma autoridade pública, como são os tribunais, porque as respetivas formulações de um dever-ser jurídico estão condicionadas à aplicação do Direito pré-existente, só que ganhando a sua relevância no seu aperfeiçoamento, correção e preenchimento.

⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 355 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 566 e 567.

2. A obsoleta resposta tradicional: as fontes de Direito no Código Civil

I. Sendo este o entendimento geral acerca da relevância atual da tipologia das fontes do Direito, pergunta-se até que ponto ela leva em linha de conta as opções do Direito Timorense, posto que não seja de excluir que cada Ordenamento Jurídico tenha, nesta matéria, um entendimento específico.

De resto, é mesmo este o ponto crucial que permite destrinçar entre um sistema jurídico romano-germânico, de cunho europeu continental, e um sistema jurídico anglo-saxónico, que, sendo originário do Reino Unido, depois se propagaria para outras paragens⁹.

A resposta tem sido habitualmente dada com recurso ao Código Civil (CC), que contém um conjunto de disposições iniciais sobre a temática das fontes do Direito, afirmando-se o seguinte, em preceito com a precisa epígrafe “Fontes imediatas”¹⁰:

- “As leis são fontes imediatas do Direito”¹¹;
- “Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes”¹².

Por outro lado, igualmente se equaciona no mesmo capítulo do CC sobre as *Fontes do Direito* o valor jurídico dos usos, preceituando-se que “As normas e os usos costumeiros que não contrariem a Constituição e as leis são juridicamente atendíveis”¹³.

A análise deste enunciado permite observar que se adota a categoria das *fontes imediatas do Direito*, nessa qualidade o CC aludindo às “leis”, não se referindo a quaisquer outras fontes, nem mesmo às fontes mediatas, além da oblíqua alusão ao valor jurídico dos usos.

⁹ Em relação à importância das fontes do Direito para destrinçar entre os sistemas romano-germânicos e os sistemas anglo-saxónicos, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Coimbra, 1998, p. 22; MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional...*, p. 225; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 153 e ss.

¹⁰ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 567 e ss.

¹¹ Art. 1.º, n.º 1, do Código Civil de Timor-Leste (CC).

¹² Art. 1.º, n.º 2, do CC.

¹³ Art. 2.º do CC.

II. Esta é uma maneira totalmente errada de ver o problema porque são várias as dúvidas que se detetam no ponto de partida que o CC pretende fornecer neste domínio, as quais se sintetizam nesta lista¹⁴:

- *a desfocada conceção definitória das fontes do Direito em geral;*
- *a omissão de outras fontes normativas igualmente relevantes;*
- *a insuficiente identificação das fontes normativas previstas*¹⁵.

III. É na matéria da definição das fontes normativas pertinentes que se assinala o mais grave erro que se pode assacar ao CC nestes preceitos iniciais, já que assume a pretensão de levar a cabo a esquematização das fontes do Direito consideradas atendíveis no seio da globalidade do Ordenamento Jurídico, crítica que é tanto mais pesada quanto é certo o CC ter sido de aprovação recente na Ordem Jurídica Timorense.

Tudo estaria bem para esta perspetiva do CC se ao mesmo fosse reconhecida qualquer primazia definitória na estruturação do Ordenamento Jurídico. Só que não se pode esquecer que esta função sempre estará cometida à Constituição do Estado: é a ela que cumpre, de entre múltiplas outras tarefas, a definição das fontes normativas relevantes para a edificação da Ordem Jurídica.

Decerto que esse empenho não cabe a nenhum Código Civil, que além de não possuir a força jurídico-hierárquica que só um texto constitucional pode ter, oferece uma visão muito estreita, por se limitar ao Direito Civil como ramo jurídico, por mais geral e comum que seja entendido.

¹⁴ Cfr. as críticas em relação as preceitos semelhantes do Código Civil de Portugal de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil*, in THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano 1.º, n.º 1 de 2000, Lisboa, pp. 9 e ss., e *Manual de Introdução...*, I, pp. 367 e ss., de JORGE MIRANDA, *Em vez do Código Civil, uma lei sobre leis*, in AAVV, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, I, Coimbra, 2008, pp. 91 e ss., e de JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 568 e ss.

¹⁵ Problemas idênticos suscita a questão das fontes do Direito Internacional Público quando equacionada a partir do art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Cfr., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 125 e ss.

Qualquer Código Civil, por muito que isso custe aos civilistas, é sempre e tão-só um Código Civil, não se podendo dele esperar aquilo que ele nunca poderá dar, sob pena da subversão da estruturação do Direito no Estado Contemporâneo e em cujo nome se fez a revolução constitucional.

IV. O CC tem também a falha de fornecer um sentido deficiente acerca das fontes do Direito quando se “esquece” de mencionar algumas das que são absolutamente relevantes, deitando por terra o bom intuito de fazer, com o mínimo de felicidade, a certeira indicação dessas fontes.

A deficiência mais significativa de todas é a da omissão do costume da categorização como fonte imediata do Direito, dado que não integra a disposição do art. 1.º do CC. É tido por seguro que o costume é uma fonte de Direito na sua veste de fonte espontânea, não criada, que brota da convivência social, dotando-se normalmente de um alto grau de efetividade normativa.

É verdade que se pode dizer – e consideramos essa asserção rigorosamente verdadeira – que o costume não precisa de pedir licença à lei para se afirmar como tal ou, numa versão mais radical, que no momento em que fosse reconhecido pela lei, ele perderia a sua autonomia conceptual e deixaria de ser um genuíno costume.

Contudo, não se crê que este fosse um obstáculo insuperável, bastando elencar o costume no conjunto das fontes normativas admisíveis, o que não seria necessariamente reconhecido como a fonte da respetiva admissibilidade jurídico-positiva.

Outra anomalia de que padece o CC na enunciação das fontes de Direito atinge a jurisprudência, pois que são algumas as situações em que as decisões dos tribunais podem assumir essa natureza, ainda que perante delimitadas circunstâncias: os acórdãos com força obrigatória geral que a Constituição de Timor-Leste (CTL) admite que o Supremo Tribunal de Justiça possa produzir, na medida em que “O Supremo Tribunal de Justiça é o mais alto órgão da hierarquia dos tribunais judiciais e o garante da aplicação uniforme da lei, com jurisdição em todo o território nacional”¹⁶.

¹⁶ Art. 124.º, n.º 1, da Constituição de Timor-Leste (CTL).

V. Em relação à caracterização da fonte legal, o CC é muitíssimo pobre, não obstante o esforço de proceder à sua formulação, ao dizer que “Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes”¹⁷.

O conceito de lei é polissémico, sendo múltiplas as aceções por que pode ser desdoblado, da mais ampla de todas – equivalendo ao próprio Direito – à mais restrita – a lei do Parlamento Nacional.

Todavia, dela certamente fugirão algumas das mais amplas aceções, que assim não se mostram relevantes, para além da total desconsideração das fontes externas do Direito Timorense, que dele fazem parte integrante, como é o Direito Internacional Público.

3. A nova resposta constitucional: a Constituição como *norma normarum*

I. Quer isto tudo dizer que não é ao CC que se pode deferir o importante papel da esquematização das fontes de Direito na Ordem Jurídica Timorense: é que não pode sobreviver, nos preceitos iniciais que ficaram assinalados, às críticas que lhe devem ser dirigidas.

Aqui vale a primeira dimensão do Direito Constitucional – ou olhando mais especificamente para a Constituição – como coluna vertebral da Ordem Jurídica a quem compete definir as relevantes fontes do Direito de Timor-Leste¹⁸.

Se o Direito Constitucional assume as características de supremacia hierárquico-normativa e de centro material do sistema jurídico, é também nele que devemos procurar a resposta ao problema de saber quais são os tipos de fontes normativas efetivamente aplicáveis, reconhecendo-se à Constituição, na esteira da importância do pensamento de HANS KELSEN¹⁹, a capacidade de determinar o esquema das fontes do Direito na comunidade política que funda e ordena²⁰.

¹⁷ Art. 1.º, n.º 2, do CC.

¹⁸ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 571 e ss.

¹⁹ Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 6.ª ed., Coimbra, 1984, pp. 309 e ss.

²⁰ Ou como afirma MIGUEL REALE (*Teoria Tridimensional...*, p. 225), indiretamente ao realçar a lógica do sistema jurídico da *Civil Law*, “São a Constituição

II. Uma resposta adequada a esta matéria depende, pois, da análise do texto constitucional, no qual se deve perceber a relevância das fontes do Direito em geral, que lhe cabe definir, tarefa que não é certamente do Direito Civil.

Só observando a CTL, ela própria uma lei muito especial, é que ficamos a saber as várias fontes do Direito.

Todavia, surge a dificuldade inesperada de não ser possível deparar com uma disposição constitucional especificamente reservada ao tema, antes sendo apenas viável encontrar, dispersivamente, múltiplos preceitos que fazem referências pontuais à matéria das fontes do Direito.

Este foi um caso de excessiva desconstitucionalização pela remissão de múltiplos aspectos desse regime para a Lei da Publicação dos Atos (LPA).

III. Resumindo as diversas opções constitucionais no tocante às fontes do Direito em geral, cumpre apresentar as seguintes categorias, para depois as explicitarmos²¹:

- a *lei*, expressando-se em conceitos polissémicos, desde o mais amplo até se reduzir a diversos tipos específicos de atos jurídico-normativos, aqui se incluindo as diversas funções jurídico-públicas, com exclusão da jurisdicional, como é o caso dos atos constitucionais, legislativos, políticos e administrativos de teor normativo;
- o *costume*, uma vez que, sendo uma fonte do Direito Internacional Público, é como tal implicitamente recebida no âmbito da incorporação deste ramo do Direito, embora deva ser considerada no plano das fontes internas do Direito de Timor-Leste, sendo até beneficiado com uma alusão constitucional direta;

e as leis de cada país que predeterminam os requisitos caracterizadores das diversas fontes do Direito, que não podem ser configuradas em abstrato, mas sim em razão de específicas conjunturas históricas, como o demonstra a distinção fundamental entre a nomogénese jurídica que caracteriza e distingue o *Common Law* e a que é própria do *Civil Law*, isto é, do Direito de tradição romanística”.

²¹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 573 e ss.

- a *jurisprudência*, na medida em que o texto constitucional admite que o Supremo Tribunal de Justiça tenha poderes para a aplicação uniforme da lei, além dos casos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Em contrapartida, nenhuma alusão se opera em relação à doutrina como fonte do Direito²², pelo que fica esclarecida a sua irrelevância na respetiva produção²³, a despeito do seu papel auxiliar – ou mediato, como alguns autores preferem dizer – na dilucidação do Direito aplicável.

O mesmo se diga, nesta sede, dos *princípios jurídicos*, que são muito mais do que fontes do Direito: são eles próprios partes integrantes do Ordem Normativa e, como tal, assumem uma direta vinculatividade, não obstante poderem gerar, por seu turno, novas regras jurídicas²⁴.

Esse é ainda o resultado quando nos referimos à *equidade*²⁵ como hipotética fonte do Direito, já que nem sequer atinge o patamar mínimo

²² Doutrina que se deve entender como o ensinamento dos jurisconsultos e professores universitários de Direito, não tanto no seu sentido religioso ou no seu sentido político. Quanto a estas distinções, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, p. 164.

²³ Lembremos estas significativas palavras de HANS KELSEN (*Teoria Pura...*, p. 112): “A ciência jurídica tem por missão conhecer – por fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer – primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-la; e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estádio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente – não só no caso do legislador como também no do juiz – produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral – por parte do legislador – ou a fixação de uma norma jurídica individual – por parte do juiz”.

²⁴ Como tivemos ocasião de escrever noutro lugar (JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, p. 152), “Em rigor, deve-se frontalmente questionar a inserção dos princípios gerais de Direito no conceito de fonte formal do Direito Internacional: é que eles correspondem a Direito aplicável, não sendo propriamente um esquema por que se possa exprimir um dever-ser a aplicar depois, na convicção de que o aplicador resolve os casos que lhe sejam submetidos tanto por normas como por princípios jurídicos”.

²⁵ Sobre a equidade na Teoria Geral do Direito, v. ANGEL LATORRE, *Introdução...*, pp. 118 e ss.; MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 1989,

de fonte do Direito em geral, apenas surgindo como um critério casuístico de resolução de casos – a “justiça do caso concreto”, como é habitualmente designada – e não indo além de um mero critério formal de decisão.

IV. Esta apresentação do quadro geral de fontes do Direito de Timor-Leste, com base nas referências constitucionais²⁶, determina que se verifiquem várias contraposições:

- *entre fontes voluntárias e fontes espontâneas*: as fontes voluntárias são as fontes que derivam de um ato de vontade, produzido com uma intenção normativizadora, e as fontes espontâneas são as fontes que, regulando a vida social, surgem involuntariamente no âmbito dessa mesma convivência comunitária;
- *entre fontes superiores e fontes inferiores*: as fontes hierarquicamente superiores, que subordinam as outras, e as demais fontes que lhes devem obediência, dentro de uma lógica hierárquica imposta pelo Direito Constitucional e que é conatural à Ordem Jurídica;
- *entre fontes internas e fontes externas*: as fontes internas são produzidas dentro do âmbito da atividade estadual e as fontes externas são dimanadas de outras entidades ou alcançadas outros contextos, exteriores ao Estado Timorense e que este aceita como suas;
- *entre fontes estaduais e fontes não estaduais*: as fontes estaduais radicam no poder estadual, que se assume como autor das mesmas, e as fontes não estaduais têm outras autorias, assim não se conferindo ao Estado o monopólio das fontes do Direito.

pp. 95 e ss.; INOCÉNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução...*, I, pp. 149 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 125 e ss.; FERNANDO ARAÚJO, *Os sentidos de aequitas em Marco Túlio Cícero*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Coimbra, 2002, pp. 875 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 167 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 245 e ss., e pp. 261 e 262.

²⁶ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 575 e ss.

A caracterização geral que a tipologia de fontes propicia através deste quadro classificatório que o melhor perceciona só permite chegar à óbvia conclusão – que o Estado Social e o Estado Pós-Social têm confirmado – de que as fontes do Direito apenas se atingem na sua plenitude numa lógica de *pluralismo jurídico e social, muito longe* *nós estando do quadro centralizador e unitário do século XIX, com toda a exacerbação do papel da lei, bem acolitado pelo positivismo legalista então reinante.*

4. A novíssima resposta legal: o art. 2.º da Lei das Fontes de Direito

I. Pouco depois de a CTL ter entrado em vigor, o legislador parlamentar cuidou de esclarecer o alcance das fontes de Direito aplicáveis, na ausência de uma indicação constitucional clara sobre o assunto.

O resultado foi a apresentação de um quadro de fontes do Direito, nos seguintes termos:

Artigo 2.º Fontes do Direito

1. A lei é a única fonte imediata de Direito em Timor-Leste.
2. Leis são as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes.
3. São fontes de Direito na República Democrática de Timor-Leste:
 - a) A Constituição da República;
 - b) As leis emanadas do Parlamento Nacional e do Governo da República;
 - c) Supletivamente, os regulamentos e demais diplomas da UNTAET enquanto não forem revogados, assim como a legislação indonésia nos termos do artigo 1.º da presente lei.

II. Lamentavelmente, este preceito legal começa logo por misturar dois problemas distintos, que metodologicamente carecem de tratamento diferenciado: (i) *o problema da definição das fontes de Direito* e (ii) *o problema da sobrevigência do Direito anterior.*

Importa tratar, por agora, do primeiro problema, mais complexo e global, para mais tarde observarmos as dificuldades próprias do relacionamento do novo Direito de Timor-Leste com o Direito anterior.

III. A apreciação geral acerca das opções tomadas no tocante à definição das fontes do Direito é fortemente crítica dadas as suas várias incongruências, resultado que se agrava por este preceito legal ter representado mesmo um retrocesso em relação às opções mais antigas contidas no CC de Portugal – aliás, recentemente retomadas pelo novo CC de Timor-Leste – e em relação às quais havia a obrigação de um novo legislador não repetir.

As anomalias que este preceito gera são de variadíssima ordem, pelo que cumpre sequenciá-las e dar-lhes uma resposta individualizada, sem novamente esquecer a questão fundamental de, uma vez mais, se querer resolver a definição das fontes por lei ordinária e não ao nível constitucional:

- *as omissões na tipologia de fontes de Direito admitidas;*
- *as imperfeições na definição da fonte legal de Direito referida;*
- *a distorcida hierarquização das fontes de Direito consideradas.*

IV. O primeiro conjunto de considerações críticas apoia-se logo na asserção inicial do preceito legal em causa, que é surpreendente: “A lei é a única fonte imediata de Direito em Timor-Leste”²⁷.

Ora, o cotejo desta norma com as restantes normas do artigo em causa, simultaneamente convocando o próprio texto da CTL que nele é diretamente referido, acaba por desmentir aquela afirmação:

- em primeiro lugar, o art. 2.º da Lei das Fontes de Direito (LFD), noutras proposições normativas, é muito explícito na admissão de uma pluralidade de fontes, pelo que não se comprehende aquele tom categórico em relação à unicidade da lei, mesmo considerando um sentido amplo de lei, que naquele mesmo preceito não pode coenvolver a dicotomia leis constitucionais-leis ordinárias;

²⁷ Art. 2.º, n.º 1, da Lei das Fontes do Direito (LFD).

- em segundo lugar, de acordo com a alusão obrigatória à CTL, é este mesmo texto que, inovatoriamente no Direito Constitucional de Língua Portuguesa, deu relevância direta ao costume, que é absolutamente obnubilado neste enunciado solene de fontes de Direito, mas no qual ganha relevância direta por o mesmo incluir a própria CTL²⁸, que trata o costume explicitamente como fonte do Direito²⁹;
- em terceiro lugar, *nem sequer encontrarmos qualquer referência ao Direito Internacional convencional*, que da mesma forma surge como sendo constitucionalmente relevante e até com força superior à da lei;
- em quarto lugar, *pode haver fontes de Direito no plano legal que não provenham de ato legislativo, como sucede com alguns dos atos da função política, que não tendo forma de lei, podem ter conteúdo de lei*, sendo normativas e sendo, portanto, um Direito equivalente ao Direito Legal.

V. A segunda linha de critismo em relação ao art. 2.º da LFD em Timor-Leste visa especialmente o modo apressado como foi definida a fonte legal de Direito nele incluída.

Em relação à lei, à semelhança do que se passa hoje também com o CC, diz-se que “Leis são as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes”³⁰.

Dois são os erros que podem ser assinalados a esta formulação da “lei”:

- desde logo, pode haver leis que não tenham conteúdo normativo, e não serão leis por causa disso, ainda que se admita casos em que leis com esse conteúdo possam padecer de uma inconstitucionalidade, isto partindo de uma aceção de lei prevalecentemente orgânico-formal;

²⁸ Art. 2.º, n.º 4, da CTL.

²⁹ Merecendo fortes e justas críticas de JAIME VALLE, *O Casamento na Ordem Jurídica Timorense*, in AAVV, *I Congresso do Direito de Língua Portuguesa* (coord. de Jorge Bacelar Gouveia), Coimbra, 2010, p. 303.

³⁰ Art. 2.º, n.º 2, da LFD.

- mas olhando a uma dimensão marcadamente material-subjetiva, há um outro problema que é o da presente proposição não poder considerar como “lei” – no sentido intermédio que aqui tem – os regulamentos administrativos que não provenham do Estado, uma vez que a função administrativa se distribui pela amplitude da Administração Pública, que não é unicamente constituída pelo Estado-Administração, resultado absurdo porque nos regulamentos se encontram muitas e importantes disposições genéricas.

VI. A terceira perspetiva crítica do art. 2.º da LFD dirige-se especialmente ao seu tom hierárquico, já que facilmente se intui uma preocupação hierarquizadora com a apresentação de algumas fontes de Direito por diversas alíneas, discussão que seria interessante também ter com as fontes omitidas.

Se é verdadeiro o primado da CTL no seio da Ordem Jurídica Timorense, não é menos seguro que esse primado não apenas tem alguns limites não explicitados como a sua relação com as outras fontes mencionadas não se traduz numa posição de simples supremacia do Direito Legal novo sobre o Direito anterior vigente ao momento da restauração da independência.

No que respeita ao primado da CTL, é preciso lembrar que o primado da Constituição tem algumas exceções diretamente relacionadas com a afirmação dos direitos humanos, que ela própria, de resto, diretamente acolhe.

Em atenção às fontes produzidas no tempo anterior à restauração da independência de Timor-Leste, registe-se que não se trata da sua aplicação “supletiva”, ao contrário do que se escreve no início da al. c) do n.º 3 do art. 2.º da LFD.

A relação de supletividade situa-se no contexto da relação entre a norma geral e a norma especial, sendo aquela subsidiária desta em tudo que o que careça de regulação e em que esta não intervindo.

O sentido que aqui se pretende de supletividade é o de inferioridade do Direito anterior ao novo Direito de Timor-Leste, o que sendo correto, não se coloca nestes termos, porque ou esse antigo Direito é conforme aos novos padrões e aplica-se ou, não sendo, não se aplica por ter caducado com a vigência da nova ordem constitucional.

A razão para a sua aplicação, a título subsidiário ou principal, deriva da sua conformidade com a CTL e não com o facto de ter de ser conforme ao Direito globalmente emitido pela Ordem Jurídica de Timor-Leste independente.

§ 2.º

AS FONTES DE DIREITO JURÍDICO-PÚBLICAS

5. A amplitude da lei como fonte geral de Direito

I. Não obstante a verdade deste pluralismo, de longe que a fonte mais relevante do Direito é a lei, amplitude tanto maior quanto é certo ela acolher numerosos sentidos, dada a polissemia do respetivo conceito³¹.

A descrição da importância da lei pode ser vista sob a perspetiva de diversas características, que simultaneamente redundam em várias categorias de atos, na condição de os mesmos serem normativos:

- *os atos constitucionais;*
- *os atos legislativos;*
- *os atos políticos;*
- *os atos administrativos.*

O sentido de lei, nesta hipótese, não é amplíssimo, é apenas amplo, compreendendo as funções constitucional, legislativa, política e administrativa.

³¹ Acerca da lei como fonte do Direito em geral, v. J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, pp. 159 e 160; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 393 e ss., e pp. 486 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 283 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 576 e ss.

II. No plano das classificações possíveis, a lei como fonte de Direito, nesta sua aceção ampla, pode compreender todas as suas variedades, a saber:

- *fontes externas* – o Direito Internacional convencional e unilateral – e *fontes internas* – os atos jurídico-públicos dos poderes estadual e intraestadual;
- *fontes superiores* – a Constituição e os atos constitucionais – e *fontes inferiores* – todas as outras, também entre si ordenadas por relações específicas de hierarquia;
- *fontes estaduais* – a Constituição, os atos constitucionais, o Direito Internacional e o Direito Legal – e as *fontes não estaduais* – as fontes regulamentares de entidades administrativas menores.

III. De todo o modo, é absolutamente conveniente que agora se proceda à apresentação hierarquizada das diversas fontes de Direito voluntárias, após se ter feito a respetiva diferenciação com base tanto na função jurídico-pública, como nas modalidades de atos jurídico-públicos que cada uma delas está habilitada a segregar.

Tratando-se agora de enquadrar as fontes de Direito em Timor-Leste, apenas se levará em consideração, segundo as exigências desta Ordem Jurídica, os atos que possam ser efetivamente fontes normativas, sendo despiciendos os atos individuais e concretos, ainda que se saiba os sérios riscos da fluidez dessas fronteiras.

6. As fontes constitucionais: a Constituição e os atos constitucionais

I. O primeiro estalão da Ordem Jurídica é composto pelos *atos constitucionais*, os quais simbolizam manifestações voluntárias, de teor normativo, que integram a Ordem Constitucional³².

A principal fonte constitucional, como não podia deixar de ser, é a própria *Constituição*, que ao mesmo tempo funciona como fonte geral

³² Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, II, pp. 1223 e ss.

de Direito, não se cingindo ao âmbito específico do Direito Constitucional e irradiando para todos os outros lugares da Ordem Jurídica.

Este é bem um exemplo de como a Constituição, recordando a célebre frase de PELEGRINO ROSSI, pode em si conter as *têtes de chapitre* da Ordem Jurídica.

A doutrina mais recente não deixa de refletir este fenómeno de constitucionalização do Direito em geral, ao não apenas, em cada ramo jurídico, indicar as fontes constitucionais pertinentes, como sobretudo percebendo que o pensamento sistemático – por mais específico que seja em cada capítulo jurídico – jamais se pode alhear do influxo sistemático-valorativo que irradia da Ordem Constitucional para toda a Ordem Jurídica.

II. Também não é de descurar a relevância das *leis de revisão constitucional*, que modificam o texto constitucional, normalmente de cariz normativo, e que assim supervenientemente ficam a ser parte integrante, ainda que num plano secundário, da Ordem Constitucional.

O mesmo se diga, embora em termos mais limitados, dos atos de exceção, uma vez que, mesmo sendo de vigência breve, se repercutem fortemente na ordem constitucional ao ponto de nela provocarem a suspensão de direitos fundamentais.

III. A LPA tem a preocupação de referir estes atos constitucionais: “A Constituição da República, as leis constitucionais, bem como as propostas de revisão constitucional”³³.

Mas esta solução legal peca por excesso e por defeito:

- *por excesso*, porque equipara aos atos constitucionais as simples “propostas de revisão constitucional”, que não passam disso mesmo, propostas, as quais não têm qualquer garantia de ser aprovadas, podendo a sua publicação no jornal oficial com esta dignidade até se prestar ao equívoco de se pensar que são mesmo leis de revisão constitucional;

³³ Art. 5.º, n.º 2, al. a), da Lei da Publicação dos Atos (LPA).

- *por defeito*, porque são omitidos os atos de exceção, ainda que o problema possa ser minorado pela sua publicação na categoria dos “decretos presidenciais”, sendo certo que são da autoria do Chefe de Estado.

7. As fontes externas: o Direito Internacional

I. O segundo patamar a considerar no feixe das fontes de Direito é o das *fontes internacionais*, que podem ser genericamente designados por *Direito Internacional*.

De resto, a própria CTL dá conta da preocupação com o tema e até lhe dedica um preceito específico, no qual estabelece o seguinte:

Artigo 9.º
Receção do Direito Internacional

1. A ordem jurídica timorense adota os princípios de Direito Internacional geral ou comum.

2. As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica interna mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respetivos órgãos competentes e depois de publicadas no jornal oficial.

3. São inválidas todas as normas das leis contrárias às disposições das convenções, tratados e acordos internacionais recebidos na ordem jurídica interna timorense.

II. A referência global ao Direito Internacional não deve esconder a diversidade de fontes de Direito que por esta via se tornam parte integrante do Direito de Timor-Leste, em grande medida dinamizados por atos da função política³⁴:

³⁴ Sobre a relevância do Direito Internacional no Direito de Timor-Leste, v. FLOR-BELA PIRES, *Fontes do Direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste*, in AAVV, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, II, Coimbra, 2005, pp. 136 e ss.; JAIME VALLE, *A conclusão dos tratados internacionais na Constituição Timorense de 2002*, Lisboa, 2007 (www.fd.unl.pt); JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 396 e ss., e pp. 473 e ss.; AAVV, *Constituição Anotada República Democrática de Timor-Leste*, Braga, 2011, pp. 49 e ss.

- os costumes internacionais que se apliquem a Timor-Leste;
- as convenções, os tratados e os acordos internacionais; e
- os atos internacionais unilaterais.

Infelizmente, o contributo da LPA neste ponto reduz-se ao Direito Convencional, impondo a publicação no jornal oficial do seguinte: “Acordos, tratados e convenções internacionais”³⁵. Nem uma única palavra a respeito das duas outras fontes mencionadas.

III. Esta referência é ainda enfática do ponto de vista das relações de hierarquia que o Direito Internacional vai desenvolver com a Ordem Jurídica Timorense, expressamente se consagrando um princípio de prevalência hierárquica das normas internacionais em relação às normas legais.

De resto, o preceito constitucional não se limita a enunciar esse princípio: *logo estabelece uma sanção para o seu incumprimento, que é a invalidade da norma legal que contradiga a norma internacional*³⁶.

IV. Quanto ao Direito Internacional convencional em particular, cumpre dizer que ao conjunto de preceitos constitucionais – nem sempre absolutamente coerente – se junta uma lei ordinária, a Lei dos Tratados Internacionais (LTI), que teve o fito de esclarecer algumas das incertezas do texto da CTL.

A sua relativa complexidade justifica que se estude, autonomamente, alguns dos aspectos do Direito Internacional Convencional³⁷, podendo assim identificar-se os seguintes tópicos, acompanhando a lógica procedural inerente à conclusão de convenções internacionais em conformidade com o Direito Constitucional de Timor-Leste:

- a negociação e a assinatura;
- a vinculação do Estado; e
- a destrinça entre tratados e acordos internacionais.

³⁵ Art. 5.º, n.º 2, al. b), da LPA.

³⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 490.

³⁷ Embora sem perder a orientação de que estamos no âmbito de uma obra de Direito Constitucional, e não de Direito Internacional Público.

V. É ao Governo, na sua qualidade de órgão executivo e de condução da política geral do país, que compete sempre a preparação da celebração das convenções internacionais, quer antes da negociação propriamente dita começar, quer durante o percurso das negociações, quer mesmo a adoção do correspondente texto: “Compete ao Governo: (...) Preparar e negociar tratados e acordos...”³⁸.

Neste ponto, a LTI, além de frisar que “A negociação dos tratados internacionais cabe ao Governo”, acrescenta ainda: “O órgão a quem compete negociar é o Ministério dos Negócios Estrangeiros, sem prejuízo das competências que sejam especificamente conferidas a outros departamentos governamentais ou de mandatos conferidos pelo Conselho de Ministros a outros órgãos, em situações específicas”³⁹.

Contudo, o Presidente da República dispõe igualmente de um direito de intervenção nessa fase das negociações, juntamente com o Governo, sendo o Chefe de Estado a entidade que dirige essa mesma negociação nas convenções internacionais relacionadas com as áreas sensíveis da defesa e segurança: “Compete ao Presidente da República, no domínio das relações internacionais: (...) Conduzir, em concertação com o Governo, todo o processo negocial para a conclusão de acordos internacionais na área da defesa e segurança”⁴⁰.

Não são muito claras, neste caso, as linhas que delimitam a responsabilidade destes dois órgãos, num procedimento negocial em que os dois participam: mas a fraseologia constitucional, ao referir-se a “conduzir”, confere a prevalência na tática e na estratégia negocial ao Presidente da República, a quem deve competir sempre a palavra final.

VI. No tocante à intervenção decisória de natureza vinculativa, a leitura da CTL faz crer na existência de três possíveis instâncias com competência para produzir atos em relação a um articulado de convenção internacional já previamente acertado:

³⁸ Art. 115.º, n.º 1, al. f), primeira parte, da CTL.

³⁹ Art. 6.º, n.ºs 1 e 2, da Lei sobre os Tratados Internacionais (LTI).

⁴⁰ Art. 87.º, al. d), da CTL e cfr. também o art. 6.º, n.º 4, da LTI.

- o Parlamento Nacional: “Aprovar e denunciar acordos e ratificar tratados e convenções internacionais”⁴¹;
- o Presidente da República: “...mandar publicar as resoluções do Parlamento Nacional que aprovem acordos e ratifiquem tratados e convenções internacionais”⁴²;
- o Governo: “...celebrar, aprovar, aderir e denunciar acordos internacionais que não sejam da competência do Parlamento Nacional ou do Presidente da República”⁴³.

