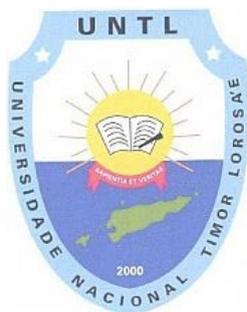


UNIVERSIDADE NACIONAL TIMOR LOROSAE

Revista da Faculdade de Direito



EDITOR

Isidoro Viana

EDITORES CONVIDADOS

Ricardo Fernandes

Marianna Chaves

ANO II · NÚMERO 2

2019



UNIVERSIDADE NACIONAL TIMOR LOROSA'E

Revista da Faculdade de Direito

Ano II · Número 2



2019

PERIODICIDADE

Anual

Número 2, Ano I, 2019

DIRECÇÃO/ COORDENAÇÃO

Isidoro Viana da Costa · Ricardo Fernandes · Marianna Chaves

EDITOR

Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO

António José Soares · Benjamim de Araújo e Corte-Real · Bethânia Suano

Cipriano de Fátima Sarmiento · Fernando Loureiro Bastos · Gaspar da Costa Sobral

Guido Lopes · Isidoro Costa Viana · Júlio Crispim Ximenes Belo

Maria Ângela Carrascalão · Marianna Chave · Sara Vassalo Amorim · Zenilton Neves

PROPRIEDADE

Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e

CAPA, DESIGN E EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

IMPRESSÃO

Gráfica da UNTL

TIRAGEM

100 exemplares

ISSN: 2617-8281

Índice

As opiniões expressas nos artigos assinados são da inteira responsabilidade dos seus autores.

Editorial	ix
O CONTRATO DE OPÇÃO: NO ORDENAMENTO JURÍDICO TIMORENSE.....	1
António José Soares	
O REGIME DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: ANÁLISE DOS ARTIGOS 9.º, 149.º, 150.º E 152.º DA C-RDTL.....	23
Benjamim de Araújo e Corte-Real	
CAPACIDADE INSTITUCIONAL PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM PAÍSES LUSÓFONOS	37
Bethânia Suano	
A NECESSIDADE DE UM REGISTO PREDIAL EM TIMOR- -LESTE COMO FONTE DE GARANTIA DE DIREITOS E DE SEGURANÇA JURÍDICA	75
Cipriano de Fátima Sarmiento	
ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS AFRICANOS LUSÓFONOS	105
Fernando Loureiro Bastos	
ABORDAGEM CRÍTICA E PERFUNCTÓRIA DO DIREITO NA ACTUALIDADE.	129
Gaspar da Costa Sobral	

A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO AO BOM NOME E À IMAGEM NO ESPAÇO DAS MÉDIAS SOCIAIS	163
Guido Lopes	
AS PRÁTICAS TRADICIONAIS TIMORENSES EM MATÉRIA DE DIREITO DOS CONTRATOS: ESTUDO DE CASO NOS DISTRITOS DE DÍLI E BOBONARO	187
Isidoro Costa Viana	
TRATADO FRONTEIRA MARÍTIMA NO LEI RELEVANTE SIRA	209
Júlio Crispim Ximenes Belo	
OS LIMITES AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA MAIORIA	221
Maria Ângela Carrascalão	
ALGUMAS NOTAS SOBRE O NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS À LUZ DA CISG E DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE TIMOR-LESTE.....	241
Marianna Chave	
PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS — DESAFIOS E OPORTUNIDADES.....	283
Sara Vassalo Amorim	
PROCURA DA VALIDADE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO CRIME DE CORRUPÇÃO EM TIMOR-LESTE.....	297
Zenilton Neves	

EDITORIAL

Após o enorme sucesso da edição de 2018, é com orgulho que chegamos ao segundo número da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

Neste ano de 2019 celebramos o 20.º aniversário do sangrento Referendo “*Consulta Popular*” que permitiu a constituição deste Estado ao abrigo do Direito Internacional e do respeito pelos Direitos Humanos, deveras massacrados nos episódios que antecederam a tão aspirada independência.

É agora possível ao povo timorense, dotado de ordenamento jurídico próprio, produzir a sua própria doutrina, numa lógica de autossuficiência intelectual, florescimento da ciência jurídica e fortalecimento da Academia nacional, e é a esse desígnio que nos propomos neste escrito.

A *espera por Godot* que muitos profetizavam para a construção de um Estado de Timor-Leste com instituições robustas e funcionantes tem tido uma resposta operante; da nossa parte, aqui se apresenta o fruto da nossa sólida produção científica, com artigos de enorme interesse teórico e prático para o país. Sem nunca esquecer os sistemas jurídicos irmãos da C.P.L.P. que, como este Estado, fazem parte da família jurídica da *civil law*, de matriz romano-germânica e marcada pelas grandes codificações e pelo prestígio outorgado à lei escrita, este número recebe um enfoque especial nas especificidades jurídicas de Timor-Leste. Temos, neste número, uma forte produção local dos nossos *alumni* o que só comprova a qualidade do ensino que cá se pratica e o sucesso do projeto que foi a criação desta Escola de Direito: desafio ganho!

Neste número todos nos expressamos em língua portuguesa e tétum, símbolos históricos das idiossincrasias da nossa Nação.

É nosso objetivo que esta obra se torne rotina na nossa Escola e sirva o desenvolvimento e aprofundamento da construção democrática desta pátria, com conseqüências na vida dos cidadãos: com mais direitos (e correlativos deveres) e mais qualidade de vida.

Seja para investigação jurídica, para uma melhor definição de políticas públicas ou para a revelação do Direito na busca de uma solução de casos concretos: que alguma serventia tenham estes escritos a que todos podem aceder na versão impressa ou na versão em linha.

O CONTRATO DE OPÇÃO: NO ORDENAMENTO JURÍDICO TIMORENSE

ANTÓNIO JOSÉ SOARES¹

Sumário: Introdução. 1. A noção do contrato de opção. 2. Objeto, natureza, estrutura e duração. 3. Tipos; 3.1 Opção de compra; 3.2 Opção de venda. 4. Preço. 5. Forma e conteúdo. 6. Exercício do direito de opção. 7. Incumprimento do contrato. 8. Extinção do contrato. Conclusão.

Introdução

O contrato de opção não foi tipificado pelo Código Civil de Timor-Leste e nem pelo Código Civil português, que lhe serviu de inspiração. Trata-se de um instituto jurídico que desperta interesse aos que operam no mundo das interações comerciais e dos negócios em geral.

Por se tratar de um contrato atípico, sua existência e consequente utilização termina por ser olvidada pela sociedade e atores económicos de Timor-Leste, razão pela qual o seu estudo se mostra importante. Nada obstante a atipicidade desse negócio jurídico, o seu emprego no espaço timorense começa a se difundir em razão do desenvolvimento socioeconómico do país.

¹ É licenciado em Gestão pela Faculdade de Economia da Universidade do Porto (2009); Mestre em Direito, especialidade Direito Privado, pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Timor-Lorosa'e (2017); Professor (voluntario) na Faculdade de Direito, Universidade Nacional de Timor-Lorosa'e ; Auditor na Câmara de Contas do Tribunal de Recurso/Tribunal de Contas.

Buscar-se-á no presente texto investigar o conceito de contrato de opção, passando para a análise do objeto, da natureza, estrutura e duração. Analisar-se-á igualmente os tipos de opção, o preço, a forma e o conteúdo do contrato. Por fim, a pesquisa focará no exercício do direito de opção, no inadimplemento e na extinção do contrato.

1. A noção de contrato de opção

Carlos Ferreira Almeida diz que, enquanto convenção, o contrato é um acordo, mas nem toda a convenção é um contrato, isto é, o acordo dirigido à produção de efeitos jurídicos². O contrato de opção, de acordo com Tiago Soares da Fonseca, “consiste na convenção mediante a qual, uma das partes (concedente) emite a favor da outra (optante) uma declaração negocial, que se consubstancia numa proposta contratual irrevogável referida a um certo contrato (principal), fazendo nascer, nesta última o direito potestativo de decidir unilateralmente sobre a conclusão ou não do mesmo”³.

Por outro lado, segundo Carlos Ferreira Almeida, o contrato de opção é “o contrato oneroso ou gratuito que tem por efeito a atribuição de um direito potestativo à formação de um outro contrato (contrato optativo). Conforme o direito de opção seja conferida a uma só das partes ou ambas, assim, o contrato é quanto aos efeitos, unilateral ou bilateral”⁴.