Esta é uma distinção depois confirmada pela LTI, que estabelece esta dicotomia, reservando ao Parlamento Nacional a ratificação dos tratados solenes, ao passo que o Governo intervém na aprovação dos acordos internacionais em forma simplificada, que não incidem sobre matéria da competência do Parlamento Nacional⁴⁴.

A verdade, porém, é que se regista um assinalável enfraquecimento da intervenção do Presidente da República no procedimento interno de conclusão de convenções internacionais, em comparação com a intervenção que é constitucionalmente reservada ao Parlamento Nacional e ao Governo: *a intervenção destes é constitutiva, ao aprovarem e ratificarem as referidas convenções, ao passo que a intervenção presidencial é meramente declarativa, apenas competindo ao Chefe de Estado uma simples ordem de publicação*, jogando-se o seu poder no mero plano da eficácia jurídica, e não no da existência e da validade jurídica, como manifestamente sucede com aquelas outras intervenções.

VII. Se a resposta jurídico-constitucional tem a sua singularidade no plano da conjugação da intervenção destes órgãos de soberania, pior se dirá da distinção que se venha a estabelecer, dentro das convenções internacionais, entre as diversas categorias que são utilizadas: “acordos”, “tratados” e “convenções” internacionais.

A questão é sobretudo espinhosa porque, de um lado, se admite que o Governo pode aprovar acordos internacionais na condição de

⁴¹ Art. 95.º, n.º 3, al. f), da CTL.

⁴² Art. 85.º, al. a), *in fine*, da CTL.

⁴³ Art. 115.º, n.º 1, al. f), *in fine*, da CTL.

⁴⁴ Cfr. o art. 9.º, n.ºs 1 e 2, da LTI.

não serem da competência do Parlamento Nacional e do Presidente da República, mas, por outro lado, nem o Chefe de Estado tem qualquer poder constitutivo para aprovar ou ratificar convenções internacionais, nem sequer o poder para aprovação e ratificação de acordos e tratados internacionais, por parte do Parlamento Nacional, se apresenta restrito às matérias reservadas à sua intervenção legislativa.

Na tentativa de resolver esta questão, a LTI veio adicionar que a competência do Parlamento Nacional, sendo total nos tratados soleados, só incluiria os acordos em forma simplificada desde que atinentes “...a matérias da sua competência exclusiva ou a questões básicas da política externa do país”⁴⁵, uma vez que nos restantes casos seria a vez de o Governo aprovar. Duvidamos que seja constitucionalmente correta essa opção legislativa, uma vez que reduz consideravelmente o âmbito da competência do Parlamento Nacional, sendo certo que o art. 97.º, n.º 3, al. f), da CTL não opera qualquer redução.

Não sendo difícil realizar a interpretação abrogante da parte final do art. 115.º, n.º 1, al. f), da CTL, porque manifestamente o Presidente da República não aprova ou ratifica convenções internacionais, o mesmo não se concluirá da compatibilização entre si das normas de competência do Governo e do Parlamento Nacional em matéria de intervenção constitutiva decisória no procedimento de conclusão das convenções internacionais.

Não se crê que possa haver conciliação alguma e a solução encontrada deve dar prevalência à competência plena parlamentar na aprovação dos acordos e na ratificação dos tratados, deste modo não sendo reconhecida ao Governo, ao contrário do que textualmente se afirma, qualquer competência para decidir a vinculação a acordos internacionais. A solução inversa violaria teleologicamente a CTL, ao inferiorizar o Parlamento Nacional perante o Governo, sendo certo que é este que responde politicamente perante aquele e não o contrário.

Perante esta uniformização regimental na conclusão das convenções internacionais, com a negociação do Governo, a aprovação e a ratificação dos acordos e tratados pelo Parlamento Nacional e a ordem de publicação dada pelo Presidente da República, a única diferença a

⁴⁵ Art. 9.º, n.º 2, *in fine*, da LTI.

assinalar nessas categorias de convenções internacionais é meramente formal, e não já orgânica, procedural ou material: o ato de consentimento do Estado de Timor-Leste em ficar vinculado é o ato de aprovação no caso dos acordos internacionais ou o ato de ratificação no caso dos tratados internacionais.

8. As fontes ordinárias: o Direito Legal e afim

I. O terceiro nível de fontes voluntárias de Direito inclui os *atos legislativos*, que se apresentam multifacetados, embora todos eles produto da função legislativa, monopolizada pelo Estado no caso de Timor-Leste⁴⁶, assunto que já se observa com mais pormenor tanto na estática como na dinâmica da lei⁴⁷.

Não obstante a maior importância das matérias em que se permite a intervenção legislativa do Parlamento Nacional, diferentemente das matérias em que o Governo pode intervir legislando também, o certo é que ambos os atos legislativos têm a mesma hierarquia:

- as leis do Parlamento Nacional;
- os decretos-leis do Governo.

Estas duas mesmas categorias de atos legislativos são devidamente reconhecidas pela LPA, que as refere para efeitos de publicação obrigatória: “As leis do Parlamento Nacional, incluindo as de autorização legislativa”⁴⁸ e “Os decretos-leis do Governo”⁴⁹.

II. Só que os atos legislativos estão longe de esgotarem a categoria do Direito ordinário no sentido do conjunto das fontes voluntárias de Direito que estão abaixo da Constituição e do Direito Internacional.

Num fenómeno que tem vindo a complexificar-se, os *atos políticos*, a despeito de normalmente não serem normativos e não ostentando

⁴⁶ Sobre as leis como fonte de Direito legal em Timor-Leste, v. FLORBELA PIRES, *Fontes...*, pp. 142 e ss.

⁴⁷ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, II, pp. 1225 e 1226.

⁴⁸ Art. 5.º, n.º 2, al. c), da LPA.

⁴⁹ Art. 5.º, n.º 2, al. d), da LPA.

a forma de lei, podem ser uma fonte de Direito, sendo de considerar os seguintes no plano interno (para além daqueles que interessam ao Direito Internacional):

- as resoluções parlamentares de cessação de vigência dos decretos-leis ou de autorização da declaração do estado de exceção;
- os decretos presidenciais de dissolução parlamentar ou de declaração do estado de exceção;
- as eleições políticas;
- as decisões dos referendos ao nível nacional, regional e local.

Daí que o Direito Legal deva ser acrescentado por um conjunto de fontes normativas que, não sendo legislativas por não possuírem a forma de lei, têm uma mesma eficácia legal-normativa, do mesmo modo se incorporando no patamar do Direito Legal.

Disso se dá conta, até certo ponto, a LPA, que estende o dever de publicitação dos atos jurídico-públicos a alguns atos políticos, ainda que nem todos sejam propriamente normativos, de que são exemplos:

- “Os decretos do Presidente da República”⁵⁰;
- “As resoluções do Parlamento Nacional, incluindo aquelas que aprovem ou rejeitem moções”⁵¹;
- “As resoluções do Governo”⁵²;
- “Os regimentos do Parlamento Nacional e do Conselho de Estado”⁵³;
- “Os resultados finais dos referendos”⁵⁴.

9. As fontes administrativas: o Direito Regulamentar

I. O quarto nível da Ordem Jurídica na sua explicitação em fonte normativa é constituído pelo Direito Regulamentar, que agrupa o con-

⁵⁰ Art. 5.º, n.º 2, al. g), da LPA.

⁵¹ Art. 5.º, n.º 2, al. h), da LPA.

⁵² Art. 5.º, n.º 2, al. i), da LPA.

⁵³ Art. 5.º, n.º 2, al. j), da LPA.

⁵⁴ Art. 5.º, n.º 2, al. m), da LPA.

*junto dos regulamentos administrativos da Administração Pública, sejam ou não produzidos pelo Estado*⁵⁵.

A função administrativa, traduzindo-se globalmente na produção de *atos administrativos (lato sensu)*, pode originar atos com natureza de fonte de Direito quando os mesmos revistam conteúdo geral e abstrato.

É o caso dos *regulamentos administrativos*, com toda a amplitude que oferecem, nas suas mais variadas modalidades.

II. Em termos de dever de publicação no jornal oficial, a LPA é até bastante prolixa na identificação de tipos de atos jurídico-públicos que podem incorporar regulamentos administrativos, ainda que o tivesse realizado padecendo do defeito de apenas considerar regulamentos estaduais:

- “Os decretos do Governo”⁵⁶;
- “Os diplomas ministeriais”⁵⁷.

III. Diferentemente, os outros atos de natureza administrativa – os atos administrativos e os contratos administrativos – não são deste prisma relevantes por não possuírem normatividade.

Do mesmo modo não se pode confundir com este Direito Regulamentar os regulamentos produzidos no tempo da UNTAET, uma vez que esses textos normativos se apresentavam, se bem que com nome diverso, como verdadeiros atos legislativos, e alguns mesmo como atos constitucionais, ainda que transitórios.

⁵⁵ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, II, pp. 1229 e 1230.

⁵⁶ Art. 5.º, n.º 2, al. e), da LPA.

⁵⁷ Art. 5.º, n.º 2, al. f), da LPA.

§ 3.º

OUTRAS FONTES DE DIREITO

10. A relevância independente e direta do costume como fonte geral de Direito

I. O *costume* como fonte do Direito representa a prevalência da espontaneidade social que assume uma dimensão de normatividade jurídica⁵⁸, pela conjunção de dois elementos indispensáveis:

- o *elemento material* (o *corpus*) – que integra uma prática reiterada, o que significa a repetição de condutas havendo ocasião de elas acontecerem;
- o *elemento psicológico* (o *animus*) – que implica a consciência de que aquela prática, não sendo rotineira ou burocrática, tem caráter obrigatório (*opinio iuris vel necessitatis*).

A produção destas orientações jurídicas surge de uma convivência social, a que depois fica associado um sentido de dever-ser, sentido de juridicidade que não tem de necessariamente espelhar o cumprimento de um dever, podendo ter outras normatividades, como as que decorrem das normas permissivas.

II. O costume como fonte geral do Direito possui a particularidade de se situar no conjunto das fontes espontâneas, que levam a cabo a

⁵⁸ Acerca da relevância do costume, de uma perspetiva mais geral do Direito, v. JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Lições de Introdução ao Direito*, Lisboa, 1962-62, pp. 377 e ss.; ANGEL LATORRE, *Introdução...*, pp. 80 e ss.; MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 10.ª ed., Coimbra, 1982, pp. 148 e ss.; J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, pp. 161 e 162; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Costume*, in *Pólis*, I, Lisboa, 1983, pp. 1348 e ss.; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Lisboa, 2010, pp. 109 e ss.; PAULO DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, 1990, pp. 149 e ss.; FRANÇOIS TERRÉ, *Introduction Générale au Droit*, Paris, 1991, pp. 180 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 373 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 264 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 579 e ss.

regulação social a partir dos próprios destinatários, num certo sentido de autorregulação jurídica.

Os costumes não são todos iguais e podem, por sua vez, classificarse sob diferentes perspetivas, de acordo com outros tantos critérios aplicáveis⁵⁹:

- o critério do âmbito de aplicação: costumes internacionais, costumes nacionais, costumes regionais e costumes locais;
- o critério do ramo de Direito a que respeitam: costumes civis, costumes comerciais, costumes administrativos, etc.

III. Por outra parte, é de não esquecer que a singularidade dos costumes implica o seu cuidadoso afastamento de realidades que lhe são afins⁶⁰:

- os usos: são práticas continuadas, mas que não dispõem de qualquer valor jurídico-normativo;
- as tradições: são comportamentos habituais, em correspondência às feições histórico-culturais das comunidades;
- as praxes: são comportamentos rotineiros, desprovidos de juridicidade, ainda que possam beneficiar a eficiência dos serviços da Administração Pública;
- as cortesias: são hábitos de boa e simpática convivência humana, com vinculatividade normativa, mas no âmbito da Ordem de Civilidade, não no foro da Ordem Jurídica.

IV. A grande questão que o costume coloca – ganhe ou não a alusão da lei – é a da sua aceitação como fonte autónoma do Direito.

Claro está que não se coloca a hipótese de o costume ter de ser aceite pela lei porque nesse caso ele perderia a sua especial força e valeria antes como fonte legal porque por aquela autorizado.

⁵⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 375 e 376; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, p. 580.

⁶⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 137 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, p. 580.

Classicamente, as relações entre o costume e a lei podem ser de três tipos:

- o costume *secundum legem* – neste caso, o costume coincide com a lei, nada lhe acrescentando, mas antes a confirmado na convivência social em que se consubstancia;
- o costume *praeter legem* – neste caso, o costume vai além da lei, apresentando normas em aspetos que não foram tocados pelas normas legais, num claro alargamento do campo da juridicidade; e
- o costume *contra legem* – neste caso, o costume está contra a lei, ao produzir normas que são antinómicas relativamente ao que se dispõe na lei.

Eis um debate que está longe de estar terminado, com tomadas de posição especificamente importantes no tocante a esta terceira categoria, já que as primeira e segunda não são muito significativas.

V. Os defensores da irrelevância do costume *contra legem* invocam o monopólio da lei como expressão da vontade geral e democrática da sociedade, ao que se adiciona a necessidade de segurança e certeza que é conatural à lei e que o costume não pode garantir, nem sequer estando escrito e, por isso, muito mais difficilmente conhecido⁶¹.

Os defensores da autónoma relevância do costume *contra legem* referem que o Direito, traduzindo a Ordem Social, não pode abafar os espaços de autonomia comunitária que o costume reflete, não se levantando obstáculos de monta em relação ao propósito de certeza e

⁶¹ Contra o qual já em Portugal a Lei da Boa Razão empreendera um vigoroso combate, exigindo que o costume vigorasse por mais de 100 anos, fosse conforme às leis e corresponesse à “boa razão”, sem ainda esquecer todo o novo ambiente racionalista e iluminista que protagonizou.

Cfr. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, Coimbra, 1975, pp. 279 e ss.; RUI MARCOS, *A legislação pombalina – alguns aspetos fundamentais*, Coimbra, 1990, pp. 163 e ss.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, 1989, pp. 356 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito..., pp. 267 e 268; PEDRO CARIDADE DE FREITAS, Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, Coimbra, 2005, pp. 58 e ss.

segurança porque não só há costumes bem conhecidos – e até escritos – como a sua importância se situa mais ao nível dos comportamentos sociais, que desse ponto de vista oferecem bem menos acuidade, pois que são socialmente muito mais sentidos.

É nesta segunda linha argumentativa que nos situamos, por quanto o costume não só se impõe por si – mesmo contra a maior das leis⁶² – como pensar o contrário seria abrir as portas à “ditadura da lei”, comprimindo a autonomia social das comunidades e das pessoas⁶³.

Com esta alusão, não escondemos a escassa relevância prática deste problema pela dificuldade de o costume se afirmar na sociedade técnica e de conhecimento em que estamos vivendo, estruturalmente avessa às regulações jurídicas ditadas através de fontes costumeiras.

VI. Esta é uma discussão até certo ponto inútil em Timor-Leste, dada a circunstância de aqui o próprio texto da CTL ter tomado posição no assunto, admitindo a relevância direta do costume como fonte do Direito: “O Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro”⁶⁴.

É extremamente significativo que se assuma uma posição frontal em matéria de Direito Consuetudinário, sendo certo que o desenvolvimento do Estado Constitucional, desde o Liberalismo, se foi fazendo segundo paradigmas positivistas legalistas, de repressão de qualquer informalidade normativa, espontaneamente criada pelas comunidades⁶⁵.

⁶² O que nem sequer acontece com a Constituição da República Portuguesa (CRP), para o Direito Internacional Público, uma vez que ela incorpora automaticamente o Direito Internacional geral ou comum, em grande medida de raiz costumeira, nos termos do respetivo art. 8.º, n.º 1. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 369 e ss.

⁶³ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução...*, I, pp. 388 e ss., aditando JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (O Direito..., p. 273) que “As bases em que assentamos a nossa visão da ordem jurídica levam-nos noutro sentido. A solução do problema do valor do costume depende, não do Direito legislado, mas das conceções que em definitivo aceitarmos sobre o fundamento da juridicidade”.

⁶⁴ Art. 2.º, n.º 4, da CTL.

⁶⁵ Sobre a relevância do costume como fonte de Direito em Timor-Leste, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição de Timor-Leste*, in *Estudos de Direito*

Quer isto dizer que foi a própria Constituição – o ícone fundamental da soberania estadual – a prescindir de uma lógica monopolista na definição das fontes de Direito, admitindo uma concorrência normativa que em boa parte não pode controlar ou influenciar.

VII. Contudo, esta aceitação constitucional do Direito Costumeiro não é ilimitada e, ao invés, submete-se a condições que parecem razoáveis, num contexto em que ao Direito estadual deve competir uma força diretiva essencial, sobretudo numa altura em que se trata de fundar uma organização coletiva, que dá os seus primeiros passos, depois de tantos anos de luta pela independência política.

Podem sempre restar dúvidas acerca da legitimidade da limitação do costume através da lei, tratando-se de fontes que exatamente se definem pelo seu antagonismo, e sendo certo que o costume para o ser não pode carecer de validação legal.

Só que daí não se segue a impossibilidade de a lei – neste caso, a lei constitucional – se pronunciar sobre a validade do costume, até porque o faz muito restritamente, não só apelando a um esquema de resolução de conflitos, não de ingerência direta, como unicamente vedando os costumes que mais grosseiramente ponham em perigo os valores fundamentais da comunidade, protegidos ao nível constitucional.

E os limites impostos às normas costumeiras são óbvios no tocante à Constituição na sua função valorativa e organizatória, embora os limites relacionados com a “...legislação que trate especialmente do direito costumeiro...” já suscitem menos consenso na sua legitimidade e na sua operatividade.

11. A limitação da jurisprudência como fonte geral de Direito

I. A *jurisprudência* traduz a atividade realizada pelos tribunais na aplicação do Direito, submetendo-se aos parâmetros pré-existentes e

Público de Língua Portuguesa, Coimbra, 2004, pp. 311 e 312, e *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 3.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 41 e 42; LAURA GRENFELL, *Legal Pluralism and the Rule of Law in Timor-Leste*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 322 e ss.; FLORBELA PIRES, *Fontes...*, pp. 140 e ss.; AAVV, *Constituição Anotada...*, pp. 22 e 23.

sendo seguro que não podem produzir decisões de *non liquet*, como bem recorda o CC: “O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”⁶⁶.

Na esmagadora maioria dos casos, da atividade diurna dos tribunais – a jurisprudência – não se infere qualquer normatividade: os litígios, cuja composição lhes está constitucionalmente atribuída, ostentam as evidências dos limites subjetivos e objetivos do caso julgado a uma dada situação concreta e histórica, em que são partes pessoas individualmente consideradas, nesse contexto se esgotando os efeitos das decisões jurisprudenciais.

II. Todavia, pode haver outros casos em que a jurisprudência surge equacionada no contexto de uma específica fonte de Direito, ao transcender os limites de cada caso concreto e individual e, assim, erigindo-se a orientação geral⁶⁷.

Só a este propósito faz sentido a alusão à jurisprudência como fonte do Direito. Nos demais casos, a jurisprudência é um modo público de aplicação do Direito, tal como isso sucede com a aplicação do Direito em geral pelos sujeitos jurídicos, que no seu dia a dia massivamente aplicam o Direito, nos mais variados campos da atividade humana.

III. O novo CC de Timor-Leste, diversamente do fazia o CC de Portugal que se aplicava, pelo menos, até ao fim da presença colonial portuguesa, deixou de admitir a jurisprudência como fonte de Direito, não consagrando o instituto dos assentos.

Com a entrada em vigor da CTL, a pergunta sobre a possibilidade de a jurisprudência ser fonte do Direito ganhou um novo impulso porque o texto constitucional conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça o poder para a aplicação uniforme da lei.

A própria LPA igualmente considera essa possibilidade, uma vez que integra certas decisões judiciais no dever geral de publicitação de

⁶⁶ Art. 7.º, n.º 1, do CC.

⁶⁷ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 582 e ss.

atos jurídico-públicos: “As decisões de uniformização de jurisprudência e aquelas a que a lei confira força obrigatória geral”⁶⁸.

IV. Ora, a observação das duas principais leis processuais timorense, aliás recentemente aprovadas, mostra a concretização deste poder normativo através dos “recursos de fixação de jurisprudência”, previstos tanto na legislação processual civil como na legislação processual penal:

- no Código de Processo Penal (CPP): “Quando, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de Direito, assentem em soluções opostas, o Ministério Público ou o arguido podem recorrer do acórdão proferido em último lugar para o pleno deste tribunal”⁶⁹, sendo definido que “O recurso para a fixação de jurisprudência vincula todos os tribunais de Timor-Leste, após publicação no *Jornal da República*”⁷⁰;
- no Código de Processo Civil (CPC): “Se, no domínio da mesma legislação, forem proferidas em processos diferentes no Supremo Tribunal de Justiça duas decisões que, relativamente à mesma questão fundamental de Direito, assentem sobre soluções opostas, pode ser interposto recurso extraordinário da decisão proferida em último lugar para fixação de jurisprudência uniforme”⁷¹, sendo definido que “A doutrina do acórdão que fixar jurisprudência uniforme constitui jurisprudência obrigatória para todos os tribunais timorense”⁷².

V. A este propósito, bem se justifica falar da jurisprudência como fonte do Direito, embora os resultados de uma conclusão afirmativa devam ser ponderados com a destrinça entre três categorias⁷³:

⁶⁸ Art. 5.º, n.º 2, al. k), da LPA.

⁶⁹ Art. 321.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (CPP).

⁷⁰ Art. 322.º, n.º 3, do CPP.

⁷¹ Art. 494.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC).

⁷² Art. 498.º, n.º 1, do CPC.

⁷³ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 459 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 587 e 588.

- *a jurisprudência constante*: forma-se uma corrente jurisprudencial, mas que não tem qualquer virtualidade cogente, sendo, quando muito, uma constância rotineira;
- *o costume jurisprudencial*: quando os tribunais ganham a convicção de uma orientação que devem atribuir às fontes que aplicam, mas neste caso a fonte é o costume, não a jurisprudência, ainda que criado nos estreitos limites da comunidade judiciária;
- *a jurisprudência uniformizada*: o esclarecimento acerca do sentido da aplicação de certas fontes que geraram divergências interpretativas, sem que tal signifique a sua vinculatividade com eficácia geral.

É nesta terceira possibilidade que, atualmente, se pode vislumbrar a jurisprudência como fonte de Direito em geral no Direito de Timor-Leste: a primeira hipótese apenas mostra uma tendência factica, enquanto a segunda hipótese vale a título costumeiro, e não jurisprudencial⁷⁴.

Lisboa, 1 de janeiro de 2013.

⁷⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, p. 588.

Os Princípios Processuais do Tribunal Penal Internacional¹

JOSÉ EDUARDO SAMBO²

Resumo: O presente texto realiza um péríodo e uma despretensiosa reflexão sobre os princípios processuais penais do Tribunal Penal Internacional, TPI, obviamente no contexto do Estatuto de Roma aprovado em 17 de Julho de 1998. Trata-se de um ensaio que tem por objectivo contribuir para uma clara identificação dos principais princípios, que enformam o TPI, confrontando-os com os que vêm fazendo carreira no ordenamento jurídico angolano. Efectuamos uma incursão histórica ao século XVII precisamente ao momento em que nasce o Direito Internacional, como resultado da extinção do Sacro Império Romano-Germânico e fomos progredindo pelas distintas fases da sua evolução. Na abordagem realizada aos diversos princípios foi conferida uma especial atenção e um singular desenvolvimento ao Princípio da Complementaridade, por este ser o princípio em torno do qual gravitam as maiores polémicas. Ficou patente que os princípios do processo penal internacional condensam valores civilizacionais e interesses fundamentais comuns a diversas comunidades e que constituem um valioso instrumento para a interpretação e compreensão dos inúmeros problemas processuais com que nos confrontamos quotidianamente.

Palavras-chave: Princípios Fundamentais; Processo Penal; Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; Direito Angolano.

Abstract: This paper provides a tour and an unpretentious reflection about criminal procedural principles of the International Criminal Court, ICC, obviously in the context of The Rome Statute adopted on 17th July, 1998. This is a text that

¹ Relatório apresentado na disciplina de Direito Internacional Público, com o tema “Direito Internacional Penal”, sob a regência do Professor Doutora Jorge Bacelar Gouveia. Entregue: 2.11.2012; Aceite: 20.12.2012.

² Doutorando do DDA – Doutoramento em Angola, conjuntamente organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

aims to contribute to a clear identification of the main principles, which constitute and shape the International Criminal Court, comparing them with those that are currently in force in the Angolan legal system. We carry out an historical journey to the Seventeenth Century, precisely to the moment when the International Law was born as a result of the extinction of the Holy Roman-Germanic Empire, and how it has been progressing through the various stages of its evolution. In the approach taken to the various principles, special attention was given and a unique development to the Complementarity Principle, as this is the principle in which the biggest controversies revolve around. It was clear that the principles of the International Criminal Procedure condense civilizational values and the fundamental interests' common to various communities. They are a valuable tool for the interpretation and understanding of the numerous procedural problems that confront us daily.

Keywords: Fundamental Principles; Criminal Procedure; International Criminal Court; Rome Statute; Angolan Law.

Introdução

O presente Relatório tem por objectivo realizar uma reflexão sobre os Princípios Processuais do Tribunal Penal Internacional, obviamente, no contexto do Estatuto de Roma, confrontando o seu conteúdo com o dos princípios homólogos que enformam os distintos ordenamentos jurídicos internos.

Importa recordar, em sede do presente prólogo, que o Estatuto de Roma é a principal fonte de Direito Internacional Penal. Trata-se de um instrumento aprovado em 17 de Julho de 1998 e que entrou em vigor a 1 de Julho de 2002, após o depósito de 60 ratificações.

A evolução do Direito Internacional Penal nas últimas décadas, a recente aprovação de uma nova Constituição em Angola e a consequente necessidade de reajustamento das leis processuais penais, aconselham a que se empreenda um esforço de comparação entre os princípios gerais veiculados pelo Tribunal Penal Internacional e os que enformam o Direito Processual angolano.

Embora isentos de qualquer pretensiosismo, julgamos tratar-se de um esforço que poderá, eventualmente, a montante, mostrar-se profícuo para o emergente processo de reformas no Direito Processual

Penal angolano e, a jusante, constituir uma modesta contribuição para um mais lúcido entendimento da grande missão do Tribunal Penal Internacional, como jurisdição internacional orientada para a defesa dos direitos humanos.

Consideramos ainda que deverá tornar-se claro que, a maioria dos princípios processuais penais internacionais que adiante passaremos em revista, embora tenham logrado um carácter global, emanaram dos sistemas jurídico-penais internos.

Efectuamos, inicialmente, um breve afloramento ao contexto histórico que serviu de esteio ao surgimento do Estatuto de Roma e consequentemente do Tribunal Penal Internacional. Para o efeito, partimos de 1648, momento em que nasceu o Direito Internacional, como resultado da extinção do Sacro Império Romano-Germânico e evoluímos para distintas fases da sua evolução. Apresentamos as várias formas de protecção da pessoa humana para, a partir daí, destacarmos o Direito Internacional Penal e o Estatuto de Roma.

Tendo em conta a amplitude e a extensão da matéria em tratamento, sem delongas, entramos no âmago do trabalho, realizando um aturado périplo pelos distintos princípios gerais do processo penal que enformam o Tribunal Penal Internacional.

Para a realização do presente estudo, apoiamo-nos em diversa bibliografia portuguesa, alemã, brasileira e angolana, escorando as nossas convicções nas proveitosas aulas que nos foram ministradas pelo Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, em Luanda, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, de 20 a 24 de Junho de 2011.

Por não desejarmos elaborar um relatório que privilegiasse a extensão em detrimento da profundidade, tendo em conta a diversidade e a multiplicidade de princípios a estudar, optamos por desenvolver, com significativo detalhe, na parte final do presente trabalho, o **Princípio da Complementaridade**. Esta escolha deveu-se, não só ao facto do aludido princípio mostrar-se assaz crucial, mas sobretudo, por ser em torno do mesmo que se levantam as mais tumultuosas controvérsias.

Por outro lado, por preito ao princípio da fixidez e precisão terminológica, optamos por operar apenas com uma única denominação para designar cada um dos princípios que enformam o ERTPI.

Com o propósito de lograr uma conclusão mais estrutural para o presente trabalho, avaliamos o grau de aproximação existente entre os princípios do ERTPI e os de cada uma das famílias ou modelos jurídicos tradicionais, nomeadamente o romano-germânico, o anglo-saxónico e o socialista.

1. Antecedentes do tribunal penal internacional

O Tribunal Penal Internacional constitui uma das mais recentes, mas importantes conquistas do Direito Internacional Contemporâneo.

Por seu turno, o Direito Internacional também se caracteriza pela sua tenra idade, sobretudo se o confrontarmos com o Direito Privado que remonta ao Direito Romano.

O conceito de Constituição, de separação de poderes e de direitos fundamentais faz carreira apenas há duzentos anos e pouco antes do aparecimento do Direito Constitucional nasceu o Direito Internacional.

Historicamente, o Direito Internacional aparece no século XVII, em 1648, como resultado da extinção do Sacro Império Romano – Germânico³ e teve como desiderato regulamentar as relações entre a plethora de Estados emergentes, numa base de igualdade e de independência.

Nesta esteira, o Direito Internacional nasceu como um ramo de Direito que visava garantir a igualdade das nações nas suas relações jurídicas, impedindo a dominação de umas pelas outras.

Tratava-se de um Direito Internacional muito distinto do que faz carreira na realidade contemporânea.

Podemos assim distinguir duas fases na evolução do Direito Internacional: uma que inicia no século XVII e termina no século XIX que

³ O fim do império verificou-se em diversas etapas: A Paz de Vestefália em 1648 que acabou com a Guerra dos 30 Anos conferiu aos territórios autonomia quase completa. A Confederação Suíça, que já tinha conseguido uma quase-independência em 1499 e a Holanda do Norte deixaram o império.

O império foi formalmente dissolvido em 6 de agosto de 1806, quando o último sacro imperador romano-germânico Francisco II (a partir de 1804, imperador Francisco I da Áustria) abdicou, sendo seguido por uma derrota militar pelos franceses sob o comando de Napoleão.

é a fase clássica e outra que inicia no século XX e que se prolonga até aos nossos dias que é a fase moderna ou contemporânea.

A fase clássica do Direito Internacional caracterizava-se pela sua natureza arbitral, visando relações de coordenação e reciprocidade. Nessa altura, o Direito Internacional era constituído por um número muito reduzido de normas e consagrava-se uma soberania total dos Estados, inspirada nas teorias de Hegel sobre soberania absoluta.

A fase moderna ou contemporânea caracteriza-se pela virtualidade de todas as matérias se encontrarem reguladas por tratados internacionais.

O Direito Internacional apresenta hoje uma capacidade de regulação intensiva e uma expansão imparável ao nível de todas as matérias.

Diversos foram os factores que contribuíram para que se operasse esta revolução coperniciana⁴:

- a. A proibição do uso unilateral da força, com vista a evitar a 3.^a Guerra Mundial (art. 251.^º da Carta das Nações Unidas).
- b. A criação das Organizações Internacionais, tais como a SADC, a Organização dos Estados Americanos, a União Africana, a União Europeia, a ONC, a UNESCO, a UNICEF, etc.
- c. O surgimento do Direito Internacional do Ambiente, a partir de 1960.
- d. O aparecimento de regras de utilização dos espaços internacionais:
 - d.1. O mar deixou de ser um espaço sem regras. Os fundos marinhos já não constituem uma *res nullius*. São geridos pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.
 - d.2. O Espaço exterior tornou-se objecto de tratado internacional em 1967 que passou a garantir que os corpos celestes não estão sujeitos a apropriação por parte de nenhum Estado.

⁴ De acordo com a aula de Direitos Humanos ministrada pelo Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia no dia 15 de Abril de 2011, em Luanda na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

e. A evolução dos direitos fundamentais, a partir do século XX conduziu a que a doutrina constitucional dos Direitos do Homem fosse colocada num patamar superior ao Direito dos Estados com vista a alcançar-se o seu mais rigoroso cumprimento. Estamos ante a internacionalização dos Direitos Humanos. Em 10 de Dezembro de 1950, foi aprovada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

2. Mecanismos de protecção da pessoa humana

A protecção internacional dos direitos do homem, consagrada na Declaração Universal, conta fundamentalmente com os seguintes mecanismos para a sua concretização:

2.1. A Protecção Diplomática

A protecção diplomática consiste na intermediação do Estado relativamente ao qual a pessoa carecida de protecção é cidadã (art. 14.º da DUDH). Para que se possa fazer recurso à Protecção Diplomática, impõe-se, como *conditio sine qua non*, a existência de um vínculo de nacionalidade da pessoa em relação ao Estado de protecção e o esgotamento dos meios internos que se oferecem à pessoa atingida pelo acto ilícito⁵.

2.2. A Protecção Humanitária

A protecção humanitária consubstancia-se na humanização do uso da força, em circunstâncias de conflito militar, de acordo com os parâmetros do Direito Internacional Humanitário. Até há alguns anos atrás, os Estados estrangeiros podiam intervir para acorrer a uma situação humanitária em determinado Estado, tal como um desastre natural

⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 25.

ou no contexto de um conflito para salvar populações inocentes que fossem vítimas. Hoje, esta modalidade de protecção vem-se afirmando como um dever de **ingerência humanitária** para salvar populações de uma tirania que viole sistematicamente os direitos humanos.

2.3. A Protecção dos Refugiados e Asilados

A protecção de refugiados e asilados vem sendo empreendida em favor daqueles que lutam no seu País pela democracia e pela liberdade e que, na eventualidade de serem perseguidos, podem pedir guarida a países democráticos. O refugiado não é um emigrante e tem um estatuto próprio. O emigrante corresponde a uma pessoa que se desloca do seu País à procura de melhores condições de vida, melhor salário ou melhor emprego. É um direito que o assiste. Todavia, terá que se conformar com a legislação do País que o acolhe. O refugiado é alguém que pede protecção a um Estado, porque pugna pelos mesmos valores que o Estado que o acolhe: valores de liberdade e democracia.

2.4. Os Cinco Sistemas de Protecção Internacional dos Direitos do Homem

Importa referir ainda, em sede da presente enumeração, que após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, constituiu-se o sistema universal, o sistema europeu, o sistema comunitário, o sistema americano e o africano. A Ásia e a Oceânia não dispõem de sistema próprio⁶.

2.5. Tribunal Penal Internacional

Através da responsabilidade penal internacional que se concretiza na faculdade de se ser sujeito passivo do Direito Internacional Público, isto é, na eventualidade de determinado agente ser incriminado e sofrer sanções no contexto do Tribunal Penal Internacional.

⁶ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal*, 2008, p. 27

3. O Direito Internacional Penal e o Estatuto De Roma

O Direito Internacional Penal representa a mais significativa e recente inovação do Direito Internacional Público e traduz-se na virtualidade dos Estados aceitarem que, pelo menos, em relação aos mais graves crimes internacionais, exista uma instância com competência para punir os seus agentes.

O Direito Internacional Penal nasce em virtude de, em muitas circunstâncias, o direito dos Estados não se mostrar eficaz. Os crimes são cometidos, porém, são esgrimidos pretextos com vista a que os seus agentes logrem escapar às sanções.

Este cenário resulta, amiúde, do facto de os Estados não se mostrarem interessados na punição, ora porque estes agentes gozam de imunidades ou de outras prorrogativas de natureza legal, ora porque não acatam a ordem jurídica internacional⁷.

Existem muitas razões políticas e jurídicas que determinam a falência e a inoperacionalidade do Direito Penal interno, provocando a impunidade de certo tipo de criminosos.

Nestes casos, reputa-se que o Direito Internacional Penal deve encarregar-se da punição dos crimes internacionais, tendo em conta a sua gravidade, extensão e resultado. Pois, estas razões justificam uma intervenção mais vigorosa e universal do Direito Internacional.

Isto não significa uma substituição do Direito Penal dos Estados pelo Direito Internacional Penal. Naturalmente que não se remete para o Tribunal Penal Internacional a criminalidade bagatela (como roubos de galinhas ou brigas triviais).

Ficarão no âmbito da jurisdição internacional, crimes cometidos por grandes agentes criminais, sempre que os Estados não queiram ou não possam julgar.

O Direito Internacional Penal constitui uma imprescindível alternativa, quando o Direito Penal interno se mostra ineficaz.

⁷ Fernando Araújo, *O Tribunal Penal Internacional e o Problema da Jurisdição Universal*, in *Revista Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLIII – n.º 1, p. 70.

O surgimento deste novo Direito Internacional encontra-se incindivelmente ligado à observância dos Direitos Humanos. O direito à liberdade pressupõe o direito à segurança. Por consequência, o nosso sentimento de insegurança diminui, sempre que constatarmos que os criminosos são deveras condenados.

Quando os infractores não são punidos, o sentimento de insegurança aumenta, porque, a realização da justiça contribui insofismavelmente para o reforço da protecção dos nossos direitos nas suas diferentes vertentes: direito à vida, ao património, à honra, à liberdade sexual, à igualdade, etc.

A existência de uma eficaz jurisdição penal internacional constitui uma importante protecção da nossa segurança, porquanto os potenciais infractores ganharão consciência das consequências jurídicas dos seus actos.

O Tribunal Penal Internacional é, em certa medida, um reforço e uma extensão da protecção internacional dos direitos humanos, com uma acção mais vigorosa que a da responsabilização civil. Este direito realiza-se mediante a ponderação da responsabilidade criminal do agente, a cominação de uma sanção penal, mediante a produção e o carreamento de provas, nos termos do Direito Internacional.

Nestes termos, o Direito Internacional encerra três elementos fundamentais no seu conceito:

O Direito Internacional Penal congrega um conjunto de normas e de princípios de Direito Internacional Público. O seu conteúdo prende-se fundamentalmente com a definição dos crimes e as correspondentes penas aplicáveis e o seu cometimento terá que ser provado ou confirmado por uma instância internacional e não nacional.

O julgamento no âmbito do Tribunal Penal Internacional, pressupõe a existência de normas internacionais substantivas que definam estes crimes e determinem as correspondentes penas, bem como, disposições de natureza adjetiva que estabeleçam procedimentos, processos e instâncias: basicamente, um tribunal que tenha autonomia e efectividade para proceder à condenação pela perpetração destes crimes.

O Direito Internacional Penal tem aqui uma dimensão substantiva e adjetiva, embora disponha de um catálogo de crimes diferente dos catálogos dos códigos penais nacionais.

O Direito Internacional Penal é simultaneamente um direito internacional processual, porque dispõe de autonomia para definir as regras processuais penais.

O Direito Internacional Penal não surgiu como resultado do Estatuto de Roma de 1998. Ele nasceu muito antes.

Existe uma periodização na evolução histórica do Direito Internacional, onde se torna possível distinguir várias fases.

O Direito Penal Internacional é um direito penal estadual. Porque, cada Estado define os crimes e as regras processuais e aceita a extensão da sua jurisdição a outros países, através de acordos de extradição ou de acordos de cooperação judiciária.

O Direito Penal Internacional é a fronteira externa do Direito Penal interno.

O Direito Penal Internacional é um instrumento do Direito Penal Estadual e tem a sua base no Código Penal e Processual Penal de cada Estado.

O Direito Penal Internacional é um direito estadual que se internacionalizou, porque em certas categorias de crimes, os países articulam entre si mecanismos de cooperação baseados nas trocas de informações, assistência judiciária, extradições, etc.

O Direito Internacional Penal é um Direito Internacional e não estadual. Porque, o núcleo central das normas de Direito Internacional Penal não são normas emanadas do Estado ou códigos penais internos, mas sim, tratados internacionais.

O núcleo central do Direito Internacional Penal não é nenhum código penal ou de processo penal de qualquer País, mas sim o Estatuto Roma de 17 de Julho de 1998. É neste instrumento onde se encontram plasmadas as normas de Direito Internacional Penal. Trata-se de um tratado internacional e não de uma lei interna, pelo que existe um único instrumento no mundo inteiro, enquanto códigos penais, cada Estado dispõe do seu.

O Direito Internacional Penal também admite mecanismos de cooperação entre os diversos Estados, porque este tratado necessita de ser ratificado por cada um deles.

Trata-se de uma explanação cuja lógica conduziria a que o Tribunal Penal Internacional se designasse de Tribunal Internacional Penal (TIP).

Contrariando a lógica do que se vem expendendo, o TIP logrou uma designação de caráter estadual, apenas por comodidade linguística e acomodação fonética. Todavia, deve-se fazer uma rigorosa distinção entre Direito Internacional Penal e o Direito Penal Internacional.

A disciplina que nos interessa, em sede do presente estudo, é o Direito Internacional Penal.

4. Princípios Processuais do Tribunal Penal Internacional

4.1. Generalidades

O Tribunal Penal Internacional foi adoptado, através do Estatuto de Roma em 17 de Julho de 1998, por uma conferência diplomática.

Assim, o aludido instrumento regula a competência e o funcionamento do tribunal, através de normas de natureza substantiva e adjactiva.

Importa sublinhar que, apesar de terem sido produzidos e aprovados outros instrumentos jurídicos com vista à regulamentação do Tribunal Penal Internacional (TPI), as principais normas de Direito Processual Penal internacional se encontravam plasmadas no Estatuto de Roma.

Assim, o Estatuto de Roma integra normas de Direito Penal e de Direito Processual Penal.

Em atenção ao facto do presente trabalho se centrar nos princípios do processo penal internacional, nós iremos apenas orientar-nos para as normas de natureza adjactiva.

Neste quadro, iniciamos por referir que o Direito Processual Penal Internacional, tal como o Direito Processual Penal Interno, é dominado por um conjunto de princípios ou regras gerais que dão significado às normas que o enformam e que fazem delas um todo orgânico orientado para determinado sentido.

Estes princípios têm a particularidade de dar expressão a valores de civilização, a interesses fundamentais da comunidade que permitem a compreensão e a solução doutrinária dos problemas que no processo penal se levantam a cada passo.

Alguns desses princípios gerais dominam uma fase ou aspecto particular do processo e, quer por razões de interesse prático, quer por facilidade de exposição, estudá-los-emos, sem perder a perspectiva do processo como realidade global.

Vamos adoptar uma arrumação de natureza formal, apenas para efeitos de estudo, sem a pretensão de sermos exaustivos e reputarmos as nossas soluções definitivas⁸.

O nosso estudo vai inspirar-se nas figuras e conceitos que fazem carreira no Direito Processual Penal angolano⁹.

Assim, podemos integrar os princípios do processo penal em quatro grupos distintos de acordo com a sua natureza:

1. Princípios relativos à iniciativa processual
2. Princípios relativos à prossecução processual
3. Princípios relativos à prova
4. Princípios relativos à forma

4.2. Princípios Relativos à Iniciativa Processual

a. Princípio da Complementaridade

O princípio da complementaridade bem poderia ser denominado de princípio da subsidiariedade¹⁰, porque a jurisdição do TPI não completa a jurisdição nacional, muito pelo contrário, actua na falta e em substituição da jurisdição nacional¹¹.

⁸ Professor Vasco Grandão Ramos, Direito Processual Penal, Noções Fundamentais, p. 75.

⁹ Seguiu-se a arrumação proposta pelo Prof. Figueiredo Dias – V. ob. Cit. 113 e segs e retomada pelo Prof. Grandão Ramos às páginas 76 e sgs da obra citada.

¹⁰ Cfr Por força da sua natureza, o direito internacional deve ser um direito subsidiário e complementar do direito interno. Subsidiário, por só aplicar-se quando o direito interno por força das limitações da soberania não se puder impor. Complementar, na medida em que deve intervir onde e quando o direito interno não dispuser da força controladora necessária. Maria Fernanda Palma, Tribunal Penal Internacional e Constituição Portuguesa, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, março de 2001.

¹¹ Paulo Peixoto e Gracinda Fortes, Tribunal Penal Internacional, Coimbra, Junho de 2004.

Complementar é acrescentar algo com a finalidade de completar. Neste caso, não estamos face a qualquer completamento. A jurisdição do TPI intervém apenas, quando a jurisdição nacional não se mostra operativa.

O princípio da complementaridade, não só se revela nuclear, como fundamenta a própria existência do TPI, razão pela qual preferimos abordá-lo na parte final do presente trabalho com maior detalhe e aprofundamento, na tentativa de conferir maior nitidez a determinados conceitos que lhe são imanentes.

b. Princípio Non Bis In Iden

A expressão “*non bis in idem*” encerra a ideia de que ninguém pode ser julgado duas vezes pela mesma matéria. Este vetusto e multisecular princípio encontra-se escorado na premissa de que, se alguém for julgado duas vezes pela mesma matéria, poderá ser injustamente condenado. Porque, o cometimento de um crime só pode envolver uma pena e não duas, em momentos diferentes¹².

Trata-se de um princípio consagrado em quase todos os códigos de processo penal e constituições. Este princípio encontra-se plasmado no n.º 5 do Art. 65.º da nova Constituição angolana.

Como afirma o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia¹³, este princípio emerge da relação entre o TPI e os Estados e constitui o corolário lógico da sobreposição de jurisdições. Este princípio baseia-se num critério político que visa granjear a aceitação do TPI por parte dos Estados, num critério de justiça que tem o desiderato de evitar a duplicação de julgamentos relativos ao mesmo caso, objectivando, deste modo, uma pauta de eficiência que preconize a repartição proporcionada do trabalho.

O princípio *non bis in idem* encontra-se consagrado no Art. 20.º do ERTPI e constitui uma garantia que coloca em diálogo as diversas

¹² Paulo Peixoto e Gracinda Fortes, Tribunal Penal Internacional, Coimbra, Junho de 2004.

¹³ Jorge Bacelar Gouveia, Direito Internacional Penal, p. 340.

jurisdições. Porque, o não ser julgado duas vezes, não implica apenas a prestação de uma mesma jurisdição. Este princípio vigora, tendo em conta a coexistência de várias jurisdições. Se foi julgado num tribunal, não pode ser julgado noutra (art. 20, n.º 1 a n.º 3).

Todavia, não vigora o princípio *non bis in idem* nos casos em que o TPI considere que o primeiro julgamento tenha sido uma simulação ou fictício¹⁴. Pois, existem países que, com vista a iludir a opinião pública nacional e internacional, realizam audiências de julgamento que constituem autênticos arremedos de justiça ou paródias processuais. O problema, por vezes, reside em provar a simulação.

c. Princípio da Oficialidade

O princípio da oficialidade é um princípio segundo o qual, a iniciativa processual no Direito Penal incumbe ao Estado, isto é, a uma entidade oficial¹⁵.

Este é um princípio que no nosso direito interno se encontra consagrado nos Arts. 12.º e 14.º do Dec-Lei n.º 35.007 de Outubro de 1945.

Todas as entidades que intervêm decisivamente na realização da justiça são públicas: o Ministério Público que exerce a acção penal e o Tribunal que preside ao julgamento¹⁶.

Este princípio escora-se na ideia de que a natureza pública dos interesses ofendidos pelo crime e o carácter social das penas transformaram historicamente a perseguição do criminoso num assunto de Estado.

¹⁴ Art. 20.º do ERTPI.

3 – O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por actos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça.

¹⁵ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º Volume, p. 116, Coimbra Editora, 1974 com referência a Walter, 1853, através de Binding, Abhandlungen II (1915) 175.

¹⁶ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, p. 12.

Importa salientar que o princípio da oficialidade também faz carreia no Tribunal Penal Internacional porquanto, a sua jurisdição apenas se poderá exercer em relação a qualquer um dos crimes previstos no Art. 5.º, se:

- Um Estado-parte denunciar ao Procurador nos termos do Art. 13.º e 14.º do ERTPI.
- Houver denúncia do Conselho de Segurança, agindo nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas.
- O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto Art. 15.º do ERTPI. (Art. 13.º do ERTPI).

O procurador poderá, *ex officio*, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do tribunal (Art. 15.º, n.º 1).

O Tribunal Penal Internacional abraçou de forma absoluta o princípio da oficialidade. Pois aí, este não comporta limitações, tal como ocorre no Direito Processual Penal interno.

No Direito Processual Penal angolano, o princípio da oficialidade não é um princípio absoluto. Ele comporta duas limitações e uma exceção. As limitações decorrem da existência de crimes semipúblicos e crimes particulares. Trata-se de crimes que apenas são punidos, quando denunciados pelo ofendido ou por pessoas estreitamente ligadas a este.

Nos crimes particulares, não basta a denúncia do ofendido para que se instaure um processo, este têm de se constituir assistente no processo e exercer, ele próprio, a acção penal.

A exceção ao princípio da oficialidade no Direito Processual Penal interno resulta do facto dos ofendidos poderem, mesmo nos crimes públicos e contra a opinião do Ministério Público, exercer a acção penal, deduzindo a acusação nos termos do Art. 27.º do Dec-Lei n.º 35007, de 31 de Outubro de 1945.

Podemos decididamente concluir que, no contexto do Tribunal Penal Internacional, o princípio da oficialidade é absoluto, uma vez que, em nenhuma circunstância, a iniciativa processual depende de particulares.

No Tribunal Penal Internacional, a punição do infractor fica dependente da acção dos Estados, do Conselho de Segurança ou do Procurador.

Não será ocioso referir que do princípio da oficialidade deriva o princípio da jurisdição ou *nulla poena sine iudicio* que se traduz no facto da função de julgar ser monopólio do Estado e ter de ser realizada pelos órgãos judiciais. Nos termos do Artigo 77.º do ERTPI, “sem prejuízo do disposto no artigo 110.º, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5.º do presente Estatuto uma das seguintes penas...”

Este princípio não é absoluto, conforme nos ensina o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia¹⁷ porquanto, comporta algumas limitações que se consubstanciam em restrições à liberdade individual fora da jurisdição do TPI.

d. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é o princípio segundo o qual, o Ministério Público na sua actividade de promoção processual deve determinar-se, exclusivamente, por critérios de natureza legal (Art.185.º n.º2 da Constituição angolana)¹⁸.

Resulta ainda do princípio da legalidade, o facto de todo o crime ou contravenção corresponder a uma acção penal, a ser exercida nos termos do Código de Processo Penal. (Art. 1.º do Código de Processo Penal)¹⁹.

O Art. 13.º do ERTPI estabelece no seu n.º 1 que o tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes que se refere o Art. 5.º

Assim, o procurador poderá, oficiosamente ou por denúncia dos Estados ou do Conselho de Segurança, abrir o inquérito com base em

¹⁷ Jorge Bacelar Gouveia, Direito Internacional Penal, pp. 346 e 347.

¹⁸ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, p. 15

¹⁹ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º Volume, p. 126, Coimbra Editora, 1974

informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal (Art. 15.º do ERTPI).

Tal como ocorre no Direito Processual Penal angolano, no Tribunal Penal Internacional faz carreira o princípio da legalidade, com a diferença de que este princípio, aí não é absoluto, sofrendo algumas limitações resultantes de afloramentos do princípio da oportunidade.

O princípio da legalidade opõe-se ao princípio da oportunidade. O princípio da oportunidade permite que em certas circunstâncias se possa suspender ou pôr termo ao procedimento criminal, não obstante o crime tenha sido cometido²⁰.

Trata-se de um afloramento do princípio da oportunidade que faz carreira no Tribunal Penal Internacional porquanto, nos termos do Art. 16.º do ERTPI, o inquérito ou o procedimento criminal não poderão ter início ou prosseguir os seus termos, por um período de 12 meses a contar com a data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo II da Carta das Nações Unidas. Este pedido do Conselho de Segurança poderá ser renovado.

Concluímos que o princípio da legalidade no Tribunal Penal Internacional apresenta alguns limites, decorrentes de alguns afloramentos do princípio da oportunidade.

No direito interno angolano, não fazem carreira afloramentos do princípio da oportunidade, de onde resulta que as autoridades judiciais têm a obrigação de investigar e o Ministério Público tem o dever funcional de acusar (Art. 349.º do Código Penal). Nos termos do Art. 287.º do Código Penal, a violação da obrigação de exercer a ação penal implica responsabilidade criminal²¹.

²⁰ Nos termos do Art. 280.º do Código Processual Penal português, verificados certos pressupostos e mediante certas injunções e regras de conduta, é possível suspender um processo por dois anos e arquivá-lo, se forem respeitadas as injunções. Consideram-se também afloramentos do princípio da oportunidade, aqueles casos em que o procedimento criminal contra os titulares de certos cargos políticos depende da autorização do parlamento.

²¹ Importa recordar que o Código Penal em vigor em Angola foi aprovado em 1886 e o Código Processual Penal em 1929. Está em processo de aprovação um novo Código Penal, enquanto se trabalha na elaboração de um novo Código de Processo Penal.

Nos termos do Art. 7.º do Decreto-Lei n.º 35007, de 31 de Outubro de 1945, as autoridades policiais têm o dever de denunciar os crimes de que tenham conhecimento.

Todas estas disposições constituem o corolário lógico do Princípio da Legalidade no ordenamento jurídico-processual penal angolano.

e. Princípio do Acusatório

O Acusatório é um princípio segundo o qual, se atribui a função de acusar a uma entidade diferente daquela a quem está conferida a função de julgar²².

A objectividade, a imparcialidade e a independência ficariam gravemente comprometidas na sua substância e na sua imagem, se este princípio não fizesse carreira²³.

O processo de investigação marcaria antecipadamente a convicção do juiz formada com a descoberta do crime.

O princípio do acusatório tinha no Código de Processo Penal de 1929 em vigor na República de Angola uma expressão meramente formal, agravada pela circunstância de a acusação ainda poder ser controlada pelo juiz.

Nesse código o juiz dirigia a instrução e julgava, logo tinha uma forte de influência no exercício da acção penal.

O Decreto-Lei n.º 35007, de 31 de Outubro de 1945 no seu Art. 14.º veio repor, pelo menos na teoria, o princípio do acusatório, cometendo a direcção da instrução processual ao Ministério Público.

O princípio do acusatório faz carreira no Tribunal Penal Internacional. O Art. 34.º do ERTPI estabelece que o Tribunal é composto pelos seguintes órgãos:

Uma secção de recurso, uma secção de julgamento em 1.ª Instância e uma secção de Instrução, o gabinete do Procurador e a Secretaria.

O Art. 42.º do ERTPI estabelece que o Gabinete do Procurador actua de forma independente, enquanto órgão autónomo do Tribunal.

²² Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, p. 16

²³ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º Volume, pág. 137, Coimbra Editora, 1974

Compete-lhe recolher comunicações e qualquer outro tipo de informações, devidamente fundamentadas sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e exercer a acção penal junto do Tribunal.

Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão, nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

Estão garantidas as condições para que o processo no Tribunal Penal Internacional tenha características acusatórias, porquanto o Ministério Público exerce a Acção Penal de forma autónoma e o juiz julga de forma independente sem qualquer influência na instrução e na investigação.

O Acusatório do TPI mostra-se assim muito mais bem configurado que o do direito interno que, frequentemente, se confronta com interferências do juiz, ora na acusação, ora na investigação. (Arts. 346.º e 351.º Código Processual Penal).

4.3. Princípios Relativos à Prosssecução Processual

a. Princípio do Inquisitório

O princípio do inquisitório ou da investigação é o princípio segundo o qual, compete ao Tribunal toda a acção necessária ao apuramento da existência da infracção, a determinação dos seus agentes e a averiguação da sua responsabilidade, independentemente da actividade que, nesse sentido, possam desenvolver as partes processuais. (Arts. 435.º e 443.º do CPP)²⁴.

Sendo o grande objectivo do Direito Processual Penal, a descoberta da verdade material e objectiva, o Tribunal realiza a investigação oficiosamente²⁵.

Nos termos do Art. 64.º, n.º 6, alíneas a) e d), do ERTPI, no exercício das suas funções, antes ou no decurso do julgamento, o juiz de

²⁴ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º Volume, p. 148, Coimbra Editora, 1974

²⁵ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, p. 17.

julgamento da 1.^a Instância poderá, se necessário, ordenar a compa-rência e a audição de testemunhas e a apresentação de documentos e outras provas, obtendo, para tal, o auxílio dos Estados.

O juiz dispõe ainda da faculdade de ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou as apresentadas no decurso do julgamento pelas partes.

O princípio do inquisitório tem precisamente o mesmo conteúdo no nosso Direito Penal interno e no Direito Penal Internacional. Ele baseia-se nos poderes de investigação cometidos ao juiz, independentemente daquilo que, neste domínio, possa ser desenvolvido pelas partes.

Tanto no direito interno, como no Direito Penal Internacional, o ónus da prova está cometido ao Ministério Público na fase de instrução e ao Tribunal na fase do julgamento. É ao Tribunal a quem incumbe provar a culpabilidade do arguido e não o arguido que tem de provar a sua inocência.

b. Princípio do Contraditório

O princípio do Contraditório é o princípio segundo o qual, na descoberta da verdade e na aplicação da justiça, devem ser igualmente considerados, tanto as razões da acusação, como os pontos de vista da defesa. *Audi alteram partem*^{26/27}.

O processo penal é um processo de partes com um pronunciado acento dialéctico, dominado pelo princípio da contradição de teses opostas. As partes devem ser ouvidas e tomar iniciativas.

Do princípio do Contraditório resultam dois importantes direitos:

- i O Direito de audiência, segundo o qual, ninguém pode ser condenado sem que lhe seja concedido o direito de se fazer ouvir.
- ii O Direito de Contestação que é o princípio segundo o qual, o arguido tem a faculdade de contestar os factos contra si alegados,

²⁶ Deve-se ouvir sempre a outra parte.

²⁷ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.^º Volume, pág. 149, Coimbra Editora, 1974.

requerer diligências de prova e à prova da acusação contrapor com a prova da defesa²⁸.

Nos termos do Art. 64.º, n.º 8, alínea b), do ERTPI, “durante o julgamento o juiz-presidente pode dar instruções sobre a condução da audiência, nomeadamente para assegurar que esta se desenvolve de maneira equitativa e imparcial”.

“Salvo qualquer orientação do juiz-presidente, as partes poderão apresentar provas em conformidade com as disposições do presente Estatuto”.

“O arguido tem direito a ser ouvido em audiência pública, tendo em conta o disposto no presente estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e às seguintes garantias mínimas em situação de plena igualdade, a inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas da acusação e a obter a comparência das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

O Arguido terá também direito a apresentar a defesa e oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o Estatuto de Roma (Art. 67.º, n.º 1, alínea e).

O princípio do contraditório faz carreira no Direito Penal Internacional, tal como no Direito Processual Penal interno.

c. Princípio da Concentração

O princípio da concentração é o princípio segundo o qual, os actos processuais devem decorrer concentradamente, sem grandes intervalos ou soluções de continuidade em termos de espaço e tempo²⁹.

Constitui corolário lógico deste princípio, o imperativo do julgamento ter que realizar-se num sítio determinado e apropriado, isto é, na sala de audiências³⁰.

²⁸ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, pág. 17.

²⁹ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º Volume, pág. 183, Coimbra Editora, 1974

³⁰ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, pág. 21.

Nos termos do Art. 414.º do Código Processual Penal angolano, a audiência deverá ser contínua e só deverá ser interrompida quando for absolutamente necessário.

Este princípio é aplicável especificamente à audiência, mas é adaptável à maioria dos actos processuais. Trata-se de um princípio que não é absoluto, porque nem sempre pode ser rigorosamente observado:

- Existem audiências que demoram dias, semanas e até meses;
- Outras vezes, os julgamentos são adiados para resolução de incidentes processuais (alienação mental, impedimentos ou falsidade), realização de exames, etc.;
- Outras vezes, os adiamentos ocorrem, tendo em vista a apreciação de questões prejudiciais;
- Outras vezes ainda se torna recomendável que os julgamentos se realizem no local em que o crime foi cometido.

O Princípio da Concentração também faz carreira no Direito Penal Internacional.

O Art. 62.º do ERTPI estabelece que, salvo decisão em contrário, o julgamento terá lugar na sede do Tribunal.

Nos termos do Art. 3.º, n.º 3, do ERTPI, sempre que se entender conveniente, o Tribunal poderá funcionar noutro local.

Tanto no Direito Processual Penal interno, como no Direito Penal Internacional, o princípio da concentração não é absoluto porquanto, nem sempre se torna possível cumprir rigorosamente com os aludidos imperativos de espaço e de tempo.

d. Princípio da Celeridade Processual

Trata-se de um princípio que ainda não tem acolhimento nas leis ordinárias angolanas, mas que se encontra consagrado na nova Constituição angolana, nos termos do Art. 72.º que estabelece que “todo o cidadão tem direito a julgamento justo, célere e conforme a lei”.

Este princípio está consagrado no Estatuto de Roma no n.º 2 do Art. 64 que estatui que o juízo de julgamento em 1.ª Instância zelará

para que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito pelos direitos do arguido e tendo em conta a protecção das vítimas...”

O Art. 82.º alínea d) do ERTPI admite que as partes possam interpor recurso de decisões sobre questões que possam afectar significativamente a tramitação equitativa e célere do processo...”.

4.4. Princípios Relativos à Prova

a. Princípio da Verdade Material

A verdade material é aquela que se alcança através do exame exaustivo das provas, da investigação dos factos e das circunstâncias reais e concretas em que ocorrem. Este princípio está consagrado no Art. 9.º do CPP em vigor.

A verdade material opõe-se à verdade formal (jurídica ou processual), estreitamente ligada ao sistema de provas formais ou legais do velho processo inquisitório^{31/32}.

A verdade formal é aquela essencialmente obtida através das atitudes formais dos sujeitos, da confissão, do valor das presunções, de ónus probatórios não cumpridos, etc.

A verdade não é formal nem material, o método é que pode assentar num critério material ou formal.

A título de exemplo, no processo civil, quem não contesta as imputações que lhe são dirigidas, no prazo legal, confessa o pedido (as imputações).

Trata-se de um afloramento do princípio da verdade formal.

O princípio da verdade material faz carreia no Art. 54.º alínea a) do ERTPI, estabelecendo que, “com vista a estabelecer a verdade dos factos, o Procurador deverá alargar o inquérito a todos os factos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal,

³¹ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1.º Volume, pág. 188, Coimbra Editora, 1974.

³² Paula Marques Carvalho, *Manual de Processo Penal*, 2.ª Edição, pág. 20.

investigar, de modo igual as circunstâncias que interessam à defesa e à acusação”.

Este princípio não é absoluto. Reputamos que o mesmo deverá, comportar as mesmas excepções, tanto Direito Penal Internacional, quanto no Direito Processual Penal Interno.

Estas excepções têm a ver com o valor probatório dos documentos autênticos (Art. 468.º) e as sentenças cíveis que tenham julgado questões prejudiciais da acção penal (Arts. 3.º e 152.º CPP).

Estes documentos são, *a priori*, considerados verdadeiros, sem carecerem de comprovação adicional, a não ser que se levante um incidente de falsidade.