Para Mário Júlio de Almeida Costa, o contrato de opção “consiste no acordo em que uma das partes se vincula à respectiva declaração de vontade negocial, correspondente ao negócio visado e a outra tem faculdade de aceitá-la ou não, considerando-se essa declaração da primeira e uma proposta irrevogável”⁵.

² Cf. Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contrato I, Conceito. Fontes. Formação*, 5ª edição, Almedina, 2013, p.25.

³ Cf. Tiago Soares FONSECA, *Contrato de opção. Esboço de uma teoria geral*, Lex, 2001, p.21.

⁴ Cf. Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contrato. I Conceito. Fontes. Formação*, 5ª edição, Almedina, 2013, pag.144.

⁵ Cf. Mário Júlio de Almeida COSTA, *apud.*, Domingos Marinheiro SOLINO, *o Contrato de Opção*, Centro de Investigação Sol Nascente, s/d, p. 184, texto disponível em http://www.ispsn.org/sites/default/files/magazine/articles/N7_contratoopcao.pdf [02.04.2015].

Sendo assim, podemos dizer que contrato de opção se baseia num acordo ou convenção em que uma das partes adquire o direito potestativo⁶ de adquirir certo bem por um determinado preço numa determinada data. Ou seja, o contrato de opção é um acordo ou convenção em que uma das partes se vincula a outra parte mediante uma mera aceitação da outra, para uma futura constituição do contrato principal. Isto é, o direito pelo qual dependente de uma vontade de uma parte e uma mera aceitação da outra.

Um contrato de opção pode ser um contrato de compra e venda de um terreno, em que um sujeito A pretende compra-lo e celebra com B, proprietário do terreno, um contrato no qual este declara a vontade de vender-lhe futuramente o bem mediante (o preço), dentro de um prazo (fixado). Neste caso, se A manifestar a intenção da venda do bem (terreno) a B e se as partes concordam com os termos do negócio, celebra-se o contrato de opção, pode não ter necessariamente fixar o preço nem o prazo.

Portanto, os principais envolventes do contrato referido são o concedente (quem emite a proposta contratual) e o optante (quem quer optar). Ou seja, o concedente é aquele que emite a proposta contratual com um certo conteúdo e colocando a partir então a situação de sujeição perante o optante. Sendo o optante não fica, constituído em qualquer obrigação de contratar, é totalmente livre de optar. Quando a existência de um novo contrato depende apenas do optante. O optante neste caso é titular de um direito potestativo face ao concedente.

No respeito à capacidade das partes para celebrar o contrato de opção, relativamente ao optante, no momento em que é celebrado o contrato de opção este não carece de capacidade para celebrar o contrato que possa decorrer do exercício da opção. A capacidade de celebração do contrato principal apenas aferir-se aquando a celebração deste.

Em relação ao concedente, visto a partida que emite uma declaração negocial irrevogável entendemos que deve ser-lhe exigível capacidade de celebração do contrato principal, caso contrário poder-se-ia cair numa situação em que o contrato não é validamente formado.

⁶ É o Direito que se caracteriza por o seu titular o exercer por sua vontade exclusiva, desencadeando efeitos na esfera jurídica de outrem independentemente da vontade deste (Cf. Ana PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p.522).

A questão referida pode ser resolvida pelas partes, uma vez que estamos num domínio da autonomia privada (a manifestação de vontade tem força de lei entre as partes). Ou seja, o optante pode não dispor de capacidade de celebração do contrato principal, e por esse motivo, o contrato de opção é um contrato a termo que só se torna eficaz a partir do momento em que o optante adquira capacidade para celebrar o negócio principal. Caso nada se diga sobre a capacidade das partes esta será resolvida através das normas gerais previstas no art.º.64º CCTL e seguintes.

No domínio de mercados financeiros, um contrato de opção é um contrato a prazo ou contrato futuro que se efetua num mercado organizado — a bolsa de valores, estabelecido entre duas partes, pelo qual o proponente (comprador) adquire o direito de comprar (opção de compra) ou de vender (opção de venda), durante um certo período de tempo, um determinado ativo (o ativo subjacente, que poderá ser, por exemplo, um valor mobiliário) por um preço estabelecido no momento da celebração do contrato (o preço de exercício da opção), pagando por isso um determinado prémio⁷.

A nomenclatura Opção segundo o Renato Neves⁸ é, quanto às partes, concedente (proponente) e optante; quanto ao prazo, denomina-se prazo de exercício para o qual se celebra o contrato principal, quanto ao valor que se paga ao proponente, pela “entrega de sua vontade”, o vocábulo prémio (é espécie de um determinante montante de garantia), denominado no Direito Francês como “indenização pela imobilização”.

O preço ou o valor que o comprador pagará no contrato definitivo, denomina-se preço de exercício.

⁷ Cf. Stephen A. ROSS *at. al*, *Corporate finance*, 4ª edição, Irwin, 1996, pp. 571 e ss; *Vd.* Tiago REIS, *Contrato de opção: entenda como funcionam esses derivativos*, disponível em <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/contrato-opcao/>; Comissão de Mercado Valores Mobiliários, *valores mobiliários* disponível em https://www.todoscontam.pt/sites/default/files/taxonomy_file/brochuracmvvaloresmobiliarios.pdf; Banco de Cabo Verde, *Valores Mobiliários*, disponível em http://www.bcv.cv/vPT/Mercado%20de%20Capitais/Apoio%20ao%20Investidor/Documents/2_ValoresMobiliarios_GuiaInvestidor_Imp.pdf e

⁸ Cf. Renato Ourives NEVES, *Estrutura do contrato de Opção e suas aplicações*, texto disponível em, <http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/renatoourivesestruturacntratoopcaosuasaplicacoes.pdf> [23.04.2015]

A promessa preliminar unilateral de venda denomina-se Opção de Compra e a promessa preliminar unilateral de compra denomina-se Opção de Venda.

O direito do vendedor ou do comprador, o credor da Opção é potestativo, ou seja, confere-lhe faculdade de exercê-lo ou não.

De modo geral, poderemos dizer que uma opção é um contrato pelo qual uma das partes (optante) adquire o direito potestativo (ou seja depende da vontade de uma parte e uma mera aceitação da outra) de adquirir certo bem por um determinado preço (preço de exercício) e numa dada data, ou seja, no contrato de opção o comprador tem um direito (potestativo) e não obrigação para celebrar ou não o contrato definitivo.

Alguns autores, designadamente, do sistema jurídico *common law* (diferente do civilista), definem o contrato de opção:

*An option is a contract giving its owner the right to buy or sell an asset at fixed price on or before a given date. For example, an option on a building might give the buyer the right to buy the building for \$ 1 million on or any time before the Saturday prior to the third Wednesday in January 2010. Options are a unique type of financial contract because they give the buyer the right, but not the obligation, to do something. The buyer uses the option only if is a smart thing to so; otherwise the option can be thrown away*⁹.

Ao nosso melhor entendimento do instituto deste contrato, vejamos o seguinte exemplo. Suponhamos que (A) queria comprar um carro a (B), mas ainda não tinha decidido definitivamente que o compraria; para se assegurar que (B), proprietária não venderá a (C), (A) pode celebrar o contrato, nos termos de qual (B) declara desde logo vender o carro a (A), com o preço combinado, ficando (A) com faculdade de emitir ou não a respetiva declaração de aceitação. Estando assim perante a uma opção de compra de um bem móvel, uma vez que uma das partes fica com o direito potestativo através de exercício da opção, de celebrar o contrato definitivo, neste caso, o contrato de compra e venda.

⁹ Cf. Stephen A. ROSS, *at. al.*, *Corporate finance, op. cit.*, p. 571-575.

2. Objeto, Natureza, Estrutura e Duração

O contrato de opção tem como objeto regulado nos termos do art.º 271º do CCTL, *i.e.*, o objeto deste contrato tenha de ser fisicamente determinável e legal, não contraria a lei, ordem pública e bons costumes, é diferente do direito de opção (este é apenas um dos efeitos do contrato de opção).

Quando as partes pretendem celebrar o contrato de opção têm em vista a eventual constituição de outro negócio jurídico. Isto é, o contrato principal, pois esta pretensão só se alcança no final. O contrato de opção expõe a adequada substância (ex: preço de opção), que se representa também matéria do contrato principal (preço de venda) embora não sempre seja, no entanto, nalguns casos o preço de opção é a matéria determinante, um título exemplificativo, compra e venda de ações nos mercados mobiliários, o fator determinante e disputado do contrato principal é o preço da venda.