Eis um excepcional afloramento da verdade formal.

b. Princípio da Livre Apreciação da Prova

O princípio da livre apreciação da prova é o princípio segundo o qual, o juiz, na apreciação ou valoração da prova produzida, não está sujeito a regras determinadas. Aprecia a prova e forma a sua convicção livremente, de harmonia com as circunstâncias concretas do caso³³.

O sistema da livre apreciação da prova livre opõe-se ao sistema da prova vinculada.

No sistema de prova legal, o valor das provas é predeterminado e fixado pela lei, tal como acontecia nos antigos processos germânico e canónico, onde imperavam axiomas como o *unus testis nullus testis*.

O juiz tem a faculdade de decidir, dando ou não os factos como provados, de acordo com a sua livre convicção, tomada a partir da prova produzida no processo com o respeito das regras aplicáveis de direito probatório. O princípio geral da livre apreciação da prova está expressamente consagrado no Art. 655.º do CPC em vigor, aplicável subsidiariamente.

No Direito Penal Internacional também faz carreira o princípio da livre apreciação da prova, consagrado no n.º 4 do Art. 69.º do ERTPI.

O n.º 4.º estabelece que o Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras

³³ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, pág. 22.

ponderações, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo.

c. Princípio “*In dubio pro reo*”

O princípio “*in dubio pro reo*” é o princípio segundo o qual, sempre que a prova seja insuficiente e não conduza a um juízo de certeza sobre o cometimento do crime, o réu deve ser absolvido^{34/35}.

É um princípio que se deduz do Art. 148.º e 150.º do Código Processual Penal angolano. Trata-se de um **corolário do princípio de presunção de inocência** previsto no Art. 67 n.º2 da nova Constituição.

Este princípio também faz carreira no Tribunal Penal Internacional, através do Art. 66 n.º 3, onde se estabelece que para proferir uma sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o arguido é culpado para além de qualquer dúvida razoável.

4.5. Princípios Relativos à Forma

a. Princípio da Publicidade

O campo de aplicação deste princípio é a audiência de julgamento, uma vez que a instrução processual é secreta e o julgamento é público³⁶.

Este princípio pode ser analisado na vertente de que as audiências estão abertas ao público e na de que podem ser divulgadas pelos órgãos da comunicação social habitual (rádio, televisão e imprensa escrita).

O princípio da publicidade está consagrado no Art. 407.º do CPP, estabelecendo que a audiência de julgamento é pública, salvo se o tribunal entender que a publicidade pode ofender a moral, o interesse ou a ordem pública, porque, nestes casos, declarará a audiência secreta³⁷.

A sentença será sempre pública (Art. 76.º, n.º 4, do ERTPI).

³⁴ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1.º Volume, pág. 212, Coimbra Editora, 1974.

³⁵ Paula Marques Carvalho, *Manual de Processo Penal*, 2.ª Edição, pág. 22.

³⁶ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1.º Volume, pág. 221, Coimbra Editora, 1974.

³⁷ Paula Marques Carvalho, *Manual de Processo Penal*, 2.ª Edição, pág. 23.

O princípio da publicidade também se encontra consagrado no Direito Penal Internacional, através do Art. 64.º, n.º 7, do ERTPI que estabelece o seguinte:

“A audiência de julgamento será pública. No entanto, o juiz de julgamento em 1.ª Instância poderá decidir que determinadas diligências se efectuem à porta fechada em conformidade com os fins enunciados no Art. 68.º (protecção das vítimas) ou com vista a proteger informação de carácter confidencial ou restrita”.

Como nos elucida o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia³⁸, o princípio da publicidade, consagrado no ERTPI, tem subjacente a ideia da necessidade de um processo internacional transparente e consequentemente, um acompanhamento pela comunidade internacional.

De acordo com este conceituado professor, trata-se de um princípio que visa prevenir futuros crimes e legitimar as decisões judiciais. Todavia, comporta restrições, tais como a protecção de informação de segurança nacional e a protecção dos participantes processuais (vítimas).

Também aqui, o princípio da publicidade comporta limites, tal como no direito processual interno.

b. Princípio da Oralidade

A decisão sobre o objecto do processo deve ser tomada com base numa discussão oral da causa em audiência de julgamento.³⁹

A prova escrita deverá ser discutida oralmente em audiência⁴⁰.

Não obstante a redução a escrito dos depoimentos (ou mesmo o registo magnético), o juiz recolhe-os oralmente. Art. 532.º do CPP.

O princípio da oralidade encontra-se consagrado no Direito Penal Internacional através dos Arts. 64.º, n.º 10, 67.º, n.º 1, alínea h), e 69.º, n.º 2.º, respectivamente, sobre a audiência, declarações orais do arguido e das testemunhas.

³⁸ Jorge Bacelar Gouveia, Direito Internacional Penal, p. 349.

³⁹ Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º Volume, pág. 229, Coimbra Editora, 1974.

⁴⁰ Paula Marques Carvalho, Manual de Processo Penal, 2.ª Edição, pág. 25.

c. Princípio da Imediação

O princípio da Imediação é o princípio segundo o qual, entre os meios de prova submetidos à apreciação do Tribunal, devem ser escondidos os mais próximos e directos, isto é, os imediatos⁴¹.

Compete ao tribunal recolher a prova. A testemunha que viu deve ser preferida em relação a que ouviu dizer.

Primeiro, deve ser preferida a recolha directa, e depois, a indirecta (Art. 438.º e 439.º do CPP)⁴².

Como nos ensina o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia⁴³, o princípio da imediação tem o seu lugar próprio nos elementos probatórios, destinando-se a garantir que a prova seja produzida diante do tribunal, facultando-lhe uma percepção imediata dos elementos de prova.

Nesta direcção também se pronuncia ERTPI em dois relevantes incisos, estabelecendo que “a prova testemunhal deverá ser prestada pela própria pessoa no decurso do julgamento, salvo quando se apliquem as medidas estabelecidas no Art. 68.º ou no Regulamento processual” (Art. 69.º ERTPI).

“O tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento”⁴⁴.

5. O princípio da complementaridade em especial

5.1. A Complementaridade do TPI e o Paradigma dos Tribunais Ad Hoc

Os Estados poderiam pacificamente aceitar uma jurisdição internacional penal para julgar os criminosos, porém, nunca que essa nova jurisdição esvaziasse a sua competência para o julgamento das mesmas matérias.

⁴¹ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1.º Volume, pág. 232, Coimbra Editora, 1974.

⁴² Paula Marques Carvalho, *Manual de Processo Penal*, 2.ª Edição, pág. 26.

⁴³ Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 351

⁴⁴ Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal*, p. 351

A solução alcançada foi a de cometer à competência do TPI os processos concernentes a crimes que os Estados não possam ou não queiram julgar.

A instituição de um Tribunal Internacional de jurisdição complementar, ante as jurisdições nacionais, traduz uma indubitável alteração de paradigma face ao critério que norteou a instituição dos tribunais *ad hoc*⁴⁵.

Se nos recordarmos dos tribunais da Jugoslávia e do Ruanda, constataremos que a jurisdição destes tribunais não tinha natureza complementar, mas sim concorrente. A competência era atribuída a quem conhecesse e autuasse primeiro o arguido.

A solução perfilhada quanto aos tribunais *ad hoc* foi mais imperativa⁴⁶, porque, a comunidade internacional ponderou o facto desses dois tribunais terem que julgar crimes muito graves, cometidos num curto espaço de tempo e num limitado contexto geográfico⁴⁷.

A consagração por parte do TPI de uma jurisdição complementar, (desde logo, não concorrente), traduz uma mais significativa autonomia e a um mais reforçado poder dos Estados. Contudo, a competência jurisdicional fica transferida para o TPI, sempre que as jurisdições internas não possam ou não queiram julgar.

Esta é uma ideia que subjaz ao Estatuto de Roma, mas que se encontra precisamente estatuída, quer no preâmbulo, quer no art. 1.º, onde se assevera que “o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar das jurisdições penais nacionais”.

Esta modalidade difere do estereótipo dos tribunais *ad hoc* que dispunham de uma competência concorrencial.

⁴⁵ Paulo Peixoto e Gracinda Fortes, Tribunal Penal Internacional, Coimbra, Junho de 2004

⁴⁶ A Comunidade Internacional entendeu que devia obrigar que a jurisdição destes tribunais se exercesse mesmo contra a vontade dos países onde estes crimes tinham sido cometidos. Nos dois casos, esta vontade nem sequer existia. Porque em qualquer destes dois países (Jugoslávia e Ruanda) o Estado tinha desaparecido. Na Jugoslávia desapareceu completamente e no Ruanda quase desapareceu.

⁴⁷ Maria Leonor Assunção, O Tribunal Internacional Penal Permanente e de Sísifo, pág. 30, Coimbra Editora, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Janeiro a Março de 1998

No art. 1.º, estabelece-se que “o tribunal será uma instituição permanente com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com dimensão internacional, de acordo com o presente Estatuto e será complementar das jurisdições penais nacionais”.

A consagração deste princípio traz subjacente a ideia de que, na primeira linha se encontra a competência dos Estados para julgar e apenas, quando estes não podem ou não querem, é que intervém a jurisdição do TPI, a título supletivo.

Esta solução tem em vista o respeito pelo núcleo central de soberania dos Estados (razão política).

Uma outra razão de carácter processual radica no facto de serem os Estados a deter uma jurisdição de maior proximidade. Por isso, a jurisdição de proximidade é a do Estado e não a do TPI.

É evidente que, para que este princípio se mostre deveras operacional, importa determinar com razoável exactidão, as circunstâncias em que o TPI pode ser chamado à ribalta. Porque, se o TPI usufrui de mera competência supletiva, importa indagar em que circunstâncias, concretamente, aquela se verifica.

O Estatuto de Roma enumera duas ordens de razões: os casos em que o Estado não quer punir ou processar e os casos em que o Estado não pode punir ou processar.

Vamos escarpetelizar os casos em que o Estado não quer punir:

- Processo dependente de decisão a ser proferida pelo Estado e o Estado querer subtrair a pessoa ou sua responsabilidade (o Estado não quer julgar);
- Haver demora injustificada no procedimento;
- O processo não estar a ser conduzido de uma forma independente ou imparcial (art. 17.º);
- Quando existir conflito positivo de competência entre o País e o TPI, se o País for membro do TPI, a última palavra será do TPI.

Neste primeiro conjunto de circunstâncias, o País não quer punir.

A falta de vontade na administração da justiça, no espírito do presente artigo, revela-se, quando o Estado instaura um processo apenas aparentemente, os chamados falsos processos ou *sham proceedings*.

Na realidade, as autoridades competentes para a aplicação da lei não desejam, nesses casos, uma condenação, mas sim a protecção do arguido em causa, face ao TPI⁴⁸.

O Art. 17.º, n.º 3, refere-se aos casos em que o Estado “não pode julgar”.

“A fim de determinar se existe incapacidade de agir num determinado caso, o tribunal verificará se o Estado por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não está em condições de fazer comparecer o arguido, reunir os meios de prova ou de concluir o processo”.

Estamos face a um colapso de administração da justiça, por não haver juízes ou justiça. Nestes casos, o Estado quer, mas não consegue.

Podemos, em conclusão, asseverar que os Estados têm a primazia, desde que sejam crimes da sua competência. Todavia, ocorrerão casos em que o crime tenha sido praticado no alto mar (narcotráfico) e aí não seja o Estado competente para o seu conhecimento.

Havendo competência do TPI e do Estado, estaremos face a uma concorrência de jurisdições, isto é, um conflito positivo.

Dessa concorrência prevalece a jurisdição do País, desde que ele possa ou queira.

Alguns países europeus não dispõem de legislação penal sobre o crime de pirataria, por virtude de, durante longos anos, o mundo ter acalentado a convicção de que aquele tipo criminal havia sido definitivamente erradicado.

Outros países não dispõem de legislação sobre crimes cometidos em alto mar. Estas razões têm feito com que o crime de pirataria por vezes não seja punido.

5.2. O Direito Internacional e Soberanias Estatais

Como tivemos o ensejo de observar em títulos anteriores, o Direito Internacional conheceu nos últimos cinquenta anos um desenvolvimento e uma evolução muito significativa.

⁴⁸ Ratzenberger, (The International Criminal Court, The Principle of Complementarity), 2006.

Um dos campos onde, com maior acuidade, o aludido desenvolvimento se fez sentir, foi precisamente no conceito de soberania, delimitação do conceito e unidades de jurisdição.

Como tivemos a oportunidade de demonstrar anteriormente, a criação do Tribunal Penal Internacional constitui um corolário lógico e consequencial da evolução do Direito Internacional como sistema de coexistência e cooperação entre os Estados.

Assim, uma das questões mais controversas e incindivelmente ligadas à criação do Tribunal Penal Internacional prende-se com o conteúdo e limites da soberania, mormente, quando articulada com as peculiaridades da justiça penal que, como é consabido, materializa os interesses mais essenciais de cada um dos Estados nacionais.

Neste contexto, o Princípio da Complementaridade consubstancia-se no facto do Tribunal Penal Internacional exercer a sua competência em casos de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para exercer a sua jurisdição primária.

É precisamente em torno deste princípio onde gravitam as principais polémicas inerentes às relações entre o Dinternacional e as diversas soberanias estatais⁴⁹.

A relação do Tribunal Penal Internacional com os tribunais nacionais pode ser apreciada em duas perspectivas distintas: a dos Estados e a da comunidade internacional.

No que concerne aos Estados, a competência sobre os crimes previstos no Estatuto alicerça-se na obrigação originária da soberania estatal exercer a jurisdição criminal em relação aos agentes dos crimes internacionais, nos termos do parágrafo 6.º do preâmbulo do Estatuto de Roma e o seu interesse no exercício da sua jurisdição penal contra a violação das suas leis.

No que refere à Comunidade Internacional, o Princípio da Complementaridade inspira-se no princípio da justiça universal face aos crimes mais graves “por seu carácter particular de horror e残酷”.

⁴⁹ Estatuto de Roma, parágrafo 10 do Preâmbulo.

de selvajaria e barbárie, conforme os termos da Comissão de Direito Internacional da ONU”⁵⁰.

O grande objectivo do TPI é o de obstar a que os agentes de tais crimes se mantenham impunes por razões políticas, interesses económicos ou debilidades estruturais das jurisdições estatais.

O Princípio da Complementaridade encerra o infrangível interesse na adesão dos Estados aos paradigmas internacionais, bem como no desenvolvimento dos seus órgãos jurisdicionais, mormente, o aprimoramento dos Tribunais nacionais com vista a um *adensamento da juridicidade*⁵¹.

O direito Interno e o Direito Internacional, no âmbito do TPI, coexistem numa permanente e inarredável tensão dialéctica.

Segundo Miguel Reale “a dialéctica da Complementaridade é aquela na qual existe uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais factores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo, ao mesmo tempo, cada um deles irredutível ao outro, de tal modo que os elementos da trama só logram plenitude de significado na unidade concreta de relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam”⁵².

5.3. Manifesta incapacidade ou relutância em exercer a Jurisdição

Compreendida a relação dialéctica entre os Estados e a Comunidade Internacional, importará, na perspectiva dos Estados, aferir em que medida a determinação de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um ordenamento jurídico interno para exercer a sua jurisdição e o exercício desta pelo Tribunal Penal Internacional, pode constituir uma ingerência no exercício da soberania estatal.

⁵⁰ Relatório da Comissão de Direito Internacional para a Assembleia geral sobre os trabalhos da sua 36.^a Sessão de 7-5-84, A/39/10, pág. 32.

⁵¹ Cláudia Perrone Moisés, O Princípio da Complementaridade no Estatuto do TPI e a Soberania Contemporânea.

⁵² Miguel Reale, Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 85.

Como se afirmou atrás, o Princípio da Complementaridade encontra-se plasmado no parágrafo 10.º do Preâmbulo, no Art. 1.º e, de forma mais desenvolvida, no Art. 17.º

O Art. 17.º, nas suas alíneas, estabelece duas ordens de razões subsumíveis às hipóteses do Estado ou não poder punir, tais como, a demora injustificada no procedimento ou o colapso da administração da justiça.

Estas disposições, embora estabeleçam os pressupostos necessários para a determinação da existência de **relutância** ou **incapacidade** do Tribunal interno, consideram-se normas de conteúdo variável.

Trata-se de normas que, pela diversidade de situações fácticas que recobrem, acabam por produzir dúvidas e ambiguidades⁵³.

É precisamente em torno das normas de conteúdo variável, onde se pode levantar a eventual possibilidade da ocorrência de uma intervenção inopinada e ingerente do TPI no exercício da soberania estatal. Porque, quanto mais ampla a indefinição do conteúdo da norma, maior a autonomia do intérprete e não será ocioso asseverar que no caso vertente, o Tribunal Penal Internacional será o intérprete da sua própria competência.

Efectivamente, os parágrafos 2.º e 3.º do Art. 17.º do ERTPI contêm pressupostos que correspondem a um esforço de delimitar as disposições de conteúdo variável pelo que, a margem de interpretação do TPI ficará confinada a essas hipóteses. Assim, qualquer ingerência da jurisdição internacional limitar-se-á àqueles parâmetros.

Todavia, será no contexto das formulações, tais como, “intenção de proteger um suspeito”, “atraso injustificável”, “colapso do sistema nacional” ou da “gravidade de uma situação”, onde o TPI encontrará uma vasta amplitude interpretativa⁵⁴.

Importa, nestes casos, recordar que aos Estados está cometida a faculdade de impugnar decisões do TPI, nos termos do Art. 19.º do ER, momento em que tais interpretações podem, eventualmente, ser contestadas.

⁵³ Chaim Perelman e Raymond Vander Elst, *Les Nation et Contenu Variable en Droit*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1984.

⁵⁴ Cláudia Perrone Moisés, *O Princípio da Complementaridade no Estatuto do TPI e a Soberania Contemporânea*.

É evidente que, em virtude do carácter subjectivo do referido critério, nunca será fácil comprovar a relutância ou a falta de vontade na aplicação da lei. Aqui, tal como vimos atrás, também se devem incluir ponderações ou graduações penais viciadas ou benevolentes. Pois, os respectivos Estados dispõem de um relativo poder de apreciação e de graduação da pena.

A solução plasmada no relatório de fundamentação do Projecto do Governo da República Federal Alemã para um Código Penal Internacional parece, portanto, consentânea. Aí, defende-se que uma pena cominada por crimes internacionais, prevista numa lei penal interna, será compaginável com o ERTPI, desde que não se considere desajustada ou notoriamente branda⁵⁵.

Se determinado Estado não se encontrar em condições para cumprir com as suas obrigações internacionais, não poderá eximir-se com o fundamento na insuficiência do direito interno. Todavia, a magnitude do aparato estrutural e material poderá variar de acordo com as circunstâncias e as possibilidades de cada Estado.

A falta de capacidade na aplicação da lei terá de ser aceite, se, em princípio, existe uma vontade do Estado de aplicar a lei e levar os supostos criminosos a tribunal. Mas este propósito pode mostrarse inexequível por razões objectivas. Por exemplo, porque o sistema da justiça do País foi desmantelado por efeito de uma guerra civil. O mesmo se aplica, caso faltem leis penais internas para tipificar os referidos crimes internacionais, apesar do sistema judiciário se ter mantido basicamente intacto.

Isto suscita a questão particular de se apurar, se um Estado cumpre com os requisitos exigidos pela cláusula da complementaridade, se não tiver transposto os elementos constitutivos dos crimes tipificados no Estatuto de Roma para o direito nacional e, portanto, considerar esses crimes como “comuns”, tal como o homicídio, o estupro ou a burla.

Se forem impostas sanções injustas e desproporcionadas, poderá asseverar-se que o Estatuto de Roma não impõe qualquer obrigação

⁵⁵ Fundamentação do projecto de lei do Governo da República Federal Alemã, a Sebenta BR. 29/02, p. 38.

de transposição, mas, paradoxalmente, em última análise, respeita os sistemas jurídicos nacionais.

Por outro lado, esbarrar-nos-emos sempre com um obstáculo de carácter lógico, porquanto, a condenação por prática de um crime contra a humanidade, através do tipo legal de “estupro”, não traduz de forma exacta, o núcleo extraordinariamente injusto da violação de bens jurídicos universais.

Apesar da aplicação da pena adequada, esta sanção não mostra conformidade com a amplitude e a dimensão da injustiça da violação⁵⁶.

Com base neste argumento, foi recusada, em 2006, a transferência para um tribunal norueguês do antigo director-geral do grémio de fiscalização da indústria de Chá do Ruanda, Bagaragaza, acusado de genocídio. Isto deveu-se ao facto da legislação penal norueguesa, da época, não prever o crime de genocídio. Como consequência, o arguido apenas poderia ser acusado de homicídio⁵⁷. A Noruega tipificou este crime posteriormente.

Uma outra razão que poderá impedir o TPI de exercer a sua jurisdição é a chamada “Cláusula Mínima” do Art. 17.º, n.º 1, al. d), do Estatuto do TPI. Segundo esta disposição, para a intervenção do TPI, é crucial a gravidade da causa.

Segundo este critério, inicialmente interpretado de forma restrita pelo TPI, com a aplicação da cláusula, apenas ficariam abrangidos por esta jurisdição as entidades que se encontram no topo da hierarquia política ou militar (“the most senior leaders suspected of being the most responsible for the crimes within the jurisdiction of the Court”)⁵⁸.

Trata-se de uma interpretação que tende a ser banida e sepultada, porquanto a solução contrária estará mais em conformidade com a ideia dos Estados contratantes sobre o papel do TPI.

Logicamente que, se o Estado não mostra condições para corresponder com as obrigações assumidas, emergentes do Estatuto de Roma,

⁵⁶ Lafleur, O princípio da Complementaridade – O Tribunal Penal Internacional na tensão entre a eficácia e Soberania do Estado, 2010.

⁵⁷ Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (ICTR), “Bagaragaza” (TC), a decisão de 19/05/2006 (n.º 16).

⁵⁸ TPI, “Lubanga” (PTC I), a decisão sobre o mandado de detenção de 24/02/2006 2006/02/10 (n.º 50).

terá que inevitavelmente admitir como necessária, a intervenção do Tribunal Penal Internacional e nunca considerá-la ingerente.

Esta intervenção constitui uma solução pertinente que consubstancia a relação dialéctica de complementaridade estabelecida entre as duas jurisdições, com vista à manutenção da ordem internacional.

Parafraseando Celso Lafer, “desta perspectiva, o Princípio da Complementaridade constituirá um meio hábil de incentivar os Estados a promoverem um adensamento das suas legislações e aparatos repressivos internos”.

Não será tautológico afirmar que o Princípio da Complementaridade, analisado no contexto do Tribunal Penal Internacional, suscita inúmeras considerações de natureza política.

Evocamos, exemplificativamente, o crime de genocídio que, amiúde, é perpetrado pelo próprio Estado ou com a cumplicidade deste⁵⁹.

Por outro lado, as jurisdições encarregues do julgamento dos detentores de importantes cargos políticos, estão comprometidas com os órgãos políticos ou constituem emanações destes.

5.4. A Complementaridade e as Modernas Tendências do Direito Internacional

Por toda esta ordem de razões, sufragamos incondicionalmente a necessidade do Princípio da Complementaridade.

Do ponto de vista do Direito Internacional, o Princípio da Complementaridade mostra-se compaginável com as mais modernas tendências nas diversas áreas correspondentes.

No âmbito da manutenção da paz e segurança internacionais, mediante o princípio da ingerência. No âmbito dos direitos humanos, a flexibilização do princípio do esgotamento dos recursos internos, gerando uma maior harmonização entre as jurisdições internacional

⁵⁹ Dalmo de Abreu Dallari, “O genocídio repensado”, in Luiz Olavo Baptista, Hermes Marcelo Huck e Paulo Borba Casella, *Direito e Comércio Internacional, Estudos em Homenagem ao professor Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, pág. 467.

e nacional. No âmbito da justiça internacional, uma crescente especialização e alargamento do seu campo de actuação⁶⁰.

O imparável desenvolvimento do direito internacional vem proporcionando uma mais estreita interdependência dos Estados, aumentando o espectro das suas obrigações e, ao mesmo tempo, espartilhando a competência exclusiva dos Estados em favor de uma competência partilhada. Esta constitui a realidade contemporânea da soberania.

Como assevera Octávio Ianni, aos poucos ou de repente, o mundo se torna grande e pequeno, homogéneo e plural, articulado e multiplicado. Na era da Globalização, as realidades e os problemas nacionais confundem-se com a esfera da realidade e dos problemas mundiais⁶¹.

O corolário lógico deste panorama é a constatação de que a delegação de poderes dos Estados para os organismos internacionais, como é o caso do estabelecimento do Princípio da Complementaridade, resulta de uma possível incapacidade dos Estados em responder isoladamente a demandas globais. Daí a ideia corrente segundo a qual, para problemas globais, são necessárias soluções mundiais.

Outra consequência é a expansão institucional internacional, onde se inscreve o Tribunal Penal Internacional que deverá produzir um intrincado padrão de cooperação e competição na ordem internacional, impondo limitações à liberdade de actuação dos Estados⁶².

Segundo Norberto Bobbio, os Direitos Humanos apresentam três vertentes fundamentais: a promoção, o controlo e a garantia.

A Promoção engloba todo o conjunto de acções necessárias a induzir os Estados que não têm disciplina específica dos Direitos Humanos, a introduzi-la e aos que já a têm, a aperfeiçoá-la.

O Controlo corresponde ao conjunto de medidas adoptadas pelos organismos internacionais com vista a indagar se determinado Estado cumpre com as suas obrigações no contexto dos Direitos Humanos.

⁶⁰ Cláudia Perrone Moisés, *O Princípio da Complementaridade no Estatuto do TPI e a Soberania*.

⁶¹ Octávio Ianni, *A Sociedade Global*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1996, pág. 89.

⁶² Joseph A. Camilleri e Jim Falk. *The End of Sovereignty?* Aldershot, Edward Elgar, 1992, pág. 252 e 253 apud Octávio Ianni e Cláudia Perrone Moisés.

A Garantia, como afirmava Bobbio, tem como meta a criação de uma nova e mais abrangente jurisdição e a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente.

Assim, no que concerne às graves violações dos Direitos Humanos, erigidas à categoria de crimes, elencados no Estatuto de Roma, pode-se vislumbrar uma garantia no plano internacional, por meio do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. Como remata Bobbio, só será possível falar legitimamente de tutela Internacional dos Direitos do Homem, quando uma jurisdição Internacional conseguir impor-se e sobrepor-se às jurisdições nacionais e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica da fase actual – para a garantia contra o Estado⁶³.

Como muito judiciosamente afirmou Celso Lafer, o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional constitui um bem público internacional e o desenvolvimento da dialéctica da Complementaridade ali prevista, constituem passos decisivos na busca da efectiva tutela internacional dos Direitos Humanos⁶⁴.

6. Conclusões

O périplo realizado pelos diversos princípios processuais penais internacionais que enformam o Estatuto de Roma, permite-nos concluir que na sua grande maioria têm carácter global, embora emanem dos sistemas jurídico-penais internos.

Trata-se de uma solução que resulta da influência do direito comparado e da velocidade com que se vem operando a globalização no segmento do direito. Como consequência, encontramos princípios que se disseminaram por todos os ordenamentos jurídicos, independentemente

⁶³ Norberto Bobbio – op. cit., pág. 40.

⁶⁴ Celso Lafer. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

mente das famílias⁶⁵ e que, por esta razão, lograram consagração no Direito Penal Internacional.

Nestas circunstâncias, encontramos os princípios da oficialidade, da legalidade, do acusatório, do inquisitório, do contraditório, da concentração, da verdade material, da livre apreciação da prova, do *in dubio pro reo*, da publicidade, da oralidade, da celeridade e da imediação.

Importa referir que existem princípios que, embora façam carreira na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, não se consagraram ainda na lei ordinária angolana: é o que acontece com o princípio da celeridade processual e o *non bis in idem* que apenas ganharam consagração na nova Constituição de 3 de Fevereiro de 2010, respectivamente, nos arts. 72.º e 65.º, n.º 5.

O princípio da suficiência processual⁶⁶ que faz carreira na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, não encontra consagração no Tribunal Penal Internacional. Em primeiro lugar, pela inadequação do mesmo à natureza internacional da jurisdição e, em segundo, porque o Estatuto não faz qualquer alusão ao conteúdo de tal princípio.

Observamos, paradoxalmente, que o princípio da complementariedade ou da subsidiariedade que enforma e caracteriza o Tribunal Penal Internacional, não emana de nenhum ordenamento jurídico estatal, porquanto se trata de um particularismo apenas compaginável com uma jurisdição internacional.

Neste contexto, o Princípio da Complementaridade consubstancia-se no facto do Tribunal Penal Internacional exercer a sua competência em casos de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para exercer a sua jurisdição primária.

⁶⁵ É curioso que existem princípios que fazem carreira, tanto nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, como nos anglo-saxónicos e até naqueles ordenamentos de matriz socialista-leninista.

⁶⁶ Princípio segundo o qual, no processo penal resolver-se-ão todas as questões que interessam à decisão da causa, qualquer que seja a sua natureza. Este princípio vem consagrado no Art. 2.º do CPP angolano. O Art. 3.º do CPP estabelece limites no sentido de que o juiz pode entender discricionariamente ou ope legis que não é conveniente resolver no processo penal a questão cível, administrativa ou fiscal. Neste caso, suspende o processo penal para que se intente e se julgue a acção respectiva (a questão prejudicial) no tribunal competente.

Esta intervenção constitui uma solução pertinente que consubstancia a relação dialéctica de complementaridade estabelecida entre as duas jurisdições, com vista à manutenção da ordem internacional.

Por toda a ordem de razões atrás apresentadas, sufragamos incondicionalmente a necessidade do Princípio da Complementaridade.

É curioso que existem princípios que fazem carreira, tanto nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, como nos anglo-saxónicos e até naqueles ordenamentos de matriz socialista, marxista-leninista. Todavia, nem todos os princípios mostram um absoluto enquadramento no modelo anglo-saxónico. O mesmo não se poderá asseverar quanto aos outros dois modelos, em relação aos quais os aludidos princípios se ajustam rigorosamente.

Esta discreta, mas significativa, diferença resulta do facto dos sistemas romano-germânico e o socialista apresentarem uma maior similitude entre si nos seus princípios, na sua configuração e no seu funcionamento.

O modelo anglo-saxónico de processo penal apresenta particularismos que lhe são inerentes e que não fazem carreira nos outros dois modelos.

O modelo anglo-saxónico caracteriza-se pelo seu cariz marcadamente acusatório, enquanto os modelos romano-germânico e socialista se distinguem por configurarem um processo misto⁶⁷. O sistema misto constitui o sistema comum e o dominante em quase todo o mundo, inclusive nos países socialistas com algumas particularidades que lhes são inerentes.

Estas particularidades prendem-se com o carácter de classe dos tribunais e dos juízes e com a natureza invariavelmente colectiva das jurisdições que são eleitas pelo poder popular.

No direito anglo-saxónico não fazem carreira os princípios da oficialidade e do inquisitório, nem existe Ministério Público, porquanto, a iniciativa processual não é pública, mas sim particular.

⁶⁷ O processo misto é aquele que se caracteriza por se inquisitório na fase da investigação (secreto, escrito e não contraditório) e acusatório na fase do julgamento (oral, público e contraditório).

No direito anglo-saxónico, a estrutura do processo penal é muito semelhante a do processo civil (sobretudo na Inglaterra)⁶⁸. A acção é popular e a polícia acusa como particular e não como entidade oficial.