Importa assim dizer que o objeto de contrato de opção pode ser qualquer bem.

Qualifica-se como um pacto de opção, o qual é um contrato, porque, trata-se do produto da vontade de, pelo menos duas partes, no caso de um contrato de sociedade pode haver mais de duas partes. Percorrendo o ensinamento do António Menezes Cordeiro dá-nos a definição, “o pacto de opção é um contrato pelo qual uma das partes (o beneficiário, o titular ou o optante) recebe o direito de, mediante uma simples declaração de vontade dirigida à outra parte (o vinculado ou o adstrito à opção), fazer surgir um contrato entre ambas combinadas: o contrato definitivo”¹⁰.

Estando, assim, perante um contrato, uma vez que, por si, a opção é um contrato em que há acordos entre as partes, que em consequência deste nasce uma proposta irrevogável. Sendo, com nascimento da proposta irrevogável de uma parte e aceitação da outra celebra-se o contrato principal. Ou seja, o contrato aqui não se refere apenas ao contrato principal, mas sim, o contrato de opção. Um negócio jurídico que surgirá no futuro depende da vontade de uma só parte, que, por si só, poderia conduzir o seu aparecimento. Na ausência da vontade de uma parte ele não deverá

¹⁰ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo II*, Almedina, 2010, pág. 537.

nascer. Quer isto dizer que para que seja celebrado o contrato de opção basta uma manifestação de vontade por outra parte (optante), sem declaração negocial deste não se deve haver o contrato de opção.

O contrato de opção não é um negócio solene, haverá sempre a forma escolhida por mero consenso das partes, ou seja, independentemente da observância de forma especial (princípio da liberdade de forma — art.º 210º do CCTL), mas poderá ser exigida forma especial, quando a lei a exigir em certos casos. Isto é, se se tratar de um contrato de compra e venda de um imóvel que por lei é exigida a escritura pública, portanto, neste caso suceda a forma especial. Caso contrário, apenas por mero consenso das partes.

É um contrato bilateral, podendo ser ou não sinalagmático, mas será sempre mono vinculante (só uma das partes se vincula pela emissão antecipada de uma proposta contratual irrevogável). Isto é, sinalagmático quando se produzem obrigação de duas partes (contrato compra e venda art.º 808º CCTL) e não sinalagmático caso seja o contrato unilateral (art.º 393º CCTL). Ou seja, pode-se combinar ou fixar um determinado preço do contrato de opção (sinalagmático) ou pode não ser fixado (não sinalagmático), no entanto, não se confunda o preço da opção e o preço do bem que se paga no contrato principal.

Por outro lado, é um contrato atípico, uma vez que não acomoda a qualquer tipo contratual regulado na lei, considerando-se um contrato atípico misto, porque a sua composição reverte da combinação e/ou modificação de tipos contratuais persistem na lei, incorpora nele vários elementos e características de outros contratos típicos¹¹. Dizendo, assim, que nele configura um contrato preliminar ou pré-contratual, pois é através dele que as partes regulam diversos aspetos que levarão o nascimento de um outro contrato (contrato principal).

2.1 Estrutura

Julgue-se que o contrato de opção possui estrutura bastante complexa, uma vez que este pressupõe dois momentos distintos, a priori, em

¹¹ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2ª Edição, Almedina, 2009, p. 21 ss.

que é celebrado o contrato preliminar e posteriormente segue-se outro, o principal, que as partes têm em vista, e dinâmica, pois, serve de veículo para a concretização de um outro contrato.

Através do exercício da opção as partes formalizam o contrato principal, uma vez que nascido uma proposta irrevogável da uma das partes, e basta aceitação da outra. Nesse momento é que terá de conter todos os elementos essenciais previamente fixados no contrato de opção.

2.2 Duração

Em regra o prazo de duração (a Maturidade) é previamente fixado pelas partes, mas, também pode ficar por determinar (princípios da autonomia da vontade). Por exemplo no mercado de bolsa de valores, existem duas modalidades de duração. As opções ditas europeias devem ser exercidas na maturidade, no entanto, as opções chamadas americanas podem ser exercidas em qualquer momento, até ao fim do prazo¹².

Podemos ver o exemplo anterior do Stephen Ross, o prazo de vencimento é fixado, dia, mês e ano. É importante fixar o prazo de vencimento, no caso de se tratar de um ativo subjacente transacionado no mercado organizado, como os valores mobiliários. A título de exemplo: Suponhamos que (A) declara vender um ativo subjacente (1 ação/*share*) a (B) a um preço de \$1, no dia X, (A) prevê que o valor da sua ação/*share* vai desvalorizar, (B) compromete-se comprar, (B) até a data de vencimento pode recusar a comprar.

Vejamos outra ilustração, suponha-se que (A) emite declaração de venda de um relógio a B em que se compromete a vendê-lo se B não encontrar outro mais barato — não há assim prazo para o exercício do direito de opção.

Não sendo determinado o prazo para o exercício de opção, o tribunal pode, ao requerimento do vendedor (A) no exemplo citado, fixar um prazo para o exercício deste, findo o qual o direito caduca, nos termos do disposto no art.º 346º ou art.º 219º, al. b) e c) do CCTL. No entanto,

¹² Cf. Stephen A. ROSS, at. al., *Corporate finance, op. cit.*, p. 580 ss.

o autor como Tiago Soares Fonseca¹³ tem defendido que quando o prazo não for fixado o tribunal pode fixar o prazo nos termos do art.º 219º al. b) e al. c).

Já, Adriano Vaz Serra entendeu-se que o proponente fixaria o prazo razoável ao contraente para a aceitação, sujeita não obstante a razoabilidade havendo contestação, a apreciação judicial¹⁴. Visto que o contrato de opção só vincula uma das partes, embora não seja contrato de promessa, entende-se que a não fixação do prazo, o tribunal pode fixar os prazos previstos nos artigos 346º ou 219º do CCTL.

A refletir os argumentos explanados dos autores, embora cada um tenha a sua razão de ser, não deixamos de afirmar, se não fixar o prazo pelas partes pode tribunal fixar o prazo conforme plasmada no art.º. 219º al. b) e c) do CCTL, uma vez que este contrato não é um contrato de promessa.

3. Tipos

3.1 Opção de Compra

Uma opção de compra concede ao comprador (o proponente) o direito potestativo de adquirir ou não determinado bem (ativo) por um preço, em data futura, e não obriga o optante a comprar o bem. O comprador da opção pode decidir comprar, ou não, o bem. O vendedor da opção faz o que o outro quiser: vende, se ele quiser comprar; não lhe vende, se ele optar por não comprar. O comprador da opção é também o potencial comprador do bem e o vendedor da opção é o potencial vendedor do bem (ativo).

Stephen Ross e colegas sustentam:

¹³ Tiago, Soares FONSECA, *do contrato de opção*, *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁴ Cf. Adriano P. Da Silva VAZ SERRA, *ad. pud*, Domingos Marinheiro SOLINO, *o Contrato de Opção*, Centro de Investigação Sol Nascente, s/d, p. 187, texto disponível em, http://www.ispsn.org/sites/default/files/magazine/articles/N7_contratoopcao.pdf [02.04.2015]

*A call option gives the owner the right to buy an asset at a fixed price during a particular time period*¹⁵.

Quando a opção se refere à compra do bem (ativo subjacente), diz-se uma opção de compra. Nesse caso, na data do contrato (momento 1), o comprador da opção adquire o direito potestativo a comprar bem (pode pagar o prêmio¹⁶), nas condições acordadas. O vendedor da opção recebe o prêmio e assume o compromisso de vender o ativo subjacente nas condições acordadas, se o comprador da opção assim o decidir; se este optar por não exercer o seu direito a comprar, então não tem qualquer obrigação.

No termo do contrato (momento 2), o comprador da opção exerce o seu direito e compra o ativo se a opção tiver então um valor positivo; não compra, no caso contrário. O vendedor age de acordo com a decisão do comprador. Quer dizer, vende o ativo, se ele quiser comprar.

Por exemplo, presumamos que esteja para exercer uma opção de compra com um preço de exercício de \$20. Se o preço de ativo estiver, \$10 (inferior ao preço de exercício), ninguém irá querer pagar o preço de \$20 para adquirir o ativo através da opção de compra, pois este ativo não terá valor. Caso o preço de ativo no mercado seja de \$30, valerá a pena exercer a opção de compra, uma vez que a opção vale \$10 (a diferença entra o preço de mercado e o preço de exercício).

3.2 Opção de Venda

Uma opção de venda dá a propriedade o direito de vender o respectivo ativo por um preço de exercício predeterminado a qualquer momento; paga-se determinado preço ou prêmio por esse direito, tal como opção de compra. Quando a opção se refere à venda do ativo subjacente, diz-se uma opção de venda, nesse caso, na data do contrato (no primeiro momento), o comprador da opção paga o prêmio e adquire o direito a vender o ativo subjacente nas condições acordadas, quanto ao

¹⁵ Cf. Stephen A, ROSS, *at al.*, *Corporate Finance*, Op. cit., p. 571-575.

¹⁶ Este elemento do prêmio nem sempre existir quando se trata de um contrato de opção de qualquer bem.

vendedor da opção recebe o prémio e assume o compromisso de comprar o ativo subjacente nas condições acordadas, se o comprador da opção assim o decidir; se este optar por não exercer o seu direito a vender, então não tem qualquer obrigação.

Enquanto no segundo momento do termo do contrato, o comprador da opção exerce o seu direito e vende o ativo se a opção tiver então um valor positivo, no caso contrário não vende, ao passo que o vendedor age de acordo com a decisão do comprador, quer isto dizer, compra o ativo, se ele quiser vender.

A título exemplificativo, imaginemos, uma opção de venda dê ao proprietário o direito de venda um ativo subjacente por \$50. As circunstâncias que tornam a opção de venda valiosa são inversas aquelas que tornam opção de compra valiosa, se o preço do ativo for superior a \$50 imediatamente antes do vencimento, ninguém quererá vender o ativo pelo preço de exercício, o que torna a opção de venda sem valor. Se o preço do ativo for inferior a \$50, valerá a pena vendê-lo.

4. Preço de opção

Frequentemente, no contrato de opção, as partes estabelecem uma contrapartida pela emissão antecipada de uma proposta contratual irrevogável com a respectiva criação, na esfera jurídica da outra, de um direito potestativo de opção. Como contrapartida, as partes poderão determinar um certo preço a pagar pelo optante, que tanto pode ter a natureza de antecipação do cumprimento do preço objecto do contrato principal. Preço de opção é contrapartida a pagar pela aquisição do direito de opção — o que é diferente da cláusula penal¹⁷.

No silêncio das partes, o preço de opção deverá ser considerado uma contrapartida da concessão do direito de opção quer este seja exercido ou não, salvo outra ter sido a sua vontade.

¹⁷ Cf. Tiago Soares FONSECA, *do contrato de opção*, *Op. Cit.*, p. 89 ss.

Alguns autores qualificam o preço de na esfera jurídica como contrapartida do direito da opção, o sinal, segundo Calvão da Silva¹⁸ distingue-se os seguintes:

1. «Se o preço de opção tiver sido entregue ao concedente no momento da conclusão do contrato de opção e optante exercen o seu direito de opção, a contrapartida valerá como sinal se o dever de restituição não resultar da interpretação contratual»;
2. «Se o preço de opção tiver sido entregue ao concedente e optante não exercer o seu direito de opção, será retido pelo concedente como preço de opção concedida»;
3. «Se a contrapartida não foi entregue ao concedente e o optante não exerceu o direito de opção, não será devida»;
4. «Se a contrapartida não tiver sido entregue ao concedente e optante não exercer o seu direito de opção, será devida como preço de opção concedida».

À esta exposição do Calvão da Silva não foi aceite por Tiago Soares Fonseca sobretudo no primeiro e terceiro pontos. Quanto a mim, aceita-se as duas posições, com a reserva quanto a qualificação da contrapartida como sinal, pois, este instituto jurídico tratando-se no âmbito de contrato de promessa, mas não é absolutamente contrato de promessa, o contrato de opção assemelha-se ao contrato de promessa, ou seja, se qualifique apenas como uma mera garantia de exercer o direito de opção.

Naturalmente, uma das grandes dificuldades nos contratos de opções é a determinação do preço a pagar pelo comprador da opção na data do contrato principal, o prémio.

O preço de um contrato de opção compreende-se dois elementos. O primeiro elemento designado por Preço de Exercício — preço pago quando a opção é exercida, isto é quando o comprador exerce seu direito assegurado pelo contrato. Este pode ser muito diferente do mercado, que prevalecerá quando o contrato for exercido.¹⁹

Quanto ao segundo, Prémio de Risco, é a quantia paga pelo contratante (comprador) por um contrato de opção e recebido pelo lançador (vendedor). Reflete duas diferenças entre o preço básico de exercício e o preço futuro esperado: o “valor intrínseco” e o “valor temporal”. O

¹⁸ Cf. Calvão da SILVA, *apud*, Domingos Marinheiro SOLINO, *o Contrato de Opção*, Centro de Investigação Sol Nascente, s/d, p. 203, texto disponível em, http://www.ispsn.org/sites/default/files/magazine/articles/N7_contratoopcao.pdf [02.04.2015]

¹⁹ Neste sentido *V.d.* Marcos da Silva LYRA, *Mitigação do risco da alta volatilidade dos preços da energia eléctrica no mercado australiano*, fortaleza- ce, 2005, disponível em http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6797/1/2005_dissert_mslyra.pdf.

valor intrínseco é a diferença entre o preço de exercício e o preço atual do ativo no mercado; quanto a valor temporal reflete a diferença entre o preço atual no mercado e o preço esperado no mercado quando o contrato for exercido²⁰.

Se o preço de mercado de um ativo subjacente for maior que o preço de exercício, diz-se, a opção de compra está “*in the money*”, se, no entanto, o preço de mercado de um ativo estiver abaixo do preço de exercício, a opção de compra estará “*out of the money*” e não será exercida. Quando o preço de mercado é exatamente igual ao preço de exercício, diz-se, a opção de compra está “*on the money*”, neste caso não fará diferença de exercê-la ou não.²¹

5. Forma e conteúdo do contrato de opção

5.1 Forma

No quadro jurídico timorense estabelece o princípio do consensualíssimo na formação dos contratos, não estando os contratos sujeitos a forma especial, formando-se por mero consenso das partes (liberdade de forma), conforme previsto no artigo 210º CCTL, é o princípio que vigora tanto nos contratos típicos como atípicos, ou seja, no Código Civil timorense não há qualquer norma específica que regule a forma que devem ter os contratos atípicos.

A forma do contrato de opção não está sujeita à nenhuma forma especial, salvo quando a lei assim o exigir (art.º. 211º do CCTL). Isto quer dizer, deve sempre assumir a forma exigida para o contrato principal. Dito de outra forma, quando negócio jurídico final, resultante do exercício do direito de opção, seja solene, o contrato de opção, para ser válido, tem de revestir a mesma forma, sob pena de nulidade. Isto porque a partir do momento em que o optante exerce o seu direito de

²⁰ Cf. Richard A. BREALEY e Stewart C. MYERS, *Princípios de Finanças Empresarial*, 5ª edição, McGraw-Hill, 1992, p. 568 ss

²¹ *Idem e Vd.* Tese orientada pela Paula SANTANA e equipa, *Mercado de Opções*, Faculdade de Ciências Aplicada de Limoeiro, 2015, pp. 9 e ss, disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/3717014/mercado-de-opcoes/2>

opção, o contrato definitivo fica concluído, sem necessidade de nova manifestação de vontade por parte do concedente²².

Nesta circunstância é que se consubstancia a diferença fundamental entre o contrato de opção e o contrato promessa. O Contrato de Promessa, no termos do art. 345º CCTL, é “a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato”. Tal como o contrato de opção, trata-se de um contrato preliminar de um outro que as partes têm em vista, no entanto, enquanto no Contrato de Opção o principal forma-se automaticamente pelo exercício do direito de opção (sem necessidade de nova manifestação de vontade por parte do concedente), o contrato promessa tem eficácia meramente obrigacional, vinculando as partes a celebrar um novo contrato.

Daqui advém que poderá sempre haver incumprimento do contrato promessa e conseqüentemente a não realização do contrato principal, ao passo que no contrato de opção tal configuração do incumprimento não se afigura como possível face ao estado de sujeição em que se encontra o concedente, caracterizado pela emissão antecipada de uma proposta contratual irrevogável²³, em que se refere nos termos do disposto no art.º 221º CCTL.