Por toda esta ordem de razões, o processo penal misto veiculado pelo ERTPI afasta-se consideravelmente da matriz anglo-saxónica.

Todavia, finalizando como iniciamos, importa, mais uma vez, reiterar que a maioria dos princípios processuais penais internacionais tem carácter global, apesar de emanarem dos sistemas jurídico-penais internos. Os ordenamentos jurídicos internos constituem, deste modo, o ponto de partida e de chegada dos princípios gerais do processo penal.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa (org. de Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004

CARLOS FEIJÓ, Problemas actuais de Direito Público Angolano – contributos para a sua compreensão, Principia, Cascais, 2001, pp. 45 e ss.

JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Processual Penal, 1.º Volume, Coimbra Editora, 1974

JORGE BACELAR GOUVEIA, Manual de Direito Internacional Público, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008

JORGE BACELAR GOUVEIA, Direito Internacional Humanitário – introdução e textos fundamentais, Almedina, Coimbra, 2006; Textos Fundamentais de Direito Internacional Público, Almedina, Coimbra, 2011

JORGE BACELAR GOUVEIA, Direito Internacional Penal, Coimbra, 2008.

JORGE MIRANDA, A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem, Lisboa, 1977, e Direitos do Homem – principais textos internacionais, 2.ª ed., Lisboa, 1989

JORGE MIRANDA, Curso de Direito Internacional Público, 3.ª ed., Principia, Cascais, 2006

⁶⁸ Nos E.U.A, existe um compromisso entre o acusatório puro e o misto. Acusação é ferozmente pública deduzida por procuradores públicos (*attorneys*).

MARIA FERNANDA PALMA, Tribunal Penal Internacional e Constituição Penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11.º, Janeiro-Março de 2001, pp. 7 e ss.

PAULA ESCARAMEIA, O Direito Internacional Público no Século XXI, Almedina, Coimbra, 2003

PAULA ESCARAMEIA, Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições nacionais, in THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, ano II, n.º 3 de 2001, pp. 143 e ss.

VASCO GRANDÃO RAMOS, O Tribunal Penal Internacional e os tribunais penais «*ad hoc*», in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º 5, Luanda, Dezembro de 2004

VASCO GRANDÃO RAMOS, Direito Processual Penal, Noções Fundamentais, 2.ª edição.

WLADIMIR BRITO, Direito Internacional Público, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008

Novas Considerações sobre a Proposta Extrassistêmica de Flexibilização da Coisa Julgada¹ no Estado Democrático de Direito Brasileiro²

LEONARDO OLIVEIRA SOARES³

Resumo: No texto, analisa-se a compatibilidade do denominado processo civil de resultados com a premissa subjacente à proposta de desconstituição atípica da coisa julgada no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Resumen: En el artículo se analiza la compatibilidad del denominado proceso civil de resultados con la premisa subjacente a la propuesta de desconstitución atípica de la cosa juzgada en el Estado Democrático de Derecho brasileño.

Palavras-chave: coisa julgada; dignidade da pessoa humana, segurança jurídica; supremacia constitucional.

Palabras clave: cosa juzgada; dignidad de la persona humana; seguridad jurídica; supremacía constitucional.

¹ Artigo dedicado ao dileto amigo Mauro Simonassi, Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG) e honrado magistrado do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Trabalho publicado originalmente na *Revista Forense*, vol. 415. Rio de Janeiro: Forense, jan./jun. 2012. Texto revisto e acrescido de notas atinentes ao Direito Português. Entregue: 6.10.2012. Aceite: 20.2.2013.

² Em Portugal, a colisão, aparente ou real, entre os princípios constitucionais da justiça e da segurança jurídica, e que se constitui, em última análise, no problema versado na presente exposição, foi objeto de judicioso estudo de OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. Sem que se faça qualquer juízo de valor ao propósito das respeitáveis conclusões apresentadas pelo eminentíssimo jurista português, é fato que, para aplicá-las ao direito brasileiro, mister que se considere a diferença de tratamento dispensado ao instituto da coisa julgada no plano do direito constitucional e infraconstitucional de um e outro países.

³ Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga-FADIPA (MG). Procurador do Estado de Minas Gerais.

“A penosa caminhada de uma sociedade, que ainda não resolveu problemas de ordem vital para a maioria de seus membros, desperta, nos estudosos mais conscientes da dignidade reconhecida a cada ser humano pelo direito, a indignação por sabê-lo existente e por vê-lo, não obstante, negado.

A indignação que nasce da pureza das intenções tem pressa. A dignidade humana é valor que não se negocia, como realmente sempre o foi, por isso nasce a ânsia de promovê-la já. Compreende-se então o apelo para que o direito seja o elemento transformador da sociedade.”(Aroldo Plínio Gonçalves, *Técnica Processual e Teoria do Processo*).

1. Justiça Processual

Em recente publicação⁴, abordou-se, no plano teórico, o tema coisa julgada constitucional. À época, a título introdutório, demarcou-se o conceito de justiça processual. Eis o que se deixou escrito:⁵

A ninguém escapa a idéia de justiça. Realmente, cada ser humano traz consigo a noção daquilo que lhe pareça certo. A assertiva talvez leve à conclusão de que, no final das contas, o conceito de justiça acabe por não existir, já que dependente da subjetividade de cada ser humano. Ou, quem sabe, leve à conclusão de que nem sempre existirá a possibilidade concreta de realização de justiça, na hipótese de a noção de justo, minha e sua, caro leitor, não ser coincidente. Se assim é, no mundo da vida, outra, contudo, deve ser a análise do problema, sob a ótica normativa. De fato, agora, a noção de justo encontra como parâmetro o processo, o devido processo legal. Ou melhor, há critério objetivo, a saber, encontra-se o limite naquilo que tenha sido discutido em contraditório pelas partes, segundo as provas então produzidas, tudo conforme as regras e princípios constitucionais (materiais e processuais) vigentes.

⁴ SOARES, Leonardo Oliveira. A denominada coisa julgada constitucional e o processo civil de resultados no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Síntese*. n. 400. Porto Alegre: Síntese, jan. 2011.

⁵ *Idem. Ibidem.* p. 77-78

Ainda na introdução de aludido estudo, apoiado em judiciosa passagem doutrinária de DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA⁶, arrematou-se⁷:

Em síntese, no plano normativo do direito, não existe espaço senão para a justiça, à falta de melhor terminologia, a que se denominará processual. Justiça processual, portanto, é o tema sobre que se vai discorrer.

Presente esse pano de fundo, retorna-se ao tema.

Agora, com os olhos voltados à concretização do direito. Quer-se dizer, considerando-se respeitável posicionamento da Corte Suprema brasileira sobre a flexibilização da coisa julgada.

Antes, porém, segue breve observação.

2. Dupla perspectiva do processo civil de resultados⁸

É fora de dúvida que o processo civil, como, de resto, o processo jurisdicional, não se constitui em um fim em si mesmo.

⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. vol. 2, p. 445.

⁷ SOARES, Leonardo Oliveira. A denominada coisa julgada inconstitucional e o processo civil de resultados no Estado Democrático de Direito Brasileiro cit., p. 78.

⁸ Com essa qualificação quer-se, sobretudo, aludir a processo apto a produzir soluções satisfatórias, prioritariamente à luz do direito constitucional de julgamento rápido, sem dilações indevidas, conforme art. 5.º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, doravante CF/88, acrescido pela emenda constitucional n. 45 de dezembro de 2004, conhecida, como emenda para reforma do Poder Judiciário brasileiro. A preocupação com a celeridade processual consta inclusive de documentos supranacionais, tais como: 1) a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (art. 6.º, n. 1). Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-12EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf. Acesso em 28.08.2012, 2) a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8.º, n. 1), de que o Brasil é signatário. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 28.08.2012 e 3) a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (art. 7.º, d). Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>. Acesso em 28.08.2012. De igual maneira, está presente em Textos Constitucionais europeus (v.g. art. 111 da Constituição Italiana e art. 20.º, n. 4, da Constituição Portuguesa). Dito princípio, aliás, orienta a atual proposta de reforma do

Vale dizer, o método estatal para solução civilizada de conflitos na sociedade democrática brasileira apresenta, sim, como finalidade primeira assegurar a eficácia dos direitos fundamentais de quantos residam na República Federativa do Brasil.⁹

Essa assertiva, contudo, não leva, seja-me permitido dizer, à ingênuo conclusão de que por qualquer modo se haverá de alcançar dita efetivação.¹⁰

Código de Processo Civil Português, nos termos de passagem da exposição de motivos redigida pela Comissão reformadora, *in verbis*: “A celeridade processual – indispensável à legitimação dos Tribunais perante a comunidade e instrumento indispensável à realização de uma das fundamentais dimensões do direito fundamental de acesso a justiça – passa necessariamente por uma nova cultura judiciária, envolvendo todos os participantes do processo, para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e *floreados adjectivos*, centrado decisivamente na análise e resolução das questões essenciais ao mérito da causa. A consagração de um modelo deste tipo contribuirá decisivamente para inviabilizar e desvalorizar comportamentos processuais arcaicos, assentes na velha práxis de que as formalidades devem prevalecer sobre a sustância do litígio e dificultar, condicionar ou distorcer a decisão de mérito.” Exposição de motivos para reforma do Código de Processo Civil Português. (destaque no original) *RePro* 204/213-214, fev. 2012. Vale salientar, contudo, que a reforma de todo e qualquer sistema moderno de distribuição de justiça não logrará êxito senão a partir de mudança de comportamento ético dos operadores do direito. A respeito da proposta de alteração do CPC brasileiro, consulte-se SOARES. Leonardo Oliveira. A atuação da Fazenda Pública no Projeto de CPC em tramitação legislativa: consagração de prerrogativas ou de privilégios ao Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro? *O novo processo civil*. (org. José Anchieta da Silva). São Paulo: Lex Editora, 2012. p. 438.

⁹ Compromisso, de igual modo, do Estado de Direito Democrático lusitano, tal como se lê na introdução da exposição de motivos da atual proposta de reforma do Código de Processo Civil Português, assim redigida: “Com vista a racionalizar, simplificar e tornar mais célere a realização do fim essencial do processo civil – a justa composição dos litígios privados em tempo útil –, conferem-se aos juiz poderes inquisitórios e de direção do processo, agora reforçados, que lhe permitam, de forma efectiva, não apenas pôr eficazmente termo ao uso de meios e faculdades de natureza dilatória que o actual Código prevê e permite às partes, mas também ordenar a tramitação processual, adequando-a à especificidade da matéria litigiosa, evitando a prática de actos que, em concreto, se possam revelar inúteis e flexibilizando e agilizando as formas processuais previstas, em abstrato, em lei.” Exposição de motivos para reforma do Código de Processo Civil Português. *RePro* 204/211-212, fev. 2012.

¹⁰ Quanto aos limites para a elaboração participada da norma extraível do Texto Legal, acentuamos, em outra oportunidade, que “a afirmação de nosso *status de*

Afinal, na política não menos que no mundo do direito, os fins, ai de nós!, não devem justificar os meios.

Dito de outra maneira, se existem direitos materiais fundamentais assegurados no plano normativo, o mesmo pode ser dito ao propósito dos direitos processuais.

E, dentre esses, ocioso dizer, encontra-se a segurança jurídica materializada no instituto da coisa julgada.¹¹

Dessa maneira, no plano processual/constitucional, pode dizer-se com BARBOSA MOREIRA¹² que:

Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele previstos.

cidadão não se resume a participar do processo de escolha de nossos representantes e, por essa via indireta, estabelecer as regras de conduta a que estaremos sujeitos, eis que reclama, de igual modo, autonomia para interpretar cogitadas regras. Autonomia que, no plano judicial, materializa-se, deve materializar-se, sempre, sob a regência do devido processo legal. Interpretação, por sua vez, que, salvo melhor juízo, jamais poderá levar, em termos absolutos, à resposta única e perene, seja pelo emprego de conceitos indeterminados pelo legislador, seja pela importância de que se reveste, nos dias atuais, a leitura principiológica do direito, seja pelo grau de compreensão de cada um dos intérpretes (cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil), seja, enfim, porque variável o contexto histórico que acompanha, a cada momento, o ato de interpretar. Sim, o processo diacrônico de elaboração das normas jurídicas pelos muitos intérpretes a tanto legitimados envolve todas as nuances ora destacadas, sem prejuízo de outras, por mais que essa constatação venha desagrurar àqueles que têm nas técnicas de uniformização jurisprudencial a saída para todos os males de sociedade tão desigual como a em que, infelizmente, ainda vivemos.” SOARES. Leonardo Oliveira. Novas Considerações sobre a denominada “execução fiscal (definitiva) e provisória”? *RTriB* vol. 103/350-351, mar./abr. 2012. Concretização normativa que se torna ainda mais complexa quando se sabe que a efetivação dos direitos fundamentais se faz sob a regência do sistema principiológico consagrado pelo Texto Constitucional.

¹¹ No rol dos direitos e garantias individuais fundamentais, a CF/88 estabelece, em seu art. 5.º, XXXVI *que a lei não a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

¹² Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional. *Temas de Direito Processual* – 9.ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 248.

Dito isso, passa-se a analisar uma das possíveis consequências para o chamado processo civil de resultados que poderá ser desencadeada a partir de recente posicionamento do STF sobre o tema¹³.

Intento, ao fim e ao cabo, da exposição.

3. A flexibilização da coisa julgada nas ações declaratórias de reconhecimento de paternidade e o processo civil de resultados

Um dos casos mais emblemáticos sobre o assunto em consideração diz respeito às ações declaratórias de reconhecimento de paternidade. Ou melhor, refere-se à possibilidade de novo julgamento de demandas dessa natureza, já solucionadas em definitivo pelo Poder Judiciário, a partir de realização do chamado exame de DNA.

Pois bem. Em recentíssimo pronunciamento (07 de abril de 2011), o plenário do STF, de modo unânime, vislumbrou a presença de repercussão geral¹⁴ em recurso extraordinário (RE 363889) que versou o tema.

Em seguida, por maioria, em 02 de junho de 2011, foi provido o recurso em tela. Com isso, reformou-se sentença que extinguira processo em 1.º grau de jurisdição sem resolução de mérito para permitir o regular processamento de segundo processo no qual se pleiteia o reconhecimento de paternidade. A extinção, vale dizer, baseara-se na existência de trânsito em julgado de dispositivo de decisão proferida em ação similar antes ajuizada pelo recorrente.

Da notícia e votos disponibilizados no sítio eletrônico www.stf.gov.br, ao tempo em que se redigem as presentes linhas, depreende-se que o fundamento central do *decisum* consistiu em que o direito ao reconhecimento de ascendência genética, com apoio na perícia supra-

¹³ O efeito multiplicador e a insegurança jurídica oriundos de uma tal abertura representam, pois, o fundamento nuclear da objeção oferecida, no estudo, à desconsideração atípica da coisa julgada no Estado Democrático de Direito brasileiro.

¹⁴ Por meio desse mecanismo busca-se racionalizar o trabalho da Corte Suprema brasileira, eis que a tese aplicada no julgamento do recurso que verse demanda de interesse geral servirá com parâmetro, não vinculante é verdade, para a apreciação de todos os recursos a respeito o tema. Recursos, ressalte-se, que deverão ter a tramitação suspensa pelos Tribunais locais até que o STF aprecie o, por assim dizer, paradigma, conforme art. 543-B, § 1.º do CPC.

cogitada, configura afirmação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da CF/88).¹⁵ E, como não fora realizada mencionada prova no primitivo processo, deve, agora, o devedor da justa¹⁶ tutela jurisdicional assegurar que o pedido seja reapreciado à luz da prova técnica em questão, nada obstante, repita-se, rejeitado em definitivo noutro processo.

Decerto, neste novo processo, não estará o réu obrigado a sujeitar-se ao exame, o que pode levar a que o segundo feito seja decidido, também, sem a realização de aludida prova.

No entanto, o problema aqui pontuado envolve a permissão extra-legal para realizar-se nova apreciação de demanda já decidida em definitivo e não o modo como o pedido será efetivamente rejugulado. Problema que, como dito, suscita reflexões mais detidas, pelo que, no presente texto, limita-se seu autor a afirmar que o princípio constitucional em apreço, dada a sua amplitude semântica, característica, de resto, de todo e qualquer princípio, comporta em tese a reabertura de discussões solucionadas em definitivo em milhares de processos no intuito de fazer valer a dignidade da pessoa humana.

Afinal, vá a obviedade, nossa afirmação enquanto pessoa humana reclama mais, muito mais de que o direito de obter, no plano processual, certeza científica de vínculo sanguíneo com seus possíveis desdobramentos de cunho patrimonial ou não!

Dito de outro modo, em época de racionalização da prestação da tutela jurisdicional, em que expressões tais como *repercussão geral, objetivação do controle difuso, julgamentos por amostragem*¹⁷ estão na ordem dia, sustenta-se, com o mais absoluto respeito, que o posi-

¹⁵ Preferiu-se, no particular, preservar o escrito, nada obstante, já agora ao tempo desta nova versão, o inteiro teor da respeitável decisão da Corte Suprema brasileira encontrar-se disponível no sítio eletrônico www.stf.gov.br

¹⁶ Ao propósito da distinção entre as noções de justo processo e justa decisão no direito italiano, mas de todo aproveitável ao direito pátrio, consulte-se SOUZA, Artur César de. Justo Processo ou Justa decisão. *RePro* 196/469-492, jun. 2011.

¹⁷ Em recente publicação, eminente jurista italiano enfatizou a relevância da uniformização jurisprudencial, seja como técnica para combater o problema da morosidade que aflige a justiça cível italiana, não menos que a brasileira, seja como meio de concretizar o princípio constitucional da igualdade. PROTO PISANI, Andrea. Princípio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. *RePro* 191/201-210.

cionamento do STF oferece, generosamente, ilimitada franquia para a instauração de novos processos.

Diz-se generosamente, pois respaldada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, e sem adentrar propriamente no mérito do precedente em análise, não se pode negar que ela, a decisão, conspira contra o chamado processo civil de resultados, à medida que potencializa o questionamento do desfecho definitivo de número indeterminado de processos na área cível, não menos que na penal.

4. A inexistência ou insuficiência probatória como meios de flexibilização da coisa julgada

Ainda sob a ótica jurisprudencial, mas já com reflexos no plano doutrinário, o tema admite outra ponderação.

De fato, pois, em respeitável estudo¹⁸, apoiado em precedentes jurisprudenciais, dentre outros, do TJSP, do TRF da 4.^a Região e do STJ¹⁹, sustentou-se que, diante da inexistência ou insuficiência probatória, sequer de existência de coisa julgada material pode falar-se.

Daí, ausente a imutabilidade da resposta dada ao conflito, que, a rigor, sequer fora solucionado, concluiu-se que não há óbice a que seja renovada a demanda, salvo a regra disposta no § único do art. 268 do Código de Processo Civil brasileiro, doravante CPC. Linhas gerais, em virtude do compromisso do Estado brasileiro com a plena realização de justiça.

¹⁸ AMARO, Gelson. Falso julgamento de mérito. *Revista Jurídica*. n. 400. Porto Alegre: Síntese, jan. 2011, p. 11-33.

¹⁹ Os precedentes do TJSP encontram-se em as notas de rodapé ns. 15, 27, 54, 55 e 56 respectivamente do texto em questão. O do TRF da 4.^a Região em as notas ns. 39 e 51. Finalmente o do STJ em a nota de rodapé n. 57. Embora vários dos precedentes versem o tema decidido pelo STF, as conclusões do autor se aplicam a toda e qualquer demanda decidida (*rectius*: não apreciadas em seu mérito), dada a ausência ou insuficiência de provas, conforme expressamente dito em a nota de rodapé n. 39, parte final do trabalho em destaque.

Pois bem. Indiscutivelmente o processo jurisdicional do Estado Democrático de Direito brasileiro deve voltar-se para a efetivação dos direitos fundamentais consagrados nos plano constitucional.

No entanto, e sempre com o devido respeito, a proposta doutrinária em apreço, além de contrariar o disposto nos artigos 2.º, 262, 460 e 333, I, todos do CPC, joga por terra o compromisso do Estado pátrio com o princípio constitucional da segurança jurídica²⁰, expresso²¹ no art. 5.º, XXXVI da CF/88.

A bem da clareza, a colocação que se acaba de fazer pede uma explicação. Ei-la. É fato que o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito em 1.º de grau de jurisdição, caso o autor permaneça inerte por prazo superior a trinta dias quanto à diligência que lhe competia realizar (art. 267, III do CPC).

Não se pode, entretanto, esquecer que compete ao Estado, uma vez acionado (art. 2.º do CPC), providenciar o regular andamento do processo (art. 262 do CPC) e julgar o pedido (art. 460 do CPC) segundo as regras legais vigentes sobre ônus da prova (art. 333, I do CPC).

Com base na sempre respeitável lição de BARBOSA MOREIRA, pode mesmo afirmar-se que, não raro, o processo será decidido sem que tenha havido a exaustiva e desejável valoração das provas e argumentos das partes.

²⁰ Dito princípio restou prestigiado no Projeto de Código de Processo Civil em tramitação legislativa no Congresso Nacional brasileiro, haja vista que se reduziu para um ano o prazo decadencial, hoje, de dois anos (art. 495 do CPC) para ajuizamento de ação rescisória, conforme artigo 893 do PLS 166/2010 e art. 928 do substituto aprovado no Senado Federal (PL 8046/2010), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Em recentíssima decisão monocrática (ação cautelar n.º 2.763 no RE 633.707/RO), datada de 17 de dezembro de 2010, o eminente Ministro Celso Melo ressaltou a relevância da segurança jurídica oriunda da coisa julgada para a definição da validade do exercício de direitos políticos. A íntegra da decisão foi disponibilizada em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Liminar_AC2763.pdf. Consulta efetuada em 27 de dezembro de 2010.

²¹ Nas palavras de autorizado doutrinador, é irrelevante que o texto constitucional brasileiro haja contemplado de forma expressa a garantia da coisa julgada, pois esta “*deriva do Estado de Direito e encontra base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 64.

Ainda segundo o renomadíssimo jurista, em nome da segurança jurídica, tais circunstâncias não impedem que a decisão (*rectius*: seu dispositivo²²) adquira o atributo da coisa julgada material.²³

Assim, à objeção de ordem constitucional acima destacada (princípio da segurança jurídica), bastante por si só, salvo melhor juízo, para refutar a flexibilização da coisa julgada a partir da inexistência ou insuficiência de provas, soma-se outra de natureza infraconstitucional.

No estudo ora em destaque, mencionou-se ainda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas no direito brasileiro.²⁴

Nestas, sabe-se, a apresentação de novo material probatório permite a renovação do pedido que, em processo anterior, fora rejeitado, quer pela inexistência, quer pela insuficiência de provas.

Salvo melhor juízo, o paralelo em tela não leva, contudo, à conclusão a que chegou o eminentíssimo defensor da tese ora combatida.

Realmente, pois, na órbita coletiva, tem-se opção (acertada, saliente-se) consagrada no plano legislativo em virtude da natureza e titularidade dos direitos discutidos no processo.

Bem analisado o argumento, parece mesmo aceitável inferir que a autorização para renovar a demanda baseada em novo acervo de provas, estatuída em procedimentos especiais, serve antes para reforçar a regra geral de que a formação de coisa julgada material independe da exaustão da atividade instrutória no processo. Exatamente por isso, insista-se, a necessidade de disciplina diversa em procedimentos específicos.

²² No direito brasileiro, é entendimento assente que a imutabilidade não alcança a fundamentação do pronunciamento jurisdicional definitivo.

²³ A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista Forense comemorativa – 100 anos, t. 5.* (Coord.) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Rio de Janeiro: Forense, p. 193.

²⁴ A título exemplificativo, os procedimentos das denominadas ações popular e civil pública. Em ambos, há dispositivos expressos, art. 18 da Lei 4.717/65 e art. 16, da Lei 7.437/87, respectivamente, que autorizam a renovação da demanda, caso o processo anterior haja se encerrado por ausência ou insuficiência de provas. No direito Português, vide art. 19, n. 1 da Lei 83/95, que cuida da ação popular.

Desse modo, no plano dos processos coletivos, a flexibilização da coisa julgada se fará consoante os termos prévia e, acrescente-se, democraticamente²⁵ estabelecidos em lei.

Em resumo, não será levada a cabo segundo o critério pessoal de justiça, seja da parte que renova a demanda, seja do órgão jurisdicional a que competirá o novo julgamento.

5. A título de esclarecimento

Não há quem fique indiferente ao tema objeto de análise no texto. Com efeito, pois, o conhecido verso com o qual se procura outrora definir o sentimento de liberdade pode bem ser empregado ao propósito de nossa eterna busca por justiça, *essa palavra que o sonho humano alimenta/que* não há ninguém que explique/e ninguém que não entenda²⁶.

Espera-se, portanto, que as objeções apresentadas nesse breve ensaio não sejam recebidas como manifestação de indiferença e muito menos de repúdio à procura de concreta realização de justiça em país tão repleto de desigualdades como o em que vivemos.

Ao contrário, paciente leitor, seja-me permitido dizê-lo com todas as letras: pretendeu-se, acima de tudo, chamar a atenção para a necessidade de encontrar-se critério justo (leia-se: normativo e que atente para as peculiaridades da relação de direito material deduzida em juízo) para que, então, possa cogitar-se validamente de flexibilização da coisa julgada. E nada mais.

6. Conclusão

Excepcionalmente, a insuficiência de provas poderá representar óbice à formação de coisa julgada material.

²⁵ Nesse sentido, PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania Processual e relativização da coisa julgada. *Revista Jurídica*. n. 304. Porto Alegre, fev. 2003, p. 31.

²⁶ A passagem foi tomada de empréstimo de Cecília Meireles, in *O romanceiro da Inconfidência*, se é que a indicação se faz necessária.

Para tanto, dois pressupostos devem ser observados:

- a) a natureza e titularidade dos direitos exigidos em juízo e
- b) haver prévia deliberação, segundo o devido processo legislativo constitucionalmente assegurado na Lei Maior, por parte dos destinatários das decisões jurisdicionais.

A proposta extrassistêmica de flexibilização da coisa julgada com apoio no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana conspira contra o chamado processo civil de resultados, à medida que potencializa o questionamento do desfecho de número indeterminado de processos na área cível, não menos que na penal.

De fato, pois a busca de nossa plena afirmação enquanto pessoa humana não se esgota, em absoluto, no direito de alcançar, na esfera processual, certeza científica de ascendência genética com seus possíveis desdobramentos patrimoniais ou não, como queira, atento leitor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Gelson. Falso julgamento de mérito. *Revista Jurídica*. n. 400. Porto Alegre: Síntese, jan. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional. *Temas de Direito Processual – 9.ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

—. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista Forense comemorativa – 100 anos, t. 5.* (Coord.) _____. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>. Acesso em 28.08.2012.

Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san-jose.htm>. Acesso em 28.08.2012.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/NR/>

rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-12EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf. Acesso em 28.08.2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. vol. 2.

Exposição de motivos da proposta de reforma do Código de Processo Civil Português. *RePro* 204. São Paulo: RT, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania Processual e relativização da coisa julgada. *Revista Jurídica*. n. 304. Porto Alegre, fev. 2003.

PROTO PISANI, Andrea. Princípio d'egualdade e recurso per cassazione. *RePro* 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.

SOARES, Leonardo Oliveira. A atuação da Fazenda Pública no Projeto de CPC em tramitação legislativa: consagração de prerrogativas ou de privilégios ao Poder Público no Estado Democrático de Direito brasileiro? *O novo processo civil*. (org. José Anchieta da Silva). São Paulo: Lex Editora, 2012.

—. A denominada coisa julgada inconstitucional e o processo civil de resultados no Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Síntese*. n. 400. Porto Alegre: Síntese, jan. 2011.

—. Novas considerações sobre a denominada “execução fiscal (definitiva) e provisória? *RTrib* vol. 103. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2012.

SOUZA, Artur César de. Justo Processo ou Justa decisão. *RePro* 196. São Paulo: Ed. RT, jun. 2011.

O Papel do Presidente da República na Consolidação da Democracia e do Estado de Direito Democrático em São Tomé e Príncipe

NUNO FLORÍNDO D'ASSUNÇÃO SILVA¹

RESUMO: A figura do Presidente da República é coetânea nas mais diversas sociedades políticas, constituindo um órgão do poder central dos Estados que, de per si, suscita grandes preocupações em saber «*o Papel desta figura na Consolidação da Democracia*». Trata-se de um tema aparentemente simples mas muito falado sem nunca esgotar o seu conteúdo nas grandes discussões. Quando a questão se põe para o lado da expressão escrita, os trabalhos relacionados a este tema com alguma profundidade são poucos em qualquer parte do mundo: nos contextos de sociedades como São Tomé e Príncipe (STP) há sempre muitas dificuldades em perceber a contribuição do Presidente da República para a Nação.

Por estas e outras razões me impus dar a minha contribuição no sentido de dar a conhecer o papel do Presidente de São Tomé e Príncipe a luz da *constituição nacional*. Para efeito, compus o estudo em três partes: 1.º ‘Consolidação da Democracia e do Estado de Direito’; 2.º ‘Poder do Presidente da RDSTP’; 3.º ‘O Papel do Presidente da República na Consolidação da Democracia e do Estado de Direito Democrático São-tomense’. Assim, entre os assuntos da presente análise não deixo de tecer a comparação sobre a evolução dos regimes políticos de PALOP e desenvolvo alguns aspetos sobre partidos políticos e sistemas eleitorais ao nível internacional, como infra se seguem.

Palavras-chaves: consolidação da democracia, integração e unidade nacional, sistemas dos regimes políticos, sistemas dos partidos políticos e sistemas eleitorais.

ABSTRACT: The figure of the President is coeval in several political societies, constituting an organ of the central power of the States which, per se, is of major concern to know “the paper this figure in the Consolidation of Democracy.” This

¹ Doutorando em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Mestre em Ciências Jurídico-económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Pós-graduado em Mercados Financeiros do IDEFF. Entregue: 13.11.2012. Aceite: 2.2.2013.

is a topic much talked about seemingly simple but never exhaust its content in big discussions. When the question is put to the side of writing, the work related to this topic in some depth are few anywhere in the world: in the contexts of societies such as São Tomé and Príncipe (STP) there are always many difficulties in understanding the contribution of the President for the Nation.

For these and other reasons I laid me make my contribution towards raising awareness of the role of the President of São Tomé and Príncipe light of the national constitution. For this purpose, the study composed of three parts: 1.º ‘Consolidation of Democracy and the Rule of Law’, 2.º ‘Power of the President RDSTP’ 3.º ‘The Role of the President in the Consolidation of Democracy and Democratic State São Tomé and Príncipe’. Thus, among the subjects of this analysis I still weave some comparison on the evolution of political regimes of PALOPs and develop some aspects of the political parties and the electoral systems internationally, as follow below.

Key words: consolidation of democracy, national unity and integration, systems of political regimes, systems of political parties and electoral systems.