Desta forma, em suma, a execução específica não se deve considerar aqui. Faz-se celebração do contrato principal pelo simples exercício, pelo optante, do direito de opção; não há nenhuma declaração faltosa a sub-rogar. Se, por algum motivo o concedente recusar-se, por exemplo, a entregar a coisa objecto do contrato principal, uma vez que no momento de exercício do direito de opção a propriedade já se transferiu com a celebração do contrato, bastará ao optante propor a ação de revindicação, conforme previsto no art.º 751º CCTL.

5.2 *Conteúdo*

A concretização do contrato principal apenas se verifica com o exercício da opção. No caso, se estejamos num contrato de opção de compra, com o exercício do direito de opção, o concedente terá direito a receber o

²² Tiago Soares FONSECA, *do contrato de opção*, *Op. Cit.*, p.60 ss

²³ Tiago, Soares FONSECA, *do contrato de opção*, *Op. Cit.*, p.62 ss

preço pela venda do bem (art.º 813º do CCTL²⁴). Se o contrato tiver caráter oneroso, tendo sido estipulado o pagamento de um preço de opção, ainda terá, durante a vigência do contrato de opção, direito a exigir o seu pagamento nos termos acordados. Ou seja, se as partes concordaram o pagamento do preço de opção (não o preço da venda), a propriedade se transferiu, o vendedor pode exigir este direito (art.º 732º CCTL).

Estes direitos conduzem, nesta circunstância, certos deveres — o concedente terá, antes de mais, um dever geral de atuação segundo a boa-fé, previsto no art.º 696º do CCTL, devendo respeitar a posição jurídica do optante, derivada da sua situação de sujeição. Quando as partes tiverem celebrado um contrato de opção de compra, o concedente neste caso, ficará com as obrigações de, entregar ao optante a coisa, a partir do momento em que este exerça positivamente o seu direito de opção (art.º 813º, al. b) do CCTL); e, entregar a coisa objecto do contrato principal tal como ela se encontrava ao tempo da celebração do contrato de opção, sem prejuízo o contrato de compra e venda só ter nascido a partir do exercício da opção, por analogia aplica-se art.º 816º do CCTL — O contrato de opção cria no optante o direito de, por simples declaração de aceitação, fazer nascer um contrato com todos os seus efeitos jurídicos.

Se o bem na pendência do contrato de opção ficar na posse do concedente este tem o dever de realizar todas as despesas destinadas a evitar a sua perda, destruição ou deterioração, ou seja, as necessárias à sua conservação (art.º 207º do CCTL), não tendo direito a ser indemnizado por isso. Ao não cumprimento tal, é responsável pelos danos supervenientes (art.º 696 do CCTL).

Em consonância disto, o concedente também deve evitar quaisquer atos ou atividades que limitem ou frustrem o exercício do direito de opção pelo optante. Deveres que se fundamentam na situação de sujeição em que se encontra o concedente.

Já o efeito transmissivo da propriedade só se verifica com o exercício do direito de opção, até esse momento o mesmo pertence ao concedente (art.º 813º do CCTL). Assim o risco de extinção da coisa objecto do contrato principal corre, até ao exercício do direito de opção, por conta do concedente (art.º 730º do CCTL), salvo quando tal pericuímento seja imputável ao optante.

²⁴ *Onde se trata os efeitos de compra e venda*

Optante que durante a pendência do contrato de opção poderá praticar atos conservatórios se a coisa ficar na posse do concedente (art.º 264º do CCTL), pois tem o direito de formar o contrato com a simples aceitação. Uma vez exercida a opção surgirá automaticamente o contrato principal, passando o optante a gozar do direito à entrega do bem objecto do contrato final (art.º 813º, al. b) do CCTL) — se este continuou na posse do concedente.

Quanto aos deveres do optante, deve atuar em conformidade com a boa-fé, previsto no art.º 696º do CCTL; devolver o bem se ficar com a sua posse durante a pendência do contrato de opção e não exerceu o direito de opção; e, atuar diligentemente na conservação e manutenção da coisa, sendo responsável pela realização das benfeitorias necessárias para evitar a sua perda ou deterioração, sem direito a indemnização.

Uma vez celebrado o contrato principal, ficará obrigado aos deveres que lhe forem inerentes — pagar o preço do bem a cuja entrega tem direito, conforme art.º 813º, al. c), do CCTL.

Se na pendência do contrato de opção forem praticados atos de disposição do bem objecto do contrato principal haverá incumprimento do contrato de opção. O que poderá ser contornado pelo regime da condição (ex: vender a coisa objecto do contrato de opção a terceiro sob condição resolutiva do exercício do direito de opção pelo optante). Ou seja, o incumprimento de exercício da opção residirá fundamentalmente de não observância de prestação que tenha sido combinado ou pactuado pelos deveres acessórios que recaiam, em qualquer das partes. Se o objecto do contrato de opção tiver sido alienado a terceiros, aplica-se, por analogia, art.º 265 do CCTL, significa que a venda do bem a terceiro seria ineficaz, quando a opção seja exercida.

O contrato de opção traduz-se numa restrição ao direito de propriedade do concedente, como tal deverá ser registado quando o objecto é um bem sujeito a registo. O que protegerá não apenas a posição do optante mas também de terceiros, pois sabem *a priori* que se encontram numa situação precária, dependente do não exercício do direito de opção pelo optante, o que produziria a resolução do contrato sob condição e consequentes efeitos jurídicos.

Relativamente à esta questão do “Registo dos bens”, importa salientar que em Timor-Leste, os bens móveis (carros) já se exige esta forma

especial, o registo é necessário para efeito de verificação da propriedade. No que tange aos bens imóveis (terrenos e edifícios), ainda não é observado por forma especial, escritura pública, uma vez esta questão ainda sucede a legislação especial. No entanto, no que respeita só ao terreno existe já o mecanismo de registo na atual Direcção de Terras e Propriedade do Ministério de Justiça, para o efeito da declaração de Titularidade. Embora este sistema de registo ainda careça a uniformização.

O concedente deve informar sempre o terceiro de tal facto, se o não informar da existência de um anterior contrato de opção sobre o mesmo objeto e se o conseqüente direito de opção vier a ser exercido pelo optante será responsável pelos danos que causar — incorrerá assim em responsabilidade pré-contratual (art.º 218, n.º 1 do CCTL).

6. Exercício do direito de opção

No exercício de direito de opção, temos de ter em mente que o direito de opção no contrato de opção é diferente do direito de preferência no pacto de preferência, uma vez que o exercício do direito de opção resulta na celebração de um contrato.

O exercício potestativo do direito de opção consubstancia-se numa verdadeira declaração negocial que corresponde a uma aceitação, através da qual resulta um outro contrato. Para que tal declaração negocial possa valer como aceitação é necessário que reúna, cumulativamente, os seguintes requisitos, traduza concordância total e inequívoca e revista forma exigida para o contrato principal.

Assim o exercício do direito de opção, não estando em regra sujeito a qualquer forma especial (art.º 210º CCTL) terá sempre a forma do contrato que resultar do seu exercício. Ou seja, em princípio o exercício de opção não terá forma especial mas, se for o objeto do contrato de opção respeitante a um bem sujeito a registo (exemplo autocarros e motociclista) terá que exigir forma escrita, registo na Direcção Nacional de Transporte Terrestre, para efeito de obtenção da Titularidade, ou seja, registo da constituição de bem, sendo uma forma de ter a garantia e segurança jurídica.

7. Incumprimento do contrato de opção

Na circunstância de incumprimento por não realização de prestação divida pelas partes, sem que, todavia, se tenha extinguido por qualquer causa típica de satisfação. A infração é imputável ao concedente sempre que este cometa, de qualquer ato, que frustrate o exercício do direito de opção (destrói o bem objeto contrato principal ou se recusa a entregar este bem).

Se o incumprimento ocorra antes do exercício da opção, o concedente incorre em situação de incumprimento do contrato de opção. No entanto, uma vez que a opção é exercida, e dado que com este exercício é formado, posteriormente, o contrato principal, o concedente por se recusar a entregar a coisa está a não cumprir em relação ao contrato principal, e não ao contrato de opção.