1. Consolidação da democracia e do estado de direito

O acesso à independência dos cinco países africanos de língua portuguesa não se fez aos mesmos tempo e nos termos em que decorreu o acesso à independência dos demais países de África, naturalmente, tal como por toda a parte do mundo, esses tempo e modo haviam de determinar os seus sistemas políticos e constitucionais originários.²

Com efeito, depois de ter sido longamente retardado por causa do sistema político em Portugal, deu-se a ritmo acelerado, logo que este regime foi substituído, e em cerca de 15 meses. Os «*movimentos de libertação*» que tinham conduzido a luta (político-militar ou só política) receberam o poder, praticamente sem transição gradual, por meio de acordos celebrados com Portugal. Nuns casos (Guiné, Moçambique e Angola) os próprios movimentos viriam a proclamar a independência

² MIRANDA, Jorge. “*Brevíssima nota sobre os Sistemas Constitucionais dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*”. Revista Primeiro Cadernos Africanos de Direito. 1996: 1, pp.?. Ver para um estudo aprofundado sobre esta temática, inclusive, sobre aspectos constitucional de Timor Leste e Direito Constitucional Lusófonos, GOUVEIA, Jorge B., “*Manual de Direito Internacional*”. Coimbra. 4.ª Edição (Revista e atualizada). Editora Almedina. 2011. Pp.353-378.

e a outorgar Constituições; noutras casos (Cabo Verde e São Tomé e Príncipe), ela seria declarada formalmente por assembleias eleitas, mas todas dominadas pelos respetivos movimentos, transformados também logo em partidos únicos.³

1.1. As Primeiras Constituições

A análise comparada dos diversos sistemas constitucionais destes novos Estados revela os traços comuns, dentro daquela única fonte de inspiração, tanto político-ideológica como jurídico-constitucional: o *sistema social*, o *sistema económico*, o *sistema político*. Estes países tiveram de comum⁴:

- a) Conceção monista do poder e institucionalização de partido único (correspondente ao movimento de libertação do país, ou, relativamente a Angola, ao movimento vencedor na capital);
- b) Abundância de fórmula ideológica-proclamatórias e de apelo às massas populares;
- c) Empenhamento na construção do Estado – de um «*estado diretor*» de toda a sociedade;
- d) Organização económica de tipo coletivizante;
- e) Recusa de separação de poderes nível da organização política e primado formal da assembleia popular nacional.

Nos países como Cabo Verde e Guiné-Bissau, os regimes eram definidos como de «*Democracias Nacional Revolucionários*»⁵. Sendo o PAICG – Partido Africano de Independência de Cabo Verde ou da

³ Ibidem, MIRANDA, Jorge. “*Brevíssima nota sobre os Sistemas Constitucionais dos Países Africanos...* 1996: 1, pp.?

⁴ MIRANDA, Jorge. “*Brevíssima nota sobre os Sistemas Constitucionais dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*”. Revista Primeiro Cadernos Africanos de Direito. 1996: 1, pp.(?), As primeiras Constituições foram: a de 1973 (depois substituída pela de 1984), quanto à Guiné-Bissau; as de 1975, quanto q Moçambique, São Tomé e Príncipe e Angola e a de 1975 (provisória, depois substituída pela de 1980), quanto a Cabo Verde.

⁵ Art. 3.º em cada uma das Constituições, respectivamente de 1980 e 1984.

Guiné e de Cabo Verde a força política dirigente da sociedade e de Estado.⁶ Moçambique era um Estado de democracia popular, pertencente o poder aos operários e camponeses unidos e dirigidos pela FRELIMO.⁷

Em São Tomé e Príncipe (STP) era o Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe (MLSTP), como vanguarda revolucionária, a força política da Nação, cabendo-lhe determinar a orientação política do Estado.⁸ E em Angola, o MPLA – Partido do Trabalho constituía «*a vanguarda organizada da classe operária*» e cabia-lhe «*como partido marxista-leninista, a direção política, económica e social do Estado nos esforços para a construção da sociedade socialista*».⁹

O poder fora conquistado por movimentos de libertação vindo de duras lutas, que exigiam um comando centralizado e, por vezes, personalizado. Por outro lado, a despeito da diferença de condições, na África dos anos 70 e 80 também era modelo de partido único que prevalecia por toda a parte.

Finalmente, Portugal não deixara nos seus antigos territórios nem instituições, nem tradições democráticas, liberais e pluralistas – até porque desde 1926 tão pouco houvera instituições dessa natureza entre os espaços portugueses e foi só a seguir a 1974 (já depois de consumada a separação) que em Portugal se ergueu, de novo e com mais aprofundamento, o Estado de Direito. Tudo isso poderá explicar, segundo Professor Doutor Jorge Miranda, o carácter não democrático e o afastamento dos modelos ocidentais nos cinco países de língua oficial portuguesa.

1.2. As Transições Constitucionais Democráticas

A partir da segunda metade dos anos 80, os regimes instaurados começaram a revelar nítidos sinais de esvaziamento, de incapacidade para resolver os problemas, de falta de consenso ou de legitimidade

⁶ Art. 4.º das Constituições acima referidas.

⁷ Art. 2.º da sua Constituição de Moçambique.

⁸ Art.3.º da respectiva Constituição de STP.

⁹ Art. 2.º da Constituição de Angola.

– sobretudo em Angola, Moçambique com dramáticas guerras civis alimentadas do exterior.

De 1990 para 1996 abrir-se-iam em todos os cinco países, embora em termos e com resultados diversos, processos constituintes em respostas a essa situação: Cabo Verde, São Tomé e Príncipe e Guiné-Bissau, processos de transição verdadeira e própria, por iniciativa dos próprios regimes no poder – «processo de revisão constitucional» no primeiro e no terceiro casos e culminando na aprovação de uma nova Constituição formal no segundo; em Moçambique e Angola processos de transição ligados aos processos de paz e conduzindo também a novas Constituições.

Em todos os países aqui referidos viriam a efetuar-se eleições gerais, inclusive com vitória da oposição: Cabo Verde e São Tomé e Príncipe; e a seguir, Cabo Verde far-se-ia uma nova Constituição. Mas, como é sabido em Angola só ultimamente começa a surgir os pequenos sinais de ultrapassar as sequelas da guerra.

As novas constituições começaram por datar-se de 1990, quanto a STP; e de 1992, quanto a Cabo Verde e Angola. A Guiné-Bissau não tinha feito ainda uma nova constituição, mas apenas sucessivas revisões. E, tal como nas «*Leis Fundamentais*» da primeira era constitucional, não custa reconhecer fortes pontes de semelhança:

- a) O reforço dos direitos e liberdades fundamentais, com enumerações largas e relativamente precisa, regras gerais sobre a sua garantia e proibição da pena de morte (como já acontecia na sociedade cabo-verdiana);
- b) A previsão de mecanismos de economia de mercado, bem como do pluralismo dos sectores de propriedade, e, em geral, a desideologização da constituição-económica;
- c) A inserção de regras básicas de democracia representativa; e o reconhecimento do papel dos «*Partidos Políticos*»;
- d) A superação do princípio da unidade do poder e uma distribuição mais clara das competências;
- e) Sistemas de governo com três órgãos políticos significativos – presidente, assembleia e governo, com acentuação parlamentarizante: parlamentar em Cabo Verde; presidencialista em

Moçambique, Angola e Guiné-Bissau; e semipresidencial (de pendor parlamentar) em São Tomé e Príncipe;

- f) Um primeiro passo, no sentido da criação de autarquias local;
- g) A preocupação com a garantia da constitucionalidade e da legalidade (com a instauração, a prazo, em Moçambique de um Conselho Constitucional e em Angola de um Tribunal Constitucional).

Em muitas das fórmulas e das soluções divisam-se diretas influências da Constituição Portuguesa de 1976.¹⁰ Não obstante, em grande parte, o mérito das dinâmicas dos movimentos de libertação das sociedades africanas no termo do domínio colonial português, os africanos ao incorporar normas fundamentais de Portugal nas suas normas concretizam tão-somente o sonho de auto-determinação dos seus destinos.

1.2.1. A Influência da Constituição Portuguesa

Outro sim, a influência do democrático direito português reside no chamado processo da Revolução de 25 de Abril de 1974: das guerras coloniais deu-se o movimento das forças armadas portuguesa derrubando o regime no poder pondo fim, a ditadura, a opressão e o colonialismo. Este acontecimento representa uma transformação revolucionária e o início de uma viragem na sociedade portuguesa, na medida em que, restitui aos portugueses os direitos e liberdades fundamentais consagráveis na Constituição Portuguesa de 1976. No qual, se estabelece os mais profundos princípios basilares da democracia e de assegurar o primado do Estado de Direito democrático, que abre caminho para uma sociedade pluralista.¹¹

Sendo assim, Portugal beneficia de uma das grande transformação da sua própria história, externamente, a passar de um Estado opressor

¹⁰ MIRANDA, Jorge. “*Brevíssima nota sobre os Sistemas Constitucionais dos PAO P*”. Cadernos Africanos de Direito. 1996: 1, pp. 2 Citando. RODRIGUES, L. Barbosa. “*A Transição Constitucional Guineense*”. Lisboa. 1995.

¹¹ Ver o preâmbulo da Constituição Portuguesa de 1976.

para um Estado parceiro primário de desenvolvimento e de cooperação em todos os domínios da vida das suas ex-colónias. E internamente, assumindo o desafio de democracia constitucional.

Acresce a todos estes factos as barreiras linguísticas e proximidades de longas datas à reportada influência do direito constitucional, portanto, são obviamente natural as integrações das normas e sistemas revolucionados português nos destes Estados africanos. O grande problema tem a ver com as constantes faltas dos adequados critérios definidos e procedimentos de adaptação para as realidades locais em muitos princípios importados, diretamente invertidos das normas portuguesas e dos outros Estados, principalmente, quando os seus enquadramentos não convidam a uma auto sustentação de atividades e sistemas nacionais de economia e finanças próprias.

Mas nem tudo foi da linha de orientação portuguesa. A falta de preliminares pré-concebidos para uma relação de boas vizinhanças entre os novos Estados e a metrópoles e algum estrangulamento das finanças desta afetaram pela negativa a razão da existência de qualquer mecanismo de integração deixando espaço para a cooperação. Aconteceu que, no terreno da luta de libertação nacional e nos anos que se seguiram à Revolução de Cravos de Portugal, foi politicamente dominada pela emergência de formações partidárias e de ideologias marxistas de direta influência soviética comunista, tal como desenvolvido na ex-URSS.¹² Isto permitiu a expansão do poder deste bloco, mas a médio prazo revelou-se incapaz de ré frutificar os frutos da revolução de 1974.

1.3. Sistema Político de São Tomé e Príncipe

A 12 de Julho de 1975, sob a esclarecida direção do Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe (MLSTP), o Povo São-tomense alcançou a sua Independência Nacional e proclamou perante a África e a Humanidade inteira a República Democrática de São Tomé e

¹² Ibidem, GOUVEIA, Jorge Bacelar, “*Manual de Direito Internacional*”. Coimbra, 2011, pp. 351-352.

Príncipe.¹³ Este sublime acontecimento deu o início ao nobre objetivo de garantir a independência e a unidade nacionais, mediante a construção dum Estado Democrático, segundo o programa máximo do MLSTP.¹⁴

E na sua sessão de Dezembro de 1989¹⁵, MLSTP decidiu-se ratificar as justas aspirações nacionais, expressas durante a Conferência Nacional, de 5-8 de Dezembro de 1989, abrindo o necessário espaço à participação de outras forças politicamente organizadas, com vista ao aprofundamento da democracia, em prol da modernidade.

Assim, 20 anos depois da independência, no dia 20 de Janeiro 1991, os São-tomenses viveram a primeira eleição presidencial pluripartidária, e em 03 de Março de 1991, o povo elege o novo presidente¹⁶ nesta sociedade, de maneira que, se verifica quatro alterações da Lei – mãe, datada da sua aprovação em reunião conjunta do «Bureau-Político» do MLSTP e a Assembleia Constituinte em 5 de Novembro de 1975, publicado no *Diário da República*, n.º 39, de 15 de Dezembro de 1975, contribuíram para a efetivação de multipartidarismo São-tomense. São as alterações seguintes:

- o Texto Primeiro da Lei Constitucional n.º 1/80, publicado no *Diário da República* n.º 7, de 7 de Fevereiro – Primeira revisão Constitucional;

¹³ Essa vitória, a maior da nossa história, só foi possível graças aos sacrifícios e à determinação de valorosos e heroicos filhos de São Tomé e Príncipe que, durante séculos, sempre resistiram à presença colonial, e em 1960 se organizaram em CLSTP e mais tarde, 1972, em MLSTP, até atingir o supremo objetivo da libertação nacional. Durante cinco séculos o Povo São-tomense travou contra a dominação colonial, um combate difícil e heroico, pela libertação da sua Pátria ocupada, pela conquista da Soberania e Independência Nacional, pela restauração dos seus direitos usurados e pela reafirmação da sua dignidade humana e personalidade africana. (Ver o Preâmbulo da Constituição da RDSTP).

¹⁴ Art. 4.º da Lei n.º 2/82 de 31 de Dezembro, *Diário da República* n.º 35 – A Primeira Lei Fundamental ou Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe (CRDSTP).

¹⁵ Chefiado por PR Pinto da Costa, fiel ao dever patriótico de promover o desenvolvimento equilibrado e harmonioso de STP.

¹⁶ 1.º PR Pinto da Costa (1975-1991), mas o povo sãotomense elegeu Miguel Trovoada como 1.º Presidente de STP na democracia.

- o Texto Segundo da Lei Constitucional n.º 2/82 publicado no *Diário da República* n.º 35, de 31 de Dezembro de 1982 – Segunda revisão Constitucional;
- a Lei de Emenda Constitucional n.º 1/87, de 31 de Dezembro – publicada no 4.º Suplemento ao *Diário da República* n.º 13, de 31 de Dezembro de 1987.
- Terceira revisão Constitucional, definida como emenda do Capítulo III da Constituição Política;
- o Texto terceiro da Lei Constitucional n.º 7/90, publicado no *Diário da República* n.º 13 de 20 de Setembro de 1990 – Quarta revisão Constitucional;
- o Texto quarto da Lei Constitucional n.º 1/03, publicado no *Diário da República* n.º 2, de 29 de Janeiro de 2003 – Quinta Revisão Constitucional, que se verificou no decurso da Democracia São-tomense pluralista.

1.4. *Unidade Nacionais*

O progresso de África em comparação com Europa ou os EUA ou mesmo Ásia dos países emergentes aos desenvolvimentos socioeconómicos, tem como condição necessária a paz, que hoje é antes de tudo a paz interna, sem a paz não é possível pensar seriamente em reformas políticas e económicas, em democratização ou em economia de mercado, nem mesmo em integração regional. Embora constitua um passo gigantesco, a paz interna não é, contudo, sinónimo de paz externa ou de desenvolvimento. A cooperação e a integração, a semelhança da Europa Ocidental¹⁷, podem funcionar como via do reforço da interdependência e dos fatores de solidariedade. Na medida em que,

¹⁷ Foram a cooperação e a integração, o reforço da interdependência e dos fatores de solidariedade que na Europa Ocidental permitiram a reconciliação de países até bem pouco tempo fraticidas e, se não tornaram a guerra impossível, tornaram-na pelo menos impensável. VASCONCELOS, Álvaro. “*Introdução: Espaços de Oportunidade*”. Revista África Austral... Pág., 7-10.

a cultura Africana é predominantemente dirigida ou comandada para o nacionalismo¹⁸, mesmo quando adota o pan-africanismo¹⁹.

As referências mais profundas, identificadoras, são para a maioria da população as das chamadas etnias, autênticas nações, com língua própria, cultura, religião e formas de organização comum que as elites nacionalistas do pós-guerra, guiadas por modelos regra-geral de inspiração europeia, tiveram dificuldade em integrar, quando tomaram poder, num projeto nacional.²⁰

No caso de África, as *governanças* (poderes políticos) nada faz para contrariar estes estados de situações anómalas a favor das *boas vivências sociais*.²¹ A RDSTP tendo uma formação de povoamento plurígénero, a partida, tende a ficar de fora destas referências mais profundas de culturas políticas africanas (predominantemente nacionalista), mas não escapa os confrontos com a necessidade de realizar a integração interna de forma profunda, principalmente, no que respeita a mentalidade socio-governativas e a sociomoral, com vista a conquita do

¹⁸ É evidente que os poderes políticos africanos têm conseguido por intermédios de populismo governativos a incentivas grandes apoios de massas sociais a favor dos governantes, mas não se vislumbram qualquer tipo de intervenção no sentido contrário, isto é, a favor de interesses públicos ou das populações em próprios.

¹⁹ Embora seja natural em Estados constituídos em muitos casos a partir dos anos 60 e onde a nação é mais um projeto que uma referência histórica, que existe no entanto em relação a uma determinada potência europeia e à luta de libertação nacional, em que. VASCONCELOS, Álvaro. “*Introdução: Espaços de Oportunidade*”. Revista África Austral... Pág., 7 – 10.

²⁰ VASCONCELOS, Álvaro. “*Introdução: Espaços de Oportunidade*”. Revista África Austral... Pág., 7 – 10.

²¹ VASCONCELOS, Álvaro. “*Introdução: Espaços de Oportunidade*”. Revista África Austral... Pág., 7 – 10. A língua, a religião e a própria cultura são dinâmicas, estão em constante mudanças, muitas vezes cíclicas outras não. Por exemplo, as línguas vão e vêm, tanto é que deixou de ser importante para os Europeus a opção de falarem *latin* ou árabe, exatamente, em nome de nacionalismo. E para manterem as línguas, religiões e culturas europeias, este continente investe milhares de milhões de seus capitais financeiros (muitas vezes apoiados por EUA) nas formações sociopedagógicas das pessoas e sociedades, inclusive dentro ou fora da Europa. Os governantes africanos, de facto, não têm poder financeiro para tais investimentos, aguardam a boa vontade das sociedades «desenvolvidas», e quando obtêm apoios aplicam-nas em seus louvores.

cumprimento dos mais elementares princípios de Direitos do Homem e de Direitos Fundamentais.²²

Perante estas situações, os dirigentes STP estão entre os políticos africanos (aliás como de certos países da Europa²³, de América Latina²⁴,

²² Do ponto de vista prático apesar das relevâncias de riqueza que a «*santomendade*» se manifesta na construção do ser e estar da Mulher e Homem São-tomense, é consensual e unanimemente aceite os problemas e obstáculos anti boas práticas de vivências e do exercício de poderes estaduais resultantes da mentalidade do Homem e Mulher da RDSTP. A prova disso pode ser encontrada em inúmeros obras que tratam das dimensões socioeconómicos, sociopolítico e cultural. Por exemplo, para Armindo Espírito Santo, o maior obstáculo ao desenvolvimento de São Tomé e Príncipe, «está na dimensão humana são-tomense». Numa análise profunda sobre os constrangimentos ao desenvolvimento nacional desde a independência a 12 de Julho de 1975, o autor do livro de natureza económica, diz que o modo de ser e estar dos são-tomenses assume-se como principal fator do atraso económico e social. Um problema que tem raízes antigas. Vem da era colonial. «Este modo de ser e estar não ajuda o país a desenvolver-se. Os comportamentos dos titulares de cargos políticos, tem muito que ver com a cultura do povo são-tomense, eles próprios são portadores desses valores culturais. Pelo que ao não promoverem mudança de atitude no sentido de eliminar esses valores culturais que entendo que são negativos, nós não conseguiremos ter no país o desenvolvimento que se espera», confirmou Armindo do Espírito Santo. E com uma mentalidade que um alto dirigente do país já considerou como sendo tacanha, o arquipélago não consegue encontrar a luz do desenvolvimento. A personalidade da elite política, moldada por tais valores que bloqueiam o progresso, complica mais a situação. «A elite política são-tomense tem uma inabilidade no entendimento da questão económica. Tem uma percepção errada daquilo que é economia e daquilo que é desenvolvimento. Razão pela qual se tem somado erros, nomeadamente a aceitação de modelos de desenvolvimento completamente desenquadrados com a especificidade do país», concluiu, Armindo do Espírito Santo. Ver como o modo de ser e estar dos são-tomenses compromete o desenvolvimento do arquipélago no Jornal digital Téla Nón: <http://www.telanon.info/cultura/2009/03/06/1028/modo-de-ser-e-estar-dos-sao-tomenses-compromete-o-desenvolvimento-do-arquipelago/> Acedido em 05 de Abril de 2011; A Declaração da professora e investigadora, Isaura Carvalho, que contou ao 'Téla Nón' a origem do encontro de São Tomé e Príncipe em Amesterdão, realizado na Holanda, quem aponta que: «O Estado não tem sido um bom exemplo». <http://www.telanon.info/cultura/2009/11/19/2186/%e2%80%9co-estado-nao-tem-sido-um-bom-exemplo%e2%80%9d/> Acedido em 04 de Abril de 2011; E ainda vários artigos destes problemas, designadamente a análise de Dr. Afonso Varela, um dos Ministros do Governo cessante de Patrício Trovoada

²³ Referindo-se as tensões e inerentes problemas de reconhecimentos de autodeterminação Chipre; Sérvia e Kosovo; Etc..

²⁴ As frações sociais em consequências das divisões militares (forças de governos e independentistas) de Colômbia, Argentina, Etc... tensões e ausências de poder de Estado brasileiro em certas zonas deste país.

Antilhas²⁵, e de outros continentes²⁶) que são confrontados com a necessidade de realizar a integração interna no difícil equilíbrio com a modernidade e de consolidar o Estado em tarefas essenciais como a educação, os direitos humanos e sociais, a segurança, ao mesmo tempo que procuram ultrapassar o quadro nacional, assumindo as relações com os vizinhos como um fato de desenvolvimento.

Os seus problemas assumem hoje uma dimensão política e estratégica a que não é possível ficar-se indiferente. Afetados por limitações internas e estruturais que dificultam o processo de desenvolvimento, os países africanos Subsaariana vivem atualmente, em todas as suas complexidades, os problemas de uma integração regional, em simultâneo com processos de integração à escala nacional de cada um deles.²⁷

1.4.1. Os objetivos primordiais da RDSTP

Os objetivos primordiais do Estado da RDSTP, passa por garantir a independência nacional, promover o respeito e a efetivação dos direitos pessoais, económicos, sociais, culturais e políticos dos cidadãos, a promoção e garantia da democratização e o progresso das estruturas económicas, sociais e culturais, e culmina na preservação do equilíbrio harmonioso da natureza e do ambiente.²⁸

Os fortes sinais do incumprimento destes objetivos dá lugar a busca de melhor solução dos problemas a eles relacionados, que atua contra progresso do desenvolvimento de São Tomé e Príncipe. Por

²⁵ As tensões e sucessivas guerras civis no Haiti; as pressões cubanas sobre os dissidentes e opositores de regimes; Etc...

²⁶ Conflitos civis em Myanmar ou Birmânia, oficialmente República da União de Myanmar; os conflitos civis de cariz político religioso na Malásia; as guerras em cursos no Afeganistão; as tensões e as lutas frias nas fronteiras entre Índia e Paquistão; etc...

²⁷ VASCONCELOS, Álvaro. “*Introdução: Espaços de Oportunidade*”. Revista África Austral, o Desafio do Futuro, Integração Nacional e Integração Regional. Coleção: Estudos Africanos, 2. Lisboa – Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais, pág. 9. E, ROCHA, Aurélio. “*Integração Nacional Vs. Integração Regional. Considerações Históricas, culturais e Políticas*”. O Desafio do Futuro, Integração Nacional e Integração Regional. Coleção: Estudos Africanos, 2. Lisboa... Pág.13-30.

²⁸ Art. 10.º da CRDSTP.

isso, a partir de 1996, entidades e personalidades distintas realizam iniciativas (fórum, conferências, palestras e simpósios), em prol de unidade nacionais.²⁹

2. Poder do Presidente da RDSTP

Em STP, compete ao Estado assegurar a Defesa Nacional, garantindo a independência nacional, a integridade territorial e o respeito das instituições democráticas, portanto sem o qual, não se pode cumprir os desideratos primordiais de bom funcionamento de uma nação, e em particular não pode haver relações intra e inter institucional em STP.³⁰ Entre muitos outros eventos registam-se o fórum estado geral de justiça; fóruns de reconciliação nacional; Conferência de iniciativa de Dr. Carlos Graça, questionando a consolidação da democracia em São Tomé e Príncipe.

2.1. *República*

À luz da Constituição a RDSTP é um Estado soberano e independente, empenhado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na defesa dos Direitos do Homem e na solidariedade ativa entre todos os homens e todos os povos. E assegura a identidade nacional são-tomense e integra todo e qualquer são-tomense residente dentro ou fora do seu território.³¹

2.2. *Democracia*

RDSTP é um Estado de direito democrático, baseado nos direitos fundamentais da pessoa humana, em que, o poder político pertence ao povo, que o exerce através de sufrágio universal, igual, direto e

²⁹ E ainda verifica-se muitos encontros de contextos políticos, económico, social e cultural, com carácter nacional e internacional.

³⁰ Art. 11.º da CRDSTP.

³¹ Art. 1.º e art. 2.º da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29 de Janeiro.

secreta nos termos da constituição. O que implica a salvaguarda da justiça e da legalidade como valores fundamentais da vida coletiva, bem como, a separação dos poderes do Estado e o respeito por todas as instituições religiosas. Contando para atingir os seus primordiais desideratos sobretudo com as práticas de economia mista.³²

2.3. Os órgãos de Poder de STP

O sistema político de STP baseia-se na cooperação e auxílios interinstitucionais, tendo como corolários a separação e a independência de poderes, em relação aos órgãos de ‘Poder Central’ (do Presidente da República, da Assembleia da República, do Governo, e dos Tribunais), e aos órgãos de ‘Poderes não Central’ (da Região Autónoma de Príncipe, das Autarquias Locais), e em relação aos mecanismos de relações sociais e aos parceiros de desenvolvimentos (Comunicação Social, Concertação Social, e Organismos Nacionais e Internacionais não Governamentais). Neste sistema cabem os Tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, dirimir os conflitos de interesse públicos e privados e reprimir a violação das leis.³³ As categorias de instituições jurisdicionais de resolução de conflitos são:

- o Tribunal Constitucional; o Supremo Tribunal de Justiça³⁴; o Tribunal de Primeira Instância; o Tribunal Regional e os Tribu-

³² Art. 6.º a art. 10.º da CRSTP – Lei n.º 1/2003 de 29 de Janeiro.

³³ Os n.ºs 1 e 2 do art. 120.º; art. 121.º; art.122; e art.123, todos da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29 de Janeiro. E os Magistrados Judiciais, contrariamente aos de Ministério Público que estão sujeitos as ordens do Procurador-geral da República, os Juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei, e não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas na lei. (Ver art. 125.º da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29/01).

³⁴ O Supremo Tribunal de Justiça é a instância judicial suprema da República e cabe-lhe velar pela harmonia da jurisprudência. – Art. 127.º da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29 de Janeiro.

nais Distritais; bem ainda o Tribunal de Contas.³⁵ Contudo, a Lei prevê e estimula formas adequadas de participação popular na administração de justiça.³⁶ A lei institucionaliza instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.³⁷ Admitindo a existência de Tribunais Militares e Arbitrais, nos casos e nas formas de constituição, organização e funcionamento, previstos na Lei.³⁸

No âmbito da competência material as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional são da competência do tribunal de Jurisdição Comum. Nos tribunais de Jurisdição Comum poderão ser criados, em função da matéria, tribunais de competência especializada, mistos ou arbitrais. Os tribunais arbitrais terão competência para dirimir questões que estejam na disponibilidade das partes, desde que para isso haja acordo das mesmas e ficando estas vinculadas à decisão do tribunal.³⁹

³⁵ Art. 126.º e as alíneas a) e b) deste artigo da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29 de Janeiro. De acordo com a dinâmica circunstancial dos decisores políticos são criados Tribunais de natureza correcionais ou de pequenas instâncias e as Secretarias Judiciais muitas vezes assumem competências genéricas e/ ou singular ou específicas.

³⁶ A arbitragem, assim como o processo judicial, é um meio de solução de conflitos por hetero-composição, enquanto meios como a mediação, a negociação e a conciliação são por auto composição. No processo arbitral, a decisão será imposta por um terceiro (árbitro), enquanto nos mecanismos por auto-composição a palavra final vem das próprias partes. Alguns meios por auto-composição, contudo, também têm a presença de terceiros, como a mediação e a conciliação, ao passo que na negociação participam somente as partes. Pode haver também métodos híbridos, que combinam mediação, arbitragem e outros. Arbitragem Comercial Internacional: http://pt.wikipedia.org/wiki/Arbitragem_Comercial_Internacional Consultado no dia 11 de Março de 2011.

³⁷ Art. 124.º e o n.º 3 do art. 120.º da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29 de Janeiro.

³⁸ N.º 2 e 3 do art. 126.º da CRDSTP – Lei n.º 1/2003 de 29/01. Os tribunais judiciais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo e com jurisdição em todo território nacional. (art. 1.º da Lei Base do Sistema Judiciário).

³⁹ Artigo 6.º da Lei Base do Sistema Judiciário de São Tomé e Príncipe (Competência Material).

2.4. Competência do Presidente

A RDSTP predomina um regime político semipresidencialista de pendor parlamentar. Neste regime o Presidente da República tem a veste do mais alto ‘Magistrado da Nação São-tomense’⁴⁰, podendo decidir em forma de Decreto-presidencial⁴¹. Nas suas ações o Presidente da República, se encontra adstrito a direitos e obrigações (deveres), tendo a *competência própria*⁴², a *competência quanto a outros órgãos*⁴³, e *competência nas relações internacionais*⁴⁴, e o Presidente da República

⁴⁰ Nos termos do art. 77.º da CRDSTP, o Presidente da República é o Chefe do Estado e o Comandante Supremo das Forças Armadas, representa a República Democrática de São Tomé e Príncipe, garante a independência nacional e a unidade do Estado e assegura o regular funcionamento das instituições.

⁴¹ Art. 84.º da CRDSTP.

⁴² Compete o Presidente da República, nos termos do art. 80.º da CRSTP:
a) Defender a Constituição da República; b) Exercer as funções de Comandante Supremo das Forças Armadas; c) Marcar, de harmonia com a lei eleitoral, o dia das eleições para Presidente da República, para a Assembleia Nacional e para as Assembleias do poder regional e local; d) Convocar referendo a nível nacional e marcar a data da sua realização; e) Promulgar as leis, os decretos-lei e decretos; f) Indultar e comutar penas, ouvido o Governo; g) Declarar o estado de sítio e de emergência, ouvido o Governo e depois de autorizado pela Assembleia Nacional; h) Autorizar a participação das Forças Armadas são-tomenses em operações de paz em território estrangeiro ou a presença de Forças Armadas estrangeiras em território nacional, sob proposta do Governo, ouvido o Conselho de Estado e mediante o assentimento da Assembleia Nacional; i) Requerer ao Tribunal de Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade ou legalidade das dos diplomas legais e dos tratados internacionais; j) Conceder as condecorações do Estado.

⁴³ Por art. 81.º da CRDSTP, compete ao Presidente da República relativamente aos outros órgãos: a) Presidir ao Conselho de Estado; b) Presidir ao Conselho Superior de Defesa; c) Presidir ao Conselho de Ministros, à solicitação do Primeiro-Ministro; d) Convocar extraordinariamente a Assembleia Nacional sempre que razões imperiosas de interesse público o justifiquem; e) Dissolver a Assembleia Nacional, observado o disposto no Artigo 103.º e ouvidos os partidos políticos que nela tenham assento; f) Dirigir mensagem à Assembleia Nacional; g) Nomear o Primeiro-Ministro, ouvidos os partidos políticos com assento na Assembleia Nacional e tendo em conta os resultados eleitorais; h) Nomear e exonerar os membros do Governo, sob proposta do Primeiro-Ministro; i) Demitir o Governo, nos termos do Artigo 117.º; j) Nomear três membros do Conselho de Estado; k) Nomear um Juiz para o Tribunal Constitucional; l) Nomear e exonerar o Procurador-Geral da República, sob proposta do Governo.