Melhor dizendo, uma vez que já se vendeu o bem objeto do contrato principal depois de exercido o direito de opção, o efeito transmissivo da propriedade já se verificou (art.º 813º, al. a) CCTL), estaremos então de uma venda de bens alheios, esta venda é nula (art.º 826º do CCTL), porque o contrato de opções já foi feito e já se verificou a transmissão de propriedade, não obstante a coisa ainda não foi entrega.

Incumprimento imputável ao concedente que é gerador de responsabilidade civil (Art.º 732º do CCTL) e levando à obrigação de pagar uma indemnização. Ora, se o direito de opção já tiver sido exercido o contrato principal já se formou, então a indemnização a ser determinada deverá ser sempre avaliada em relação ao contrato principal. Assim, o optante terá direito à reparação dos danos causados pelo não cumprimento do contrato principal e a indemnização dos benefícios que deixou de obter, em consequência do incumprimento, nos termos do disposto no art.º 750º do CCTL.

Caso contrário, quando não foi exercido o direito de opção o contrato principal ainda não se formou, então o optante terá direito a indemnização pelos prejuízos que o incumprimento do contrato de opção lhe casou (por exemplo, pesquisa de mercado, projetos, encargos bancários — que não seriam indemnizadas se o não cumprimento estava se referindo ao contrato principal), somando igualmente à indemnização

pelos benefícios que teria obtido se tivesse exercido o seu direito de opção. Precisamente ter em conta, aqui, o preço de opção é bastante inferior ao preço de compra do bem objecto do contrato principal, logo a obrigação de indemnizar pelo incumprimento do contrato de opção terá por referência danos inferiores aos que decorreriam do incumprimento do contrato principal.

Por outro lado, o não cumprimento poderá ser imputável ao optante (por exemplo, o tempo de conclusão das obrigações contratuais opção foram determinados para optar, como a fixação de preço de uma opção, ou simplesmente optando por ter transmitido à concessão da ideia de que iria exercer o seu direito de opção, entretanto, por um ou outro motivo, a posterior, não o fazer — arrisca-se de incorrer nos termos previsto no artigo 325º do CCTL, com efeito, pode assim cair em responsabilidade contratual pelo não cumprimento do contrato de opção (art.º 732º da CCTL).

Também, aqui, podemos debruçar, não é possível execução específica neste instituto jurídico. A opção funda por si mesma o contrato principal, não existe assim qualquer declaração faltosa a substituir (exercido o direito de opção não é necessário manifestação de vontade da outra parte para se formar o contrato principal). Quando o concedente se recusa a cumprir o contrato principal após o exercício da opção é possível a imposição coactiva do comportamento devido (ex: entrega do bem objecto do contrato principal) através da acção de incumprimento (art.º 751º do CCTL), dirigida à condenação do concedente na prestação devida. Só é admitida a imediata execução do contrato através da sentença judicial, a execução específica faz tudo sentido quando se trata de cumprir obrigação de concluir um contrato que havia sido prometido previamente, o que deve dizer, com o exercício do direito de opção faz concluir o contrato principal²⁵.

²⁵ Neste sentido *Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa*, 9 de abril 2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7d0df08d5985eef6802583f9002ce999?OpenDocument> e Felipe Campana Padin INGLESIAS, *Opção de Compra ou Venda de ações no Direito Brasileiro: Natureza Jurídica e Tutela Executiva Judicial*, São Paulo, 2011, texto disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21082012112205/publico/versao_completa_Dissertacao_Felipe_Iglesias.pdf

8. Extinção do contrato de opção

A terminar a nossa análise, finalizaremos com o ponto da extinção do contrato de opção. No exercício do direito de opção e consequente formação do contrato principal, para além do caso normal, o contrato de opção pode-se extinguir por i) não exercício do direito de opção dentro do prazo — caducidade; ii) renúncia unilateral do optante ao direito de opção; iii) mútuo acordo das partes; iv) verificação de alguma causa prevista no contrato; v) morte ou incapacidade de alguma das partes.

Todavia, colocam-se algumas reservas, merece a apreciar, quanto ao último ponto. Porque se a morte ou incapacidade respeitarem ao concedente, antes de exercido do direito de opção pelo optante, tal não obstará à conclusão do contrato principal se vier efetivamente a ser exercida a opção, por aplicação analógica do art.º 222º n.º1 do CCTL, salvo se existirem fundamentos para presumir que outra teria sido a sua vontade²⁶. Se a incapacidade ou morte disser respeito ao optante, já se aplica o art.º 222º, n.º 2, do CCTL, ou seja, a morte ou incapacidade do optante põe o fim da proposta.

Conclusão

Face ao exposto pode concluir-se que o estudo do contrato de opção é necessário por ser um contrato atípico, no entanto, este não é vedado pelo ordenamento jurídico timorense nem pelo direito comparado. Assim, é fundamental perceber este instituto jurídico para que seja útil na prática para a realização de negócios jurídicos pelos agentes económicos e pela sociedade timorense em geral.

Como se disse, o contrato de opção baseia-se num acordo ou convenção em que uma das partes adquire o direito potestativo (ou seja depende da vontade de uma parte e uma mera aceitação da outra) de adquirir certo bem por um determinado preço numa determinada data.

Ao celebrar-se o contrato de opção as partes têm em vista a eventual

²⁶ Tiago Soares FONSECA, *do contrato de opção*, *Op. Cit.*, p.89 ss

constituição de outro negócio jurídico: o contrato principal — o fim que se pretende alcançar com o contrato de opção. É um contrato atípico, pois não corresponde a qualquer tipo contratual, mais precisamente um contrato atípico misto (a sua construção resulta da combinação e/ou modificação de tipos contratuais existentes, nele poderemos encontrar vários elementos e características de outros contratos típicos).

O exercício do direito de opção, não estando em regra sujeito a qualquer forma especial (art. 210º do CCTL) terá sempre a forma do contrato que resultar do seu exercício. Mas, nalguns casos terão de exigir forma especial.

No contrato de opção, as partes estabelecem uma contrapartida pela emissão antecipada de uma proposta contratual irrevogável com a respectiva criação, na esfera jurídica da outra, de um direito potestativo de opção. Como contrapartida, as partes poderão determinar um certo preço a pagar pelo optante, que tanto pode ter a natureza de antecipação do cumprimento do preço objecto do contrato principal.

O incumprimento poderá ser imputável ao optante (ex: no momento da celebração do contrato de opção tiverem sido determinadas obrigações para o optante, como a fixação de um preço de opção; ou simplesmente o optante ter transmitido ao concedente a ideia de que iria exercer o seu direito de opção e depois não o faz — art.º. 325º do CCTL), podendo assim incorrer em responsabilidade contratual pelo incumprimento do contrato de opção (art. 732º do CCTL).

Incapacidade ou morte já disser respeito ao optante já se aplica o art. 222º nº 2 do CCTL, transmitindo-se o seu direito de opção para os herdeiros, que poderão exercê-lo dentro do prazo.



O REGIME DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: ANÁLISE DOS ARTIGOS 9.º, 149.º, 150.º E 152.º DA C-RD'TL

BENJAMIM DE ARAÚJO E CORTE-REAL*

I — Introdução — abertura à ordem internacional

A 20 de maio de 2002, dia da restauração da independência, uma vez elevado ao estatuto de país soberano, livre e independente, Timor-Leste afirma-se ator no palco das nações, no seio da comunidade dos Estados soberanos. Índice desta conduta estadual é a adoção de normas de convivência entre Estados e com a comunidade internacional, em geral.

A Constituição da República consagra, na Parte I — dos Direitos Fundamentais, no seu artigo 9.º/ n.1, uma ampla abertura para com o Direito internacional, permitindo-lhe efetivamente aderir a muitos aspetos do *modus vivendi* e *modus operandi* de uma comunidade à qual havia muito alvejara integrar, mas que só conseguiu após uma luta sangrenta, que lhe fora imposta, de afirmação e de sobrevivência, durante mais de duas décadas.

É com este estado de espírito que os protagonistas da luta de libertação encararam o alvorecer da nova história nacional no dealbar do milénio, agindo com generosidade face à comunidade internacional.

* Licenciado pela FUP-UNTL, Doutorado em Linguística pela Macquarie University Sydney, Austrália, docente na Faculdade de Direito na UNTL e Mestrando em Direito na mesma Universidade.