⁴⁴ Compete ao Presidente da República no domínio das relações internacionais:
a) Representar o Estado nas relações internacionais; b) Ratificar os tratados internacio-

detém o poder de voto, com o qual, pode destituir o Governo, absolver a Assembleia da República.⁴⁵ Todavia, o Presidente não está absolutamente imune das responsabilidades criminais por crimes cometidos nos exercícios das suas funções⁴⁶, e deve aceitar a sua substituição, nas situações como de impedimentos temporários⁴⁷ E nesta direção semipresidencial o Presidente da República em STP também dispõe de competências executivas em matéria de defesa.⁴⁸

2.4.1. Poder do Presidente da República Vs., Pendor Parlamentar

O pendor Parlamentar do regime político São-tomense reside no limite das competências do PR, em relação aos poderes dos demais órgãos de poder político, com particular relevância para as competências de Assembleia da República. Na medida em que, muitas das competências daquele órgão do Estado da RDSTP só se procede se tiver anuência ou aval deste órgão, designadamente: “para o Presidente da República declarar o estado de sítio ou de emergência deve ter autorização da Assembleia da República; para o Presidente da República autorizar a participação da «*Forças armadas*» em operações, em território estrangeiro ou a presença de «*Forças armadas estrangeiras em*

nais depois de devidamente aprovados; c) Declarar guerra e fazer a paz, sob proposta do Governo, ouvido o Conselho de Estado e mediante a autorização da Assembleia Nacional; d) Nomear e exonerar os embaixadores, sob proposta do Governo, e acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros; e) Conduzir, em concertação com o Governo, todo o processo negocial para conclusão de acordos internacionais na área da defesa e segurança.

⁴⁵ Art. 83.º de CRDSTP.

⁴⁶ Art. 86.º de CRDSTP: 1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça. 2. A iniciativa do processo de crime cabe à Assembleia Nacional, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções. 3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição. 4. Pelos crimes praticados fora do exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.

⁴⁷ N.º 1 do art. 87.º da CRDSTP.

⁴⁸ Ibidem, GOUVEIA, Jorge Bacelar, “*Manual de Direito Internacional...*” 2011, p.359.

território nacional», deve ter assentimento da Assembleia da República, desde que este órgão receba a ‘*proposta do Governo*’.⁴⁹

2.4.2. Incompatibilidade Controlo e responsabilidade

O Presidente da República não pode exercer qualquer outra função pública ou privada, por virtudes das sensibilidades do cargo ocupa e função que exerce. E os titulares dos órgãos de poder político são obrigados a manter informados os cidadãos e as suas organizações acerca dos assuntos públicos, ficando sujeitos ao controlo democrático exercido através das formas de participação política estabelecida na Constituição e na lei.⁵⁰

3. “O papel do Presidente da República na consolidação da democracia e do estado de direito democrático em STP”

Considerando o poder político são-tomense pertencente ao povo, que o exerce através do sufrágio universal, igual, direto e secreto, em termos constitucionais⁵¹, deve a governança agir com legitimidade que lhe seja atribuído pelo povo, por via das urnas eleitoral. No entanto, toda organização do processo de eleição democrático nos Estados modernos passa por participação cívica com crivo dos partidos políticos. Os são-tomenses não incapacitados a votar têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos do país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.⁵² Nesses tipos de processos, os partidos políticos exercem papel preponderante de indicar cidadãos que podem decidir sobre as tarefas e missões do Estado. No caso de STP, os são-tomenses estão sujeitos as leis especiais de criação e organização dos partidos políticos e participação políticas.⁵³

⁴⁹ Art. 97.º, n.º 1, alíneas l), m), n), e o), da CRDSTP.

⁵⁰ Art. 72.º, n.º1; e o art.74.º, n.º1, da CRDSTP.

⁵¹ Art. 6.º, n.º 2 de CRDSTP.

⁵² Art. 57.º de CRDSTP.

⁵³ Art. 63.º de CRDSTP.

STP é um país pluripartidário não indiferente as condicionante dos partidos políticos em matéria de eleições presidenciais e legislativas. De 1991 a 1996 assistiu-se um aumento significativo de número dos partidos e de coligações eleitorais. No ano 2001 é constituído o Movimento Democrático das Forças da Mudança-Partido Liberal (MDFM), concorrendo as eleições de 2002; No ano 2005, foram criados dois partidos: Geração Esperança (GE) e União dos Democratas a Cidadania e Desenvolvimento (UDCD); e no ano 2006 constituiu-se o Movimento Novo Rumo (MNR).

No mesmo período (2002 e 2006) emergiram coligações eleitorais de partidos: Partido de Renovação Democrática (PRD) com a União Nacional para a Democracia e Progresso (UNDP), Partido Popular do Progresso (PPP), Partido de Renovação Social (PRS), Partido Trabalhista São-tomense (PTS) e Partido Liberal Social (PLS): a coligação designada Uê Kedadji (UK) em 2002 composta por ADI, CODO, PRD, PPP, e UNDP; em 2006 esta coligação perdeu a participação de ADI, mas foi compensado por entrada de PSR. E os partidos MDFM-PCD participaram coligados nas eleições de 2002 e de 2006.

Nesta temática procura-se uma resposta sobre o papel do PR, no contexto das estruturas eleitoralistas e partidária de STP, apresentando ilustrações de países como França e contando para o efeito deste objetivo com a formalização de leis de carácter não fatais e inexoráveis, mas úteis que correlacionam os sistemas de partidos e os sistemas eleitorais proporcionando uma propensão para que os sistemas partidários ganham uma confirmação específica em função do sistema eleitoral adotado. Isto é, uma análise alinhada ao pensamento de Duverger⁵⁴.

3.1. Sistemas de partidos e sistemas eleitorais

Para Bastos, C.⁵⁵ a primeira lei de Duverger resulta do sistema maioritário de um só turno tender ao bipartidarismo. As eleições maioritárias, que se contentam com a maioria relativa para que dela já se

⁵⁴ DUVERGER, M., citado por Bastos, C. 1995: 133.

⁵⁵ BASTOS, C. 1995: 133.

extraíam o vencedor do pleito, ornam absolutamente inúteis os partidos de pouca expressão eleitoral. Se em cada circunscrição só deve sair um candidato, parece, com efeito estar de acordo com a ordem natural das coisas o facto de que as diversas correntes políticas procurarem-se aglutinar em dois partidos fundamentais. No caso de STP é o que decorreu nas primeiras eleições multipartidários de 1991, com intervenção de PCD-Grupo de Reflexão e o MLSTP. Este perdeu eleição.

A segunda lei de Duverger tem a ver com o facto do sistema proporcional tender ao multipartidarismo e a dificultar as alianças entre os partidos. O sistema proporcional reflete as diversas variantes das correntes políticas de um país, ainda que inexpressivas. Leva-as, portanto, para o seio do *poder legislativo* e na medida em que assim o fazem, as transformam em peças de relevância para o funcionamento de Governo. Assim sendo, os grupos eleitorais de menor expressão não se sentem pressionados a aglutinarem-se ou fundirem-se. Podem, portanto, se permitir uma vida útil mesmo sem condições imediatas de se transformarem na maioria. Nessas condições, o sistema proporcional conduz ao pluripartidarismo.

Pode ser dizer que esta lei verificou-se em STP no referido período que vem de pós primeiras eleições pluralista de 1991 até 2002. O ex., disso está no facto da coligação desnecessária de PCD com MLSTP em 1998 (?) resultar em derrota destes partidos e vantagem para ADI e CODO. Este último, um partido pequeno obteve uma proporcional representação populacional com assento parlamentar. E outro ex., está no próprio referido aumento de número de partidos ao nível nacional.

A terceira lei de Duverger, conhecida por sistema maioritário de dois turnos consiste em exigir a maioria absoluta para eleições do vencedor. Não obtida esta (maioria absoluta) no primeiro escrutínio, realiza-se um segundo do qual só participam os dois candidatos mais votados no primeiro.

Esta lei revela espirito da norma eleitoralista são-tomense e de muitos países democráticos, mas não justifica a prática, na medida que somente nas eleições presidenciais se verifica o jogo eleitoral da segunda volta. Por isso mesmo também que se nota o aumento de número dos partidos políticos e das suas coligações.

Trata-se de um sistema que conduz ao multipartidarismo, mas, tão-somente, no primeiro escrutínio. Pois, num primeiro momento todos os partidos tenderão a testar as suas forças. Derrotados, contudo no primeiro turno, passam a efetuar um jogo de coligações em que os partidos menos votados são levados a apoiar-se num dos mais sufragados, segundo afinidades políticas que nutram.

Em regra, os partidos de direita se agrupam em torno de um partido dessa afinidade e os de esquerda também farão respetivamente o mesmo. Por isso é que nesse sistema se verifica a tendência ou até mesmo a formação de bipartidarismo. É um sistema pouco adotado. É sobretudo estudado e conhecido pelo facto de ser o vigorante na França.

Duverger, M.⁵⁶, considera que os partidos representam em função dos seus respetivos peso ou número de eleitorado. Uns são representativos de uma fração mais ou menos lata da sociedade, mas tendem para excluir a representação em geral e fazem pouco caso do princípio de representação como tal. Atualmente nos regimes pluralistas Ocidentais (França e Itália), um dos maiores problemas é de saber se os partidos comunistas que evoluem são suscetíveis de entrar no quadro representativo característico destes regimes.

Em sentido inverso, as dificuldades intrínsecas ao ideal representativo aparecem através dos problemas postas pelos partidos políticos. Nos grandes Estados, a representação não pode passar sem tais instrumentos. Os partidos arriscam-se, no entanto, à força de organização, a manipularem a opinião. Se eles estão mal organizados, a opinião é ainda traída, pelo menos encontra-se mal traduzida, não chega a fazer-se representar. É o que acontece em STP com o aparecimento de número elevado de partidos políticos: há fraca ligação dos partidos com a sociedade civil, o que faz deles partidos das elites e de fraca coesão ideológica.

⁵⁶ Desta vez referido por NEVES, P. 1983: 101-105. “Textos de Introdução à Política”. Vol.1, Porto Editora.

3.1.1. Terá um PR a solução destes problemas?

A solução para estes problemas! A solução seria a instituição de mecanismos mais democráticos no interior dos partidos muito bem organizados. Periodicamente fora de STP se empreenderam esforços neste sentido. Nem por isso, segundo Neves, P.⁵⁷ se pode deixar de verificar, citando Duverger, M., que:

«a organização dos partidos políticos não é certamente conforme a ortodoxia democrática. A sua estrutura interior é essencialmente aristocrática e oligárquica; os chefes não são realmente designados pelos aderentes, apesar da aparência, mas cooptados ou nomeados pelo centro; tendem para formar uma classe dirigente, isolada dos militantes, uma casta mais ou menos fechada sobre a mesma».

À medida que são eleitos, a oligarquia partidária alarga-se mais mas não se torna democrática: com efeito, a eleição é realizada pelos seus partidários, que são uma minoria em relação aos que dão os seus votos ao partido por ocasião das eleições gerais. Ora os parlamentares encontram-se cada vez mais submetidos às autoridades dos dirigentes internos: isso quer dizer que a massa dos eleitores é dominada pelo grupo menos numerosos dos aderentes e dos militantes, ele próprio subordinado aos organismos dirigentes.

Neves, P.⁵⁸, vai mais longe: a supor que os partidos sejam dirigidos pelos parlamentares, o seu carácter democrático continuaria ilusório. Na verdade, as próprias eleições traduzem muito mal a verdadeira natureza da opinião. Os partidos criam a opinião tanto quanto a representam; formam-na pela propaganda; impõem-lhe um quadro pré-fabricado; o sistema dos partidos não é apenas o reflexo da opinião pública, mas a consequência de elementos externos e técnicos (assim o modo de escrutínio) que se lhe impõem. O sistema de partidos é menos uma fotografia da opinião, do que a opinião é uma projeção do sistema dos partidos.

⁵⁷ NEVES, P. 1983: 177.

⁵⁸ NEVES, P. 1983: 101-105.

Para ainda Duverger, M.⁵⁹ as perspetivas de futuro não seriam melhores: “a evolução geral dos partidos acentua as suas divergências em relação ao regime democrático. (...) O desenvolvimento das ligações verticais e a comparticipação em divisórias estanques, que daí resultam, enfraquecem a liberdade de atividade da base e desenvolvem as possibilidades de influência do alto: ela permite um enquadramento preciso dos partidários, capazes de impedir todo o movimento de independência frente ao entro e de manter uma rigorosa ortodoxia.

Por isso chega-se assim a organismos fechados, disciplinados, mecanizados, aos partidos monolíticos cuja estrutura se assemelha exteriormente à de um exército; mas aí os meios de enquadramento são infinitamente mais suaves e mais eficazes, e assentam mais numa domesticação dos espíritos do que dos corpos. A ação sobre os homens aprofunda-se: os partidos tornam-se totalitários. Requerem dos seus membros uma adesão mais íntima, constituem sistemas fechados e completos de explicação do mundo. O ardor, a fé, o entusiasmo e a intolerância reinam nas igrejas dos tempos modernos; as lutas partidárias tornam-se guerras de religião”⁶⁰

Quanto ao papel do PR, nesta matéria! Tudo indica que os mais altos dirigentes de uma nação têm sempre ligações partidárias, sendo-lhes na mesma esperado que nos exercícios das suas funções, livremente, possa agir com imparcialidade e respeito pelo juramento que assume no interesse da nação em detrimento de qualquer outro interesse, como o de que pode ter com o seu partido político. É óbvio que dificilmente não haverá influências e privilégios e, noutras circunstâncias mesmo na justa influência de imparcialidade a opinião da maioria é sempre contrária e de fortes acusações.

4. Conclusão

Não foi possível dispor de leis dos partidos políticos e eleitorais de STP, o que por si só não impediu que o presente trabalho fosse feito,

⁵⁹ DUVERGER, M., ainda citado por Neves, P. 1983: 178-179.

⁶⁰ Idem, DUVERGER, M. Citado por Neves, P. 1983: 178-179.

mas é um constrangimento registado para ser ultrapassado na próxima edição. Contudo, depreende-se que grande parte das normas vigentes em STP são do período colonial e as atualizadas ao invés de serem adaptadas as realidades locais são ‘copy paste’ das normas de outros países ou de influências desses, designadamente, Portugal, Nigéria, Brasil, Angola, Cuba...

Não há regime político perfeito, cada sociedade estadual deve adotar regime que vai de encontro as suas realidade, cada Estado deve ter o rosto de Direito que vai de encontro com o seu todo, isto é, procurar sempre adequar as suas normas às suas realidades concretas, sob pena de os resultados não justificar os fins almejados... Assim sendo, a democracia São-tomense encontra a ‘consolidificação’ no agir de todo o cidadão nacional residindo dentro ou fora de STP, só depois é que se deve falar dos não são-tomenses. Não se pode cruzar os braços que os vizinhos resolvam-nos o problemas.

Por isso, PR, deve sempre comandar as unidades nacionais, o que significa ter para um presidente um perfil exemplarmente objetivado e imparcial, demonstrador de que se trata de pessoa de bem e de honra para com todos os seus concidadão, capaz de fomentar a coesão e unidade nacional para que os cidadãos são-tomenses possam saber distinguir o que é particular e privado do público, unindo os nacionais em uma só nação, em prol de interesses coletivos e os progressos nacional.

O PR de STP, tendo as atribuições consagradas na Lei mãe pode exercer um papel sublimemente determinante no incremento da consolidação ou reconsolidação da democracia nacional, mas no que respeita as deficiências aqui analisadas no ponto 3 (“O PAPEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA E DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO EM STP”) da presente análise, vindo dos sistemas eleitorais e do próprios partidos políticos, não se pode esperar muito mais de um PR, pese embora, que poderá o PR, tomar a iniciativa para que tudo seja feito no sentido de mudança de critérios e formas de seleção dos candidatos e das nomeações dos cidadãos aos cargos público, bem como, sobre a fiscalização dos órgãos que dirige a nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 – Livros, Revistas, Artigos Científicos e Pareceres

BASTOS, Celso. “*Curso de teoria do estado e ciência política*”. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1995.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, “*Manual de Direito Internacional*”. Coimbra. 4.^a Edição (Revista e atualizada). Editora Almedina. 2011.

MIRANDA, Jorge. “*Brevíssima nota sobre os Sistemas Constitucionais dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*”. Revista Primeiro Cadernos Africanos de Direito. 1996: 1.

NEVES, P. 1983: 101-105. “*Textos de Introdução à Política*”. Vol.1, Porto Editora

ROCHA, Aurélio. “*Integração Nacional Vs. Integração Regional. Considerações Históricas, culturais e Políticas*”. O Desafio do Futuro, Integração Nacional e Integração Regional. Coleção: Estudos Africanos, 2. Lisboa – Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais.

VASCONCELOS, Álvaro. “*Introdução: Espaços de Oportunidade*”. Revista África Austral, o Desafio do Futuro, Integração Nacional e Integração Regional. Coleção: Estudos Africanos, 2. Lisboa – Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais.

2 – Lei Fundamental, Leis e Normas:

Constituições da República de Angola;

Constituições da República de Cabo Verde;

Constituições da República da Guiné Bissau;

Constituições da República de Moçambique;

Constituições da República Portuguesa;

Constituições da República de São Tomé e Príncipe.

Lei n.^o 8/91 publicada no DR n.^o 27/92 de 9 de Dezembro (Base de Sistema Judiciário de STP).

3 – Documentos Eletrónicos e Digitais:

Arbitragem Comercial Internacional: http://pt.wikipedia.org/wiki/Arbitragem_Comercial_Internacional. Consultado, 11 03 2011;

Declaração da professora e investigadora, Isaura Carvalho, que contou ao ‘Téla Nón’ a origem do encontro de São Tomé e Príncipe em Amesterdão, realizado na Holanda, quem aponta que: “*O Estado não tem sido um bom exemplo*”. <http://www.telanon.info/cultura/2009/11/19/2186/%e2%80%9co-estado-nao-tem-sido-um-bom-exemplo%e2%80%9d/>. Acedido, 04 4 2011;

Jornal digital Téla Nón: <http://www.telanon.info/cultura/2009/03/06/1028/modo-de-ser-e-estar-dos-sao-tomenses-compromete-o-desenvolvimento-do-arquipelago/>. Acedido, 05 4 2011.

II - VIDA ACADÉMICA

“Direito, Justiça e Desenvolvimento”

Oração de Sapiência no ISCTEM¹

JORGE BACELAR GOUVEIA²

I – Introdução

- Magnífico Reitor do ISCTEM, Professor Doutor João Leopoldo da Costa
- Excelentíssima Senhora Governadora da Cidade de Maputo
- Excelentíssimo Senhor Presidente da Direção da SOPREL e demais titulares dos seus órgãos dirigentes
- Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho Constitucional de Moçambique, Dr. Hermenegildo Gamito
- Excelentíssimo Senhor Doutor Marcelino dos Santos, Antigo Presidente da Assembleia Nacional Popular e da Assembleia da República
- Excelentíssimos Senhores Coordenadores das Escolas e Departamentos do ISCTEM, em particular o Dr. Henriques José Henriques da Escola Superior de Direito

¹ Texto da Oração de Sapiência proferida em Maputo, em 27 de março de 2012, por ocasião da Cerimónia de Abertura Solene do Ano Académico de 2012 no ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, com o título “Direito, Justiça e Desenvolvimento”. O vídeo da intervenção pode ser consultado em <http://www.jorgebacelargouveia.com/27032012-oracao-de-sapiencia-no-isctem-qdireito-justica-e-desenvolvimentoq-17h00.html>

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogado e Jurisconsulto. Coordenador do DDM – Doutoramento em Direito em Moçambique, conjuntamente organizado entre a Universidade Nova de Lisboa e o Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique. E-mail: jbg@fd.unl.pt. Web-site: www.jorgebacelargouveia.com

- Excelentíssima Senhora Presidente da Direção da Associação de Estudantes do ISCTEM
- Digníssimas Autoridades Executivas, Legislativas e Judiciais presentes, bem como Distintos Membros do Corpo Diplomático acreditado em Moçambique
- Insignes Colegas Docentes, Prezados Funcionários e Queridos Alunos
- Ilustres Convidadas e Convidados
- Minhas Senhoras e Meus Senhores:

1. É com muita alegria que me associo a esta Cerimónia Solene de Abertura do Ano Académico de 2012 do ISCTEM, saudável prática universitária que se tem difundido em diferentes espaços geográficos, através da qual a comunidade académica se reúne e formaliza o início de mais um ano de trabalho.

Quero publicamente agradecer ao Reitor do ISCTEM o simpático convite para aqui estar, cumprimentos que endereço, na sua pessoa, a todos os que me ouvem e veem neste momento.

E deixo já uma mensagem tranquilizadora em relação a esta minha oração de sapiência: a promessa de que, nos próximos minutos, tudo farei para que não seja uma oração de paciência por parte de tão ilustre auditório...

II – ISCTEM: uma instituição de qualidade

2. Permitam-me, a título preliminar, que vos revele o que me vai na alma em relação ao ISCTEM, instituição em que tenho colaborado:

- quer na coordenação e lecionação de um curso de doutoramento em Direito, em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, agora em fase de inscrições para a sua segunda edição, o qual confere um duplo grau académico, do ISCTEM de Moçambique e da Universidade Nova de Lisboa de Portugal, assim permitindo aos novos doutores aceder automaticamente ao espaço europeu de ensino e ciência;

- quer na coordenação e lecionação de vários cursos de mestrado, também com o período de inscrições a terminar, este ano com uma oferta acrescida de novas áreas temáticas, como a fiscalidade, que se adicionam às áreas tradicionais do Direito Empresarial – *Corporate Governance* e das Ciências Jurídicas.

3. Trata-se de uma instituição universitária de primeira água no panorama moçambicano e até regional, com um corpo docente de elevada qualidade, sem falar das suas instalações confortáveis e bonitas – de que este magnífico auditório é um exemplo eloquente – e da sua apetência constante pela inovação e pela procura de novos rumos.

De resto, essa é uma apreciação altamente positiva que tem sido consensualmente aceite pelas diferentes autoridades públicas que tutelam o ensino superior, não sendo por acaso que o ISCTEM tem obtido, ano após ano, os primeiros lugares no *ranking* de qualidade das instituições universitárias moçambicanas.

4. Por isso, creio ser oportuno louvar o trabalho do ISCTEM e de toda a sua comunidade, no pressuposto de que a atividade universitária é sempre o fruto maduro de uma agremiação de esforços, de um verdadeiro espírito de equipa.

É o que posso ver no ISCTEM: uma equipa vencedora, organizada, trabalhadora, criativa, resultado que em grande medida também se deve ao seu “treinador”, o Reitor João Leopoldo da Costa, que com inteligência, dedicação, prudência e cortesia tem sabido como ninguém comandar os seus destinos.

Bem-haja Professor João Leopoldo da Costa pelo seu entusiasmo e empenho, altamente meritório, à frente desta instituição privada de ensino superior de Moçambique.

III – Uma ligação pessoal profunda a Moçambique

5. Muitos saberão que os meus laços com Moçambique – e com Maputo em particular – são já longos e intensos.

Sem nunca ter tido qualquer experiência docente fora de Portugal, aproveitei a oportunidade de aqui lecionar no longínquo ano letivo de 1993/1994, na Universidade Eduardo Mondlane, na sua Faculdade de Direito, era eu então um jovem assistente que terminara o mestrado, e sem cabelos brancos, acreditem!

Assim nasceu uma ligação que não apenas se conservaria firme como teria ocasião de se fortificar em tantos momentos de colaboração com este belo País de Gungunhana, Mondlane e Samora Machel.

6. O tempo permitiu-me aprofundar esse meu trabalho no plano universitário através da organização de cursos de doutoramento e de mestrado, bem como pelo acompanhamento dos respetivos alunos, no contexto geral do ensino universitário.

São já inúmeras as vezes que vim a Moçambique para lecionar cursos ou proferir conferências no âmbito da minha área de especialidade, o Direito Público em geral, com especial incidência no Direito Constitucional e no Direito Internacional.

7. Sempre que se tem proporcionado, do mesmo modo tenho participado em estudos de reforma legislativa e de consultoria jurídica, a pedido de instituições públicas, como foi o que sucedeu com a Assembleia da República – em matéria de revisão constitucional – e com o Conselho Constitucional.

Recordo hoje, com saudade, todo o trabalho que pude realizar como consultor do Banco Mundial no Ministério da Administração Estatal no âmbito do PROL – Projeto de Reforma dos Órgãos Locais.

É que fui responsável, no seio da equipa de consultores então contratada, por uma parte da legislação autárquica aprovada, naquilo que tem sido reconhecido como um grande êxito, o crescimento e a consolidação do Poder Local Democrático.

Como é bom ver os frutos do nosso trabalho e verificar que tantas discussões – nem imaginam com que calor às vezes – de pontos de vista se concretizaram em opções jurídico-políticas de progresso para Moçambique, na certeza de que a democracia local – por estar tão próxima das pessoas – é hoje quase tão importante quanto a democracia nacional.

8. Sei que o contexto de uma Oração de Sapiência não é o lugar nem o momento para coisas pessoais, sobretudo com o risco de perante tão vasto auditório tais revelações saírem da intimidade própria a que pertencem.

Mas perdoem-me a confissão, agora que recordei a ligação pessoal a Moçambique, que se mantém firme até à atualidade: a minha vida mudou substancialmente depois de ter aqui vivido e depois de ter aqui trabalhado.

Vou até mais longe: na minha vida profissional, há um antes e um depois de conhecer Moçambique, tal a magnitude dessa experiência para um jovem de 27 anos que, tendo já visitado alguns lugares do Mundo, se viu confrontado com uma realidade totalmente nova, nas pessoas, nas condições de vida, nas relações de trabalho, na grandeza do espaço e na imensidão do tempo...

Lembro-me bem – como se fosse hoje – de quando saí do avião no aeroporto de Maputo, no dia 23 de setembro de 1993: a sensação de respirar, pela primeira vez, o ar moçambicano!

IV – O tema da Oração de Sapiência

9. Não estranhem, consequentemente, a emoção de aqui estar de novo, nesta solenidade, em que se me pede para refletir sobre um tema específico, na senda da melhor tradição académica: “Direito, Justiça e Desenvolvimento”.

Considero que este é um tema central do Direito, pois a interrogação que em muitos ressoa é esta: se o Direito não torna a sociedade mais justa, ele pode ser Direito? Estaremos antes a fazer algo de torto, que não serve os interesses da Justiça, um Não Direito?

Tema que, como calculam, nem sequer é de agora, bastando lembrar, a fim de atestar as suas remotas conexões, uma célebre distinção do tempo do Estado Romano, no início da era cristã, entre o Direito e a Lei, o *ius* e a *lex*: se a Lei não fosse justa, não seria Direito!

Mas uma contemporânea conceção de Justiça no Direito não pode deixar de se imbricar com o Desenvolvimento das sociedades, no sentido de se acreditar que é ao Direito que incumbe um papel de

transformação social, a um tempo equilibrador das relações sociais e promotor de mais justos e ordenados níveis de bem-estar, numa perspectiva dinâmica – e não estática – de interação com a sociedade.

V – O Direito e a Justiça

10. Alguns, mais céticos ou pessimistas, poderão achar improvável – senão mesmo impossível – a relação do Direito com a Justiça.

Têm, pelo menos, razão num ponto: é que esse é um debate de sempre no Direito, o problema dos seus fins e a sua razão de ser mais profunda, prismo em que se atravessam diferentes modos de pensar e de praticar o Direito.

Este nem sequer é um debate que lhe seja exclusivo e não é mera coincidência o facto de a relação do Direito com a Justiça ser um dos temas nevrálgicos na sua análise crítica, convocando a Filosofia, a História e até a Política: *a busca de um sentido de Justiça que deve limitar e orientar as opções do Jurídico*.

11. O Direito – ou a Ordem Jurídica – tem sido classicamente indeixado à prossecução de dois fins fundamentais: a Justiça e a Segurança.

Como sistema de normas e princípios assistidos de proteção coativa, lembrando a singela e certeira definição do saudoso Professor João de Castro Mendes, o Direito apresenta-se como uma ordem normativa própria da sociedade humana.

O Homem, ser eminentemente social, como desde cedo Aristóteles preconizou, carece de um conjunto de orientações de dever-ser que lhe assegurem uma vivência justa e pacífica:

- justa porque essas normas evitam discrepâncias e assimetrias de vantagens que todos devem usufruir;
- pacífica porque a Ordem Jurídica pressupõe a autoridade de um poder público que a mantém, organiza e estabiliza.

Daí que se imponha recordar a velha máxima romana *ubi societas, ibi ius*: onde está a sociedade, está o Direito.

12. Naturalmente que o Homem em Sociedade não vive apenas com normas jurídicas, uma vez que outras Ordens Normativas igualmente o acompanham.

Em primeiro plano, a Ordem Religiosa, na medida em que dela derivam indicações de dever-ser ditadas pela confissão religiosa que se professe, hoje no contexto da liberdade e do pluralismo religiosos que são apanágio dos Estados de Direito.

Também pontifica a Ordem Moral, associada ou não a uma específica Ordem Religiosa, porquanto o Homem em Sociedade se interroga sobre a bondade ou a maldade das suas condutas, não sendo viável desanexar totalmente a regras morais das regras jurídicas, ainda que possa existir um largo espectro de neutralidade recíproca.

Cumpre ainda mencionar a Ordem de Civilidade, a qual designa os bons comportamentos em sociedade e a delicadeza que é própria de cada meio social, de cada instituição, de cada profissão.

13. Havendo relações de coincidência entre si, estas ordens normativas, contudo, não se confundem com a Ordem Jurídica, a qual tem a característica fundamental de poder ser aplicada coativamente, e não ser suficiente uma mera persuasão religiosa, moral ou social.

É verdade que o círculo de sobreposição entre a Ordem Jurídica e estas ordens normativas foi maior noutros tempos recuados da História da Humanidade.

Simplesmente, não é menos verdade que estas ordens normativas têm uma diferença profunda para com a Ordem Jurídica na sua coatividade e na finalidade que esta prossegue, de um modo pluralista: a Justiça.

14. A importância da Justiça como finalidade do Direito fica logo facilmente comprovada pela breve recordação do caminho percorrido pela História da Humanidade, pejada que está de exemplos em que o Direito não procurou a Justiça.

Tudo se agrava porque tais exemplos se vão repetindo com insistência e se têm prolongado até aos dias de hoje, em que olhamos à nossa volta e sabemos que existe um Direito, mas nem sempre encontramos a Justiça.

É o que sucede quando o Direito se desliga dos valores fundamentais que o animam e se transforma numa mera estrutura de poder, deixando de estar ao serviço da pessoa humana e da sociedade em que ela se encontra inserida.

15. Como se tem historicamente plasmado a questão da Justiça no Direito?

Olhando à História do Direito, é possível encontrar quatro grandes períodos:

- primeiro, a Antiguidade Clássica, na qual o Direito Justo se encontraria em conceções cosmológicas, a partir do reconhecimento de um Deus difuso e pagão, mas que se projetava na harmonia das coisas;
- depois, a Idade Média, com a prevalência de conceções teológicas de um Deus revelado e definidor de um Direito Justo;
- a seguir, a Idade Moderna, em que predominaram conceções racionalistas, propiciadas pela viragem filosófica para o Racionalismo e o Idealismo a partir de René Descartes; e
- por fim, a Idade Contemporânea, com a sucessão de numerosas conceções, desde as conceções negadoras de uma ideia de Justiça – como sucedeu com o positivismo legalista e normativista – até às novas conceções de Direito Natural, sobretudo reavivadas pelas tragédias do século XX, recordando a II Guerra Mundial.