A receção do Direito internacional vem, por isso, a ser um ato solene na ordem interna timorense, querendo dar ao mundo o primeiro retrato da aptidão e da boa vontade política dos timorenses em ser um membro ágil entre os iguais. O ato do acolhimento obedece a certas condições que a Constituição dita : (i) “As normas constantes de convenções, os tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respetivos órgãos competentes (...)”, e (ii) “(...) e depois de devidamente publicados no jornal oficial” (art. 9.º / n.2, 1.ª parte e 2.ª parte, respetivamente).

Ainda segundo a Constituição, os órgãos competentes para o exercício dos atos no processo de receção e vinculação das convenções, tratados e acordos internacionais são:

- O Presidente da República — em sede de mandato de publicação no Jornal de República [art.85.º/ alínea a) 2.ª parte], ou negociação de acordos em matéria de defesa e segurança [art. 87.º/ alínea d)];
- O Parlamento Nacional — em sede de aprovação e denúncia de acordos e de ratificação de tratados e convenções internacionais [art.95.º/ n.3, alínea f)];
- O Governo — em sede de preparação e negociação de tratados e acordos e de celebração, aprovação, adesão e denúncia de acordos internacionais [art.115.º/ n.1, alínea f)] que não sejam da competência do Presidente de República ou do Parlamento Nacional, e mandato de publicação dos acordos por si aprovados, por resolução do Governo, no âmbito das suas competências [art.116.º/ alínea d), 2.ª parte e art.117.º/n.3].

O artigo 9.º /n.3 da Constituição timorense confere lugar primaz aos instrumentos jurídicos convencionais internacionais a que o Estado timorense se vincula: “*São inválidas todas as normas das leis contrárias às disposições das convenções, tratados e acordos internacionais recebidos na ordem jurídica interna timorense.*”

II — Processo e Medidas de Receção

Pergunta-se: que consequências traz o artigo 9.º /n.3 da Constituição?

Pressupõe-se um exercício de escrutínio prévio ao processo de acolhimento e vigência de qualquer convenção internacional na ordem jurídica interna de Timor-Leste, uma vez que o instrumento a vigorar ficará em lugar cimeiro perante as demais normas constantes das leis internas de Timor-Leste, nos termos do artigo 9.º / n.3 da Constituição.

Há que ter em conta a precaução do legislador pela capacidade de auto-defesa da ordem interna timorense. Podemos deduzir esta precaução do legislador na medida em que este atribui aos órgãos competentes a decisão sobre o destino dos tratados, acordos e alianças anteriores à entrada em vigor da Constituição (art.158.º/n.1, 2 e 3) e a firmeza com que recusa “os atos ou contratos relativos os seus recursos naturais referidos no n.1 do artigo 139.º, celebrados ou praticados antes da entrada em vigor da Constituição que não sejam confirmados”, [sob a vigência da Lei Fundamental], “pelos órgãos competentes” (art.158.º/n.3).

Está evidente a consciência duma postura de auto-defesa do Estado timorense quanto aos seus interesses como um todo único.

Esta mesma consciência é ainda deduzível do conjunto de mecanismos e medidas de escrutínio, no âmbito das competências dos órgãos de soberania, no processo da receção do Direito Internacional. Desde logo, a **negociação** — que requer idoneidade, clareza sobre os interesses em jogo, agilidade de negociar, postura certa, entre outros requisitos; a **aprovação** — que pressupõe a verificação dos critérios e a competência e legitimidade para aprovar; a **ratificação** — que permite debate, consulta pública, auscultação, pareceres, etc; a **apreciação da constitucionalidade** — por que passa todo um estudo minucioso no âmbito jurisdicional; a **confirmação** por maioria absoluta ou superior a este patamar no âmbito do Parlamento Nacional, ganhando legitimidade reforçada; ou, ainda, a **denúncia e desvinculação** de instrumentos que deixarem de servir os interesses nacionais; todas estas medidas são momentos reflexivos da possibilidade de escrutínio, do Estado timorense como o interessado, em defesa da sua ordem interna face aos instrumentos jurídicos convencionais internacionais.

A esse conjunto de tramitações normais — acauteladoras fiáveis da integridade da ordem interna — se coloca em vanguarda o papel vigilante da ordem constitucional do Presidente da República. Será nesse sentido que se materializa uma das competências presidenciais como está consignado no artigo 149.º da Constituição. A fiscalização preventiva da constitucionalidade é um procedimento normal a que recorre o Chefe do Estado, guardião da Lei Fundamenal, caso este entender haver razões de dúvida em sede de constitucionalidade de normas. Infelizmente, no que diz respeito à publicação no Jornal da República de tratados, convenções e acordos internacionais, enviados ao Presidente da República para obter mandato de publicação, como se verá, o Presidente da República cumpre apenas mais um mero procedimento formal de acompanhamento e não propriamente um ato do ‘controlo político ou jurídico’ [Cf. C-RDTL art. 85.º / alínea e) e art.149.º; Cf. P.B. Vasconcelos, (Coord.), Constituição Anotada, RDTL, pp. 287-290].

II. 1 — *Fiscalização: Artigo 149.º da Constituição (Fiscalização preventiva da constitucionalidade)*

Dada a disposição do artigo 9.º da Constituição timorense, que expressa uma postura de braços abertos do Estado timorense face ao Direito internacional, seria de esperar que uma outra norma, em sede de fiscalização, disponha as devidas medidas de escrutínio no processo da vinculação a qualquer instrumento convencional, dando assim um sã equilíbrio entre:

- a) a determinação do Estado Timorense em fazer parte dos arranjos jurídicos no âmbito da comunidade internacional, por um lado; e
- b) uma idónea guarda/ defesa pela prudente segurança e consistência do seu sistema constitucional, por outro.

Para tanto, encontramos no artigo 149.º / n.1 da C-RDTL um posto de controlo. Aí, um órgão de soberania, o Presidente da República, intervém com competência de “*requerer ao Supremo Tribunal de Justiça a apreciação preventiva de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação.*”

Há, porém, aqui um problema de âmbito normativo. É, portanto, necessário um exercício hermenéutico. Ao falar de “promulgação” (no.1) e de “reformulação do diploma em conformidade com a decisão do STJ” (no.3), o artigo 149.º está a fazer alusão tão somente a diplomas produzidos no plano interno. Na letra da norma, não há referência a textos convencionais internacionais.

Para mais, de notar que os textos convencionais não carecem do ato de “**promulgação**” mas, sim, do envio pelo Presidente da República à publicação. Tal como sucede com os diplomas internos, publicação é o destino final das convenções, tratados e acordos internacionais uma vez iniciado o seu processo de receção pela ordem jurídica timorense. Isto decorre do número 2 do artigo 9.º da C-RDTL que estabelece que toda a norma internacional, para poder vigorar em TL, tem primeiro que ser publicada.

Então, no rigor da letra, o artigo 149.º diz respeito só a diplomas produzidos internamente. Mostram-nos isso, tanto o no. 1 como o no. 3 deste mesmo artigo. O Presidente da República só exerce aqui um ato verificativo e não de controlo político ou jurídico (Cf. Jaime Valle “Conclusão dos tratados internacionais na Constituição timorense, versão digital, pp. 15-16).

II.2 — Interpretação Extensiva, combinação do artigo 149.º com o artigo 85.º alíneas a) e e)

Resta fazer-se aqui uma interpretação extensiva do artigo 149.º, em particular, do seu no.1, em combinação com o art. 85.º das competências próprias do Presidente da República, nas suas alíneas a) e e), primeira parte, a fim de se poder incluir os instrumentos convencionais. Uma das competências próprias do Presidente da República é:

- (i) “**Promulgar os diplomas legislativos e mandar publicar as resoluções do Parlamento Nacional que aprovelem acordos e ratifiquem tratados e convenções internacionais**” (art. 85.º / al. a); além disso,
- (ii) “**Requerer ao Supremo Tribunal de Justiça a apreciação preventiva e a fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas, bem como a verificação da inconstitucionalidade por omissão**” (art. 85.º / al. e).

Mesmo depois desta combinação, nota-se que ainda falta uma expressão clara sobre a fiscalização dos textos convencionais internacionais, uma vez que o legislador utilizou o termo “norma” (cf. alínea e) do artigo 85.º) e não “normas internacionais”, pretendendo nossa interpretação estender o domínio semântico do termo “norma” a que abranja tanto as normas internas como as normas internacionais.