16. O que dizer, hoje, no início do século XXI, a respeito do grau do cumprimento por parte do Direito de superiores padrões de Justiça?

Julgo que há motivos para um razoável otimismo, uma vez que certas visões se encontram ultrapassadas, bem como o Direito se organiza sob um diverso ponto de vista.

17. Ao nível do modo de pensar o Direito, durante muito tempo, sobretudo no século XIX, sobressaiu o chamado positivismo jurídico, que se distinguia na sua essência – bem na esteira do pensamento científico de tal tempo histórico, que pretendia aplicar às Ciências Sociais e Humanas os métodos das Ciências Naturais – pela “divinização”

do Direito estabelecido na sociedade e pela rejeição de parâmetros aferidores da Justiça e da sua legitimidade fora do próprio Direito.

Mesmo sendo errado reconduzir a corrente do positivismo jurídico a uma única conceção, é adequado dizer que a sua essência sempre foi uma só: a obsessão de reconhecer à lei – ou, numa versão mais suave, ao Direito fixado pela comunidade, com a inclusão de costumes e outras fontes secundárias do Direito – o supremo critério de Justiça, com o desenlace de todo o Direito Positivo ser, algo magicamente, um Direito Justo.

18. A complexificação da vida em sociedade rapidamente viria colocar a nu as insuficiências e contradições do pensamento positivista em relação ao Direito, assim como a respetiva corrente filosófica, no plano da Epistemologia nova que tinha criado, rapidamente caindo em desgraça.

O positivismo jurídico não conseguiu resolver os problemas a que se propunha, criando inesperadas injustiças, a despeito de uma vontade de alcançar um Direito objetivo e certo:

- a injustiça da criação centralizada e legislocêntrica do Direito, com repressão de outras fontes do Direito; e
- a injustiça de uma aplicação cega e maquinial do Direito, bem na linha daquilo que Montesquieu chegou a dizer da função do juiz, o qual se deveria remeter a uma tarefa de aplicador automático da lei: “o juiz como a boca que pronuncia as palavras da lei”.

19. A questão da Justiça do Direito igualmente se mostrou muito relevante perante a necessidade de conceber em novos moldes a organização da Ordem Jurídica, das suas fontes normativas e dos seus protagonistas.

Até ao século XX, o Direito foi em grande medida uma criação do Estado Moderno, que depois se projetou, ainda que em novos figurinos, no Estado Constitucional Contemporâneo.

Porém, o Constitucionalismo – como corrente de princípios, de ideias e de valores no tocante à organização das comunidades políti-

cas – determinaria o nascimento de novas tendências para o Direito enquanto expressão do Estado.

20. Em primeiro lugar, o fenómeno da Constituição, como *lex supra* da Ordem Jurídica, trouxe uma dimensão racionalizadora do exercício do poder, disciplinando-o e impedindo o seu uso arbitrário.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais nasceriam neste contexto, colocando o Estado e o Direito ao serviço da pessoa humana, esta vista como fundamento e limite da ação do poder público.

Em terceiro lugar, a organização interna do poder político submeteu-se a novos critérios de separação de poderes, de definição de competências, de igualdade e de proporcionalidade na aplicação de providências de restrição da liberdade individual.

Em quarto lugar, o acesso ao poder do Estado democratizou-se através da universalização dos processos da democracia representativa, muitas vezes em concorrência com a democracia referendária e a democracia participativa.

21. O século XX veio confirmar muitas das alterações que o Constitucionalismo apenas tinha prometido, mas que não tinha logrado atingir na sua máxima extensão, itinerário definitivamente confirmado depois dos acontecimentos vividos com as duas guerras mundiais e com as inúmeras guerras de libertação nacional levadas a cabo contra as potências colonizadoras pelos povos e territórios africanos.

De uma fase de Constitucionalismo Nacional transitou-se a uma outra fase de Constitucionalismo Internacional, em que se contemplou a expansão do ideal das revoluções constitucionais à organização e ao funcionamento da própria comunidade internacional.

Os Estados deixam de ser donos e senhores da vida dos povos e emerge uma Humanidade de mais de seis biliões de pessoas, com direitos fundamentais próprios, e na qual o interesse dos Estados deixa de ser a única palavra de ordem.

Tudo isso também graças à Globalização que se vai adensando, colocando em comum problemas, mas certamente que colocando em comum aquelas vantagens e benefícios que, outrora para alguns, agora podem ser usufruídos por todos.

A Globalização, não obstante as dificuldades de ajustamento que muitos países e regiões enfrentam, como é o caso evidente da União Europeia, tem em si um gérmen de universalidade que jamais pode ser negligenciado nas suas vantagens e na senda de progresso que lhe está indiscutivelmente associado.

22. Eis as razões desse razoável otimismo em relação à prossecução da Justiça por parte do Direito, agora que a luta por um Direito Justo atingiu um patamar cosmopolita, e deixou há muito de ser apenas uma questão doméstica, tratada só ao nível dos Estados.

Se mais dúvidas houvesse, bastaria um simples olhar para aquilo que se passa no Mundo e topar com quatro realidades:

- *a libertação praticamente total dos povos coloniais das potências colonizadoras*, que foi o culminar de uma luta histórica de muitas nações, sobretudo africanas, para cujo processo contribuiu o reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos pela Carta das Nações Unidas em 1945, orientação que se tornaria um dos vetores fundamentais da atividade da mais importante organização internacional;
- *a difusão imparável do modelo democrático*, com a queda sucessiva das ditaduras, dando lugar a democracias que se vão estruturando com linearidade e estabilidade, lá mesmo nas regiões onde se ousa pensar que a democracia não é uma forma de organização universal;
- *o cumprimento generalizado dos direitos humanos*, lapidarmente consagrado nessa nova “Bíblia da Humanidade”, que é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, movimento de proteção que tem sido outro dos eixos fundamentais do empenho de muitas organizações internacionais intergovernamentais e não governamentais;
- *a diminuição drástica das guerras e dos conflitos bélicos*, cada vez mais acompanhados por uma comunidade internacional atenta e que dispõe de meios de intervenção rápida e eficaz, se bem que por vezes sofrendo as flutuações próprias dos interesses das potências militares e cedendo a critérios oportunistas que ofendem a soberania dos países.

23. Quer tudo isto dizer que o Mundo se tornou perfeito, com a plenitude da Justiça? Obviamente que não: há ainda algumas nuvens que tapam o azul do céu.

É o caso do problema da corrupção de alguns titulares do poder político, nos países pobres e nos países ricos, que desvia aquilo que é de todos para alguns que não o merecem.

É o caso do recrudescimento da criminalidade organizada internacional e de novas formas de terrorismo, e até de terrorismo de Estado, sem falar do problema do narcotráfico, males recentes da Humanidade que tardam em ser debelados.

É o caso dos paraísos fiscais, cuja proliferação distorce o esforço financeiro dos contribuintes, normalmente favorecendo aqueles que mais dinheiro têm, e que por isso nunca precisariam de utilizar tais artifícios.

É o caso do tráfico de seres humanos, dos seus órgãos e, em geral, das novas modalidades de escravização humana, retirando à pessoa a sua dignidade como ser único e irrepetível, feito à imagem e semelhança de Deus.

A despeito de estes problemas afligirem a Humanidade, sem dúvida que se colocam numa outra escala de menor intensidade, fazendo com que o Mundo possa ter hoje mais verdade no respeito pelos valores da Justiça.

VI – O Direito e o Desenvolvimento

Senhor Reitor

Ilustres Convidadas e Convidados

Minhas Senhoras e Meus Senhores:

24. A luta pela Justiça não pára aqui. Ela assume hoje novos contornos impostos pelas exigências de Desenvolvimento dos povos, dos Estados, das regiões e da Humanidade em geral.

Sendo importante a Justiça no seu sentido de comutativo e distributivo, na aceção aristotélica que lhe marcaria para sempre o destino, ela não deixa hoje de estar associada à dimensão económico-finan-

ceira da vida em sociedade, que podemos apelidar de Desenvolvimento.

A pessoa humana não tem apenas direito à Justiça: ela também tem direito ao Desenvolvimento, com tudo quanto isso implica nas diversas dimensões em que a mesma se integra.

25. A História da Humanidade tem um balanço negativo em matéria de Desenvolvimento, tal como o tem matéria de Justiça, sendo suficiente lembrar a escravatura, coisa arrepiante e inconcebível, mas que só terminou no século XIX.

Não basta ter um discurso de direitos, de legalidade, de ordem: se o mesmo não for sustentado na realidade do Desenvolvimento económico-social, esse discurso não passará de um embrulho vazio. Sem Desenvolvimento, a Justiça fica empalidecida, sem brilho, sem cor, sem força.

E não significa isto ter uma qualquer visão marxista da História ou do Direito: significa que o Direito para ser verdadeiramente justo não pode desconsiderar a dimensão do Desenvolvimento económico e social.

Infelizmente, tem sido detetada uma preocupante assimetria entre o Direito e o Desenvolvimento, paralelamente que se tem procurado alcançar um Direito mais Justo, sobretudo a partir das revoluções constitucionais, com a implantação do Estado de Direito.

26. No tempo do liberalismo oitocentista, a intervenção económico-social do Estado era praticamente nula, limitando-se a prover a estabilidade e a segurança, tendo sido até depreciativamente designado por Estado-Mínimo ou por Estado-Guarda Noturno.

Não seria, pois, de espantar que rapidamente explodisse, no último quartel do século XIX, a Questão Social, fazendo vir à tona todas as múltiplas necessidades de proteção de um conjunto de novos profissionais, o operariado, sem trabalho regulamentado e sem direitos.

27. A industrialização do século XIX igualmente se projetaria na maior exploração do Continente Africano na busca de novas matérias-primas, tendência reforçada após a Conferência e o Tratado de Berlim

de 1885, que viriam a estabelecer o princípio da ocupação efetiva das possessões coloniais como critério de reconhecimento do senhorio territorial sobre as mesmas por parte das potências europeias.

Se se pode concluir que a intensificação da colonização expedicionária trouxe uma maior presença das comunidades metropolitanas nas colónias, lamentavelmente que trouxe o reverso da medalha, uma desenfreada lógica de capitalismo selvagem, na sofreram de tudo obter para atingir mais altos níveis de rendimento e de lucro.

A própria descolonização feita depois da II Guerra Mundial – processo adiado por Portugal até ao limite do absurdo e do sangue derramado por aqueles que, injustamente, sofreram as guerras coloniais, portugueses, moçambicanos, angolanos ou guineenses – visou resolver um problema sério, mas sem que, simetricamente, tal representasse uma responsabilidade pelo desenvolvimento dos territórios coloniais durante tantas décadas esbulhados das suas riquezas naturais e até humanas.

28. Daí que a questão do Desenvolvimento só possa estar na ordem do dia, mau grado os sinais evidentes de bem-estar económico e social com que vamos deparando um pouco por toda a parte.

No entanto, será que esse bem-estar é suficiente e é para todos? Claro que não.

Esse bem-estar não é suficiente porque são ainda visíveis as discrepâncias de políticas públicas na prestação dos serviços que substanciam o exercício dos correspondentes direitos económicos e sociais.

Esse bem-estar não é para todos porque são ainda notórias as zonas de pobreza, isso comprovando que não são todos os que chegam a tomar contacto com esses benefícios.

29. Assim sendo, é a altura de fazer a seguinte interrogação: o que tem o Direito a ver com isso? Como pode o Direito ser um fator de Desenvolvimento, de bem-estar económico e social?

Este o ponto focal da diferença entre uma conceção conservadora do Direito – apenas destinado à repressão das ilegalidades, das opressões, dos abusos de poder – e uma conceção progressista do Direito

– através da qual o Direito possa ser um motor da transformação da sociedade, apontando para a generalização dos benefícios, em nome da igual dignidade de todas as pessoas humanas.

Com certeza que a economia tem as suas próprias regras e leis de funcionamento, mas sabemos bem – e a Europa, tristemente agora, mais do que qualquer outro continente – que a Ciência Económica está longe de ser uma ciência exata, pressupondo opções políticas e jurídicas fundamentais.

O que se pede neste contexto é que o Direito tenha uma perspetiva sensível – no seu domínio próprio, que é o domínio do dever-ser – ao Desenvolvimento, o que se pode materializar em múltiplas perspetivas, todas elas válidas e atuando em simultaneidade.

30. O Desenvolvimento implica, desde logo, uma ação do poder público estadual, na propiciação da iniciativa dos cidadãos, mas também ele próprio garantindo desejáveis níveis de bem-estar.

Decerto que o desenvolvimento obriga a escolhas e a renúncias em matéria de despesa pública, além das inelutáveis consequências que venha a ter em matéria de receitas financeiras, a começar pelos impostos, que todos pagamos.

Cabe ao poder público estadual a introdução das necessárias reformas para garantir um bem-estar económico e social com mais eficiência, evitando o desperdício e a duplicação de prestações, num debate que se tem aprofundado nas sociedades ocidentais.

Noutra perspetiva, essa orientação pelo Desenvolvimento é cada vez mais protagonizada pelos poderes regionais e locais, além do poder nacional, dada a dimensão dos problemas e o tipo de estruturas que se afiguram mais aptas à consolidação económica e social de uma nação, numa lógica de proximidade.

31. O Estado Social como criação feliz do século XX tem de manter-se contra aqueles que o querem aniquilar, fazendo crer que o cidadão voltou a ser o indivíduo do liberalismo, sozinho e sem os direitos da solidariedade dos outros, todos juntos corporizando uma comunidade política, além da própria comunidade humana de afetos.

No limite, a abolição do Estado Social, fazendo-o regressar às velhas conceções liberais, representaria uma regressão sem precedentes na proteção da dignidade da pessoa humana, tornando o cidadão mais um número que poderia facilmente implicar a desconsideração por parte do Estado em relação a um conjunto de deveres de proteção que tem de manter para com a comunidade.

32. A luta pelo Desenvolvimento identicamente se mostra urgente ao nível supraestadual, no concerto das nações e dos Estados, sendo esta mesmo uma consequência – até certo ponto imprevista – da Globalização que vivemos.

Se a Globalização nos dá uma mais forte consciência de Humanidade – dado sabermos tudo de todos, o que tem sido potenciado pelos meios de comunicação social à escala global, sem ainda esquecer para esse resultado o contributo da facilitação das comunicações interpersonais na criação de uma verdadeira opinião pública mundial – não é menos evidente que a Globalização do mesmo modo faz realçar as assimetrias do Mundo, nas suas regiões e nos seus países.

O fortalecimento de uma Humanidade com direitos internacionais não pode permitir a esquizofrenia de aceitar que os mesmos se exerçam ao nível estadual, simultaneamente que os mesmos nada valem ao nível universal.

Subsequentemente, impõe-se o aprofundamento daquilo a que já se chama o *Direito Internacional da Pobreza*, no qual se pretende a adoção de mecanismos de ajuda ao Desenvolvimento dos países mais pobres.

33. Bem sabemos hoje, ao fim de umas quantas décadas de descolonização, que esta não trouxe o desenvolvimento económico e social dos povos libertados.

Não me passaria pelo espírito, mesmo por poucos segundos, a hipótese de a descolonização não ter sido uma boa escolha, ao invés do que vai aparecendo em certas opiniões de pseudo-intelectuais radicais, europeus e até africanos.

Claro que a descolonização foi um excelente caminho, quanto mais não fosse por uma questão de preservação e defesa de uma identidade

cultural, que todos sabemos estar em grande medida dependente de uma direção política a partir de um poder legitimado pela nação.

34. Noutra ótica, não podemos cair no simplismo de pensar que o atraso no desenvolvimento dos povos e dos Estados pós-coloniais se ficou somente a dever à manhosice dos antigos colonizadores que, por diversas maneiras, conseguiram manter estruturas de dominação nos países que alcançaram a independência.

Sendo isso certeiro em muitos aspectos, como na exportação de mão de obra menos qualificada, nos produtos que carecem de escoamento fácil por via da sua menor qualidade, ou nos mais baixos custos de produção devido a contornáveis ou inexistentes exigências ambientais, esse é um motivo que está longe de explicar o que tem sucedido em muitas economias pós-coloniais, sobretudo em África.

É de crer que se carece de uma política internacional voltada para o desenvolvimento das sociedades mais débeis e que não utilize essas fragilidades como um pressuposto fundamental de uma atitude neocolonialista que tantas vezes tem sido a tônica dominante do comportamento de múltiplas agências internacionais.

VII – Conclusão

Magnífico Reitor

Ilustres personalidades e convidados

Minhas Senhoras e Meus Senhores

35. É tempo de terminar esta minha reflexão, que já vai longa, neste dia de festa para o ISCTEM.

Todavia, não resisto a deixar-vos uma mensagem de esperança, apesar de muitos considerarem que a Justiça e o Desenvolvimento ainda não lhes tocaram.

Esperança no ISCTEM: na qualidade desta instituição, atenta e preocupada com a formação dos seus estudantes, preparando-os para a vida profissional, dando-lhes uma formação humanista sólida;

Esperança no ensino superior: que habilita a enfrentar os sempre novos desafios que a vida ativa coloca, na convicção de que é na capacidade de resolvemos as dificuldades e de superarmos os obstáculos que se encontra o decisivo “elixir do sucesso”, que só este tipo de formação pode facultar na sua plenitude;

Esperança em Moçambique: num país unido, pacífico e democrático, que vai crescendo gradualmente e que habituou o Mundo a nele ver um exemplo de reconstrução e de organização;

Esperança em África: este belo e enorme continente, com imensas riquezas humanas e outras tantas deslumbrantes paisagens naturais, África que viu nascer o primeiro homem, África que é o continente do futuro.

Muito obrigado!

Maputo, 27 de março de 2012.

III – ATIVIDADES DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

I CLBD – CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO

Lisboa, 11 a 13 de fevereiro de 2013

ANFITEATRO A DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

1.º DIA 11/02/2013

09.30 – Cerimónia de Abertura

- Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Co-Coordenador do I CLBD
 - Congresso Luso-Brasileiro de Direito e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Co-Coordenador do I CLBD
 - Congresso Luso-Brasileiro de Direito
- Prof.^a Doutora Teresa Pizarro Beleza, Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Sua Exceléncia, o Embaixador da República Federativa do Brasil em Portugal, Dr. Mário Vilalva
- Sua Exceléncia, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Juiz Conselheiro Luís Noronha do Nascimento
- Sua Exceléncia, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello
- Sua Exceléncia, a Ministra da Justiça, Dr.^a Paula Teixeira da Cruz

10.10 – Conferência de Abertura

- “Portugal, Brasil e o Direito Internacional” – Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

10.30 – Intervalo

10.45 – 1.º painel:

“O Direito do Consumo e a proteção dos consumidores numa economia capitalista global”:

- Moderador: Prof. Doutor António Manuel Hespanha, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Intervenções:
- “O futuro do Direito do Consumo na Crise Económica Global” – Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “Revisão dos contratos de consumo no Direito Brasileiro” – Conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Advocacia Geral da União
- “Venda de bens de consumo” – Prof. Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

13.00 – Intervalo para almoço

15.00 – 2.º painel:

“O Direito da União Europeia e o Tratado de Lisboa”

- Moderadora: Prof.ª Doutora Maria Helena Brito, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Intervenções:
- “A relevância da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia na construção do Direito da União Europeia” – Prof. Doutor José Luís Cruz Vilaça, Juiz Conselheiro do Tribunal de Justiça da União Europeia
- “O impacto do Tratado de Lisboa no Direito da União Europeia: três anos depois” – Prof. Doutor Nuno Piçarra, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “Globalização por extratos de jurisprudência” – Desembargador Luiz Roberto Sabbato, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- “Política Externa e de Segurança Comum e o Tratado de Lisboa” – Prof. Doutor Francisco Pereira Coutinho, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

2.º DIA 12/02/2013

10.00 – 3.º painel:

“O Direito Civil e as novas questões de defesa da Pessoa e da Família”

- Moderador: Prof. Doutor José João Abrantes, Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Intervenções:
- “Novos desafios aos direitos de personalidade” – Prof.^a Doutora Cláudia Trabuco, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “O direito fundamental ao reconhecimento da identidade genética” – Juiz de Direito Márcio Antônio Boscaro, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- “Novos pais e novos filhos: sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças” – Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Debate

13.00 – Intervalo para almoço

15.00 – 4.º painel:

“O Direito Processual Civil e a necessidade de uma Justiça célere e eficaz”

- Moderador: Prof. Doutor Vítor Neves, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Intervenções:
- “Soluções alternativas para composição de conflitos de interesse” – Ministro Luís Felipe Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça
- “Brasil e Portugal: um caso de convergência processual civil” – Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “Mudança de cultura pela composição de litígios” – Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Ministro do Superior Tribunal de Justiça
- “Modelos processuais: uma perspetiva de Direito Processual Compartido” – Prof.^a Doutora Mariana França Gouveia, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

3.º DIA 13/02/2013

10.00 – 5.º Painel:

“O Direito Penal e os novos desafios do Combate à Criminalidade económica”

- Moderadora: Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo, Subdiretora e Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Intervenções:
- “A Administração Pública como bem protegido pela legislação penal brasileira” – Ministro Marco Aurélio Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal
- “A Privatização do Direito Penal – *Mudança de Paradigma ou Desregulação do Poder Punitivo do Estado?*” – Prof.^a. Doutora Teresa Pizarro Beleza, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “A lei de lavagem de dinheiro no Brasil” – Desembargador Hermann Herschander, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- “Desafios e ilusões sobre a intervenção penal nos sectores económicos” – Prof. Doutor Frederico Costa Pinto, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

13.00 – Intervalo para almoço

15.00 – 6.º Painel:

“Direito de Imprensa e liberdade de expressão vs direito de resposta

- Moderador: Prof. Doutor Nuno Piçarra, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e Dr. Alexandre Raposo, Presidente da TV Record
- Intervenções:
- “Limites ao Direito de Resposta” – Ministro João Otávio Noronha, Ministro do Superior Tribunal de Justiça
- “Tensões entre a propriedade intelectual e a liberdade de informação na era digital” – Prof.^a Doutora Maria Eduarda Gonçalves, Professora Catedrática Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

- “Justiça e Comunicação Social” – Dr. Pedro Mourão, Juiz Desembargador e Corregedor do Tribunal da Relação de Lisboa
- Debate

17.00 – Sessão de Encerramento

- “Reavaliando o legado jurídico da Lusofonia” – Prof. Doutor António Manuel Hespanha, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Ministro João Otávio Noronha, Ministro do Superior Tribunal de Justiça
- Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Co-Coordenador do I CLBD – Congresso Luso-Brasileiro de Direito
- Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Co-Coordenador do I CLBD – Congresso Luso-Brasileiro de Direito

Comissão Organizadora:

Jorge Bacelar Gouveia (jbg@fd.unl.pt), Heraldo Oliveira Silva (heraldo-
osilva@uol.com.br)

Organização:

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (www.fd.unl.pt),
Academia Paulista de Magistrados e Instituto do Direito de Língua Portuguesa (www.idilp.net)

Inscrições:

20 euros, feita *on line* (www.fd.unl.pt)

Secretariado:

Dr.^a Isabel Falcão (ifalcao@fd.unl.pt)

Certificação:

3 ECTS; diploma do IDILP

Apoio:

Justiça TV; CEDIS; CPLP; Embaixada do Brasil em Portugal; Supremo Tribunal de Justiça de Portugal; JurisNova – Associação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; TV Record

III CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

“JUSTIÇA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA”

Auditório do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique

MAPUTO, 20 E 21 DE MARÇO DE 2013

PROGRAMA

1º DIA – 20 DE MARÇO DE 2013

08.30 – Recepção dos participantes

09.00 – Cerimónia de Abertura

- *Professor Doutor João Leopoldo da Costa*, Magnífico Reitor do ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Presidente do Comité Científico do III CONDILP – Congresso do Direito de Língua Portuguesa e Presidente do IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
- *Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza*, Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Sua Excelência, o Presidente da União dos Advogados de Língua Portuguesa e Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal, *Dr. António Marinho e Pinto*
- Sua Excelência, o Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique, *Dr. Gilberto Correia*
- Sua Excelência, o Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste, *Conselheiro Cláudio Ximenes*
- Sua Excelência, o Procurador-Geral da República de Moçambique, *Dr. Augusto Paulino*

- Sua Excelência, o Presidente do Tribunal Supremo de Moçambique, *Conselheiro Osias Ponja*
- Sua Excelência, o Presidente do Conselho Constitucional de Moçambique, *Conselheiro Hermenegildo Gamito*
- Sua Excelência, a Ministra da Justiça da República de Moçambique, *Dr^a. Benvinda Levi*

10.00 – Momento Musical: *Ivete Mafundza e Valdomiro José*

10.30 – Intervalo

10.45 – 1º Painel:

“Reformas Penais e Direito da Anti-Discriminação”

- Moderadora: *Dr^a Benvinda Levi*, Ministra da Justiça de Moçambique
- *Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza*, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)
- *Mestra Luzia Sebastião*, Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional de Angola e Professora da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- **Intervalo**
- *Professora Mestra Elysa Vieira*, Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)
- *Professora Doutora Zamira de Assis*, Professora da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)
- **Debate**

13.30/15.00 – Intervalo para almoço

15.00 – 2º Painel:

“Proteção dos Direitos Sociais e Crise do Estado Social”

- Moderador: *Juiz Conselheiro Osias Ponja*, Presidente do Tribunal Supremo de Moçambique
- *Professor Mestre João Ubisse Nguenha*, Juiz Conselheiro do Conselho Constitucional de Moçambique e Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia

de Moçambique e da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

- *Professora Doutora Elisa Rangel*, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- *Professor Doutor Luís Salgado de Matos*, Investigador Principal com Agregação do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (Portugal)
- **Intervalo**
- *Professora Mestra Yi Wa Jiang*, Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (Macau)
- *Professor Doutor José João Abrantes*, Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)
- *Professor Mestre Duarte Casimiro*, Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)
- **Debate**

17.00 – Lançamento do nº 1 da REDILP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

17.30 – Apresentação de artigos de alunos sobre os temas do III CONDILP (call for papers)

Coordenação:

- *Professor Mestre Henrques José Henrques*, Professor e Director da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professora Doutora Helena Pereira de Melo*, Professora e Subdiretora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho*, Vice-Presidente do IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa

2º DIA – 21 DE MARÇO DE 2013

9.00 – 3º Painel:

“Reformas Processuais Civis e Resolução Alternativa de Litígios”

- Moderador: *Dr. Gilberto Correia*, Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique

- *Conselheiro Cláudio Ximenes*, Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste (Timor-Leste)
- *Dr. António Marinho e Pinto*, Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal (Portugal)
- *Dr. Hermenegildo Cachimbombo*, Bastonário da Ordem dos Advogados de Angola (Angola)
- *Professor Doutor Fernando Horta Tavares*, Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)
- *Professor Doutor Vítor Pereira das Neves*, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)
- *Dr. Fernando Tonim*, Presidente do ILMAI – Instituto de Mediação e Arbitragem Internacional e Advogado (São Tomé e Príncipe)
- *Dr. Abdul Carimo Issá*, Director da UTREL – Unidade Técnica para a Reforma Legislativa (Moçambique)
- Debate

11.00 – Intervalo

11.15 – 4º Painel:

“Direito dos Recursos Naturais: risco ou oportunidade?”

- Moderador: *Professor Mestre Henrques José Henrques*, Professor e Director da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professor Doutor Benjamim Alfredo*, Professor Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique (Moçambique)
- *Professor Doutor Carlos Feijó*, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- *Professor Carlos Manuel Serra*, Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique (Moçambique)
- *Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho*, Professor Auxiliar do Instituto Superior de Ciências Sociais e Política da Universidade Técnica de Lisboa e Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

- *Professor Mestre Gildo Espada*, Professor e Director-Adjunto da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique (Moçambique)
- Debate

13.00/14.30 – Intervalo para almoço

14.30 – 5º Painel:

“Ensino do Direito e Profissões Forenses no contexto do Processo de Bolonha”

- Moderador: *Dr. Luís Filipe Sacramento*, Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo de Moçambique
- *Professor Mestre Carlos Teixeira*, Decano e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- *Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior*, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)
- *Professora Doutora Ana Cristina Nogueira da Silva*, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)
- *Professor Doutor Armando César Dimande*, Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)
- Debate

17.00 – Intervalo

17.30 – Conferência Geral de Encerramento

- Moderador: *Conselheiro Machatine Munguambe*, Presidente do Tribunal Administrativo de Moçambique
- Conferencista: *Professor Doutor Carlos Feijó*, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola): “O Investimento Estrangeiro e Direito de Língua Portuguesa: abertura ou protecionismo?”

18.00 – Cerimónia de Encerramento

- *Professor Doutor João Leopoldo da Costa*, Magnífico Reitor do ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique

- Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Coordenador do III CONDILP – III Congresso do Direito de Língua Portuguesa
- Sua Excelência, Dr. Tomaz Salomão, Secretário-Executivo da SADC – South African Development Countries
- Sua Excelência, Dr. Murade Isaac Miguigy Murargy, Secretário-Executivo da CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
- Sua Excelência, Dr^a Verónica Nataniel Macamo Dlhovo, Presidente da Assembleia da República de Moçambique

Creditação:

2 ECTS

Organização:

IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa

(www.idilp.net);

ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
(www.isctem.ac.mz);

FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
(www.fd.unl.pt)

Local:

Auditório Principal do ISCTEM – Rua 1394 – Zona FACIM, 322 - Maputo

Tel.: +258 21312014/5 | Fax: +258 21312993

E-mail: secretaria@isctem.ac.mz

Comité Científico:

Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia

(jb@fd.unl.pt);

Professor Mestre Henrques José Henrques

(henrquesjhenrques@gmail.com);

Professor Mestre Gildo Espada

(gildoespada@gmail.com);

Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho

(fpcoutinho@hotmail.com)

Secretariado Técnico:

Dr^a Isabel Falcão
(ifalcao@fd.unl.pt)

Participação:

15 euros, 500 meticais

Inscrições:

As inscrições devem ser enviadas ao cuidado do Dr. Gildo Espada,
até 5 de Março de 2013: gildoespada@gmail.com

Apoios:

CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
(www.cplp.org);
Fundação Portugal-África;
CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento em Direito e Sociedade
(www.cedis.fd.unl.pt)

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 *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 Públíco*, 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 de Direito Públíco* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	” ⁴
Diz ⁵ .	diz ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excepcionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excepcionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista do Direito de Língua Portuguesa

Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal.
E-mail: presidente@idilp.net
Sítio eletrónico: www.idilp.net

REDILP - REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto);

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof^a Mestra Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof^a Doutora Cláudia Trabuco (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro 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 Teixeira

A Intervenção do Estado na Economia em Angola

Casimiro Pina

Constituição e Ad-Hocracia

Jiang Yi Wa

Protecção Penal do Ambiente e o Caso Chinês

Jorge Bacelar Gouveia

As fontes do Direito em Timor-Leste

José Eduardo Sambo

Os princípios processuais do Tribunal Penal Internacional

Leonardo Soares

Novas Considerações sobre a Proposta Extrassistêmica de Flexibilização da Coisa Julgada no Estado Democrático de Direito Brasileiro

Nuno Florindo d'Assunção Silva

O Papel do Presidente da República na Consolidação da Democracia e do Estado de Direito Democrático em São Tomé e Príncipe

II – VIDA ACADÉMICA

Jorge Bacelar Gouveia

Direito, Justiça e Desenvolvimento – Oração de Sapiência no ISCTEM