Ora, sendo assim, não se deve perder de vista duas situações algo complicadas que decorreriam do ponto de vista procedimental, e são elas:

- (i) os instrumentos legais internacionais poderão ser objeto de reformulação? Num processo que requer a participação de outros Estados ou organizações-parte? No caso de uma convenção/ tratado bilateral, implicaria um novo ciclo de negociações!
- (ii) no caso de convenções/ tratados multilaterais, a abertura de negociação é mais difícil, pelo que a vinculação do Estado poderá estar dependente de a convenção admitir, ou não, reservas (Cf. Art 2.º/ alínea d) e 19.º a 23.º da Convenção de Viena, de 23 de Maio de 1969 — Direito dos tratados; Resolução do Parlamento Nacional n. 5/2004 de 28 de julho que ratifica a adesão). Isto é, se houver alguma incompatibilidade entre uma norma do Tratado e a Constituição, o instituto da reserva permite que o Estado que exprima a reserva possa vincular-se ao Tratado, excluindo a norma identificada como incompatível com a sua Constituição.

Caso as negociações não resultem, isto é, não sejam possíveis, as tais reservas face a uma determinada norma em particular dentro do texto da convenção, tratado ou acordo, há duas situações/ hipóteses a ter em consideração:

- (i) o Estado se vincula à convenção, com o preço de ela vigorar com inconstitucionalidades; ou
- (ii) o Estado decide não se vincular, simplesmente.

III — Implicações ao poder Presidencial nos termos do artigo 149.º

O Presidente da República faz uso dessa prerrogativa, quando lhe parecer justificado, pedindo o órgão jurisdicional — o Supremo Tribu-

nal de Justiça — para se pronunciar sobre a constitucionalidade de determinado diploma. Quanto a instrumentos internacionais, a Constituição da República não se refere claramente, tendo o aplicador que fazer uma interpretação extensiva se os quiser abranger.

O que ressalta aqui é como prosseguir em diante, após o pronunciamento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal de Justiça. O número 3 do artigo 149.º indica que do pronunciamento pela inconstitucionalidade, o diploma é devolvido “ao Governo ou ao Parlamento Nacional”, em que o Presidente da República solicit[a] “a reformulação do diploma em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal de Justiça”.

Ora esse mecanismo que traduz a prerrogativa presidencial revela uma limitação num duplo sentido:

Primeiro, porque o número 4 do artigo remete ao artigo 88.º da Constituição que faculta o Parlamento Nacional a fazer valer a sua intenção inicial, superando o veto de inconstitucionalidade; segundo, porque o Parlamento Nacional, nesse sentido, nada poderá fazer unilateralmente sobre o conteúdo dos textos dos instrumentos legais internacionais, uma vez que, pelo menos, deverá ainda consultar as restantes implicadas no acordo ou tratado, algo bem complexo, sobretudo, quando se trata de acordos ou tratados multilaterais.

Até aqui, conclui-se que o Parlamento Nacional tem sempre uma saída a seu favor; quer quando se trata de o Presidente da República mandar publicar as resoluções do Parlamento Nacional que aprovem acordos ou ratifiquem tratados e convenções internacionais, quer quando o Parlamento recorrer ao instituto da ‘confirmação por maioria parlamentar’, no caso dos diplomas devolvidos pelo Presidente da República. Em ambos os casos, está em detrimento o papel vigilante do Presidente de República (artigo 88.º/n. 2 e 3 da C-RDTL; Cf. J.B. Gouveia, 2012, pp. 249; Cf. P.B. Vasconcelos, 2011, pp. 278).

Então, a não ser que o Parlamento Nacional decida rejeitar o tratado e permitir o reinício de diligências diplomáticas para novas negociações, a ordem jurídica timorense não parece estar suficientemente apertrechada para a defesa *a priori* da sua Constituição.

III. 1 — *Vantagem Político-Legislativa do Parlamento Nacional sobre o Presidente da República*

O no. 4 do artigo 149.º vem assinalar que o Presidente da República, de facto, não é detentor da última palavra nos casos extremos; pois o Parlamento Nacional, ao abrigo do artigo 88.º da Constituição, sempre pode teimar, reconfirmando o texto do diploma, situação em que o Presidente da República fica constitucionalmente obrigado a promulgar ou a dar prosseguimento do mesmo à publicação no Jornal da República.

É digno de nota que uma lei confirmada por maioria parlamentar (50% + 1) dos deputados em efetividade de funções, para além de ser relativamente acessível no *lobby* parlamentar se coincidir com o apoio do partido maioritário ou da aliança da maioria parlamentar, vai enfraquecer a posição do Presidente da República, por um lado, vai ainda render, pelo menos em tese, maior legitimidade à própria lei, por outro.

Entra-se aqui numa situação de disputa de competência institucional. Considere-se o cenário, para já, da revisão da Constituição, que é da competência do Parlamento Nacional. O ato de revisão constitucional exige o voto a favor de 4/5 dos deputados em efetividade de funções. A reconfirmação de um diploma devolvido pelo Presidente da República que o obriga a promulgar ou mandar publicar exige apenas uma maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (50% + 1), ou 2/3 dos Deputados presentes desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

Este último ato legislativo de confirmação não tem a dignidade de revisão constitucional, mas já traz os prejuízos à imagem do Presidente da República. Ora, se essa maioria de confirmação da lei atingir os 4/5 dos Deputados em efetividade de funções, é evidente que a lei ganhou a dignidade de uma censura à norma constante da Constituição, contra a qual aquela lei era declarada inconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça e defendida pelo garante da Constituição.

Conclui-se, por isso mesmo, que, em matéria de fiscalização da Constitucionalidade dos diplomas, tanto internos como externos, a Constituição acaba por preferir a razão do órgão legislativo àquela do Presidente da República, enfraquecendo o seu papel de vigilante.

Do teor do artigo 149.º se deduz que ou o ordenamento jurídico timorense ainda não se apetrechou suficientemente para se defender dos instrumentos legais internacionais que possam contradizer a sua Constituição, ou que se desenhou de propósito um papel fragilizado atribuído ao Presidente de República face ao Parlamento Nacional em sede de produção e processamento dos diplomas legais, no espírito da separação de poderes e da competência exclusiva do Parlamento Nacional.

Além de tudo o exposto, não é de ignorar o facto de o Governo ter a competência de aprovar acordos internacionais, nos termos do artigo 115.º/ n.1 alínea f), que não estão abrangidos pela competência nem do Presidente da República (cf. art. 87/ alínea d)) nem do Parlamento Nacional (cf. artigo 95/ n.3 alínea f)), e, por resolução do Governo, enviar à publicação no Jornal da República. Parece que há aqui um tubo de escape para o Governo, se quiséssemos considerar o funil de controlo mais fiável o ato de solicitação de fiscalização preventiva do Presidente da República [Cf. Jaime Valle, “id. supra”, novembro 2015, pp. 15]

III. 2 — Riscos de conflito de competência

A distribuição de competências a cada um dos órgãos de soberania em matéria de recepção do Direito Internacional — adesão a convenções, a feitura de tratados e acordos internacionais — demonstra certa ligeireza em que a preocupação do legislador estava centrada em assegurar que matéria tão importante seja escrupulosamente acolhida pelos órgãos de soberania, mas não se precavendo suficientemente que o exercício exigia um escrutínio miculoso para evitar a sobreposição dessas competências e, sobretudo, os riscos de conflito daí advindos.

Com efeito, quanto a pontos de controlo, para além daquele formal papel do Presidente da República de poder solicitar uma fiscalização preventiva da constitucionalidade de diplomas, há-os nos próprios processos de deliberação no âmbito interno de cada órgão de soberania, quer no Parlamento Nacional como no Conselho de Ministros. No entanto, no que diz respeito à dignidade de cada órgão de soberania, uma clareza na definição das competências e de termos exatos de intervenção por cada um deles, de facto, era altamente aconselhável.

Por isso, nos termos atuais da atribuição de competências a cada órgão de soberania, só há que saber gerir os riscos de conflito, e saber, por via do princípio da interdependência e cooperação entre os mesmos, suprimi-los de forma curial, em cada caso.

Dito isto, não restam dúvidas que, numa primeira oportunidade de revisão consitucional, a haver num futuro próximo, se deverá proceder com um exercício editorial harmonizador, mais cuidadoso possível, de todas as normas implicadas na atribuição de competências aos órgãos de soberania, em matéria de receção do Direito Internacional.

IV — Medidas *a posteriori* de tentativa de emenda

A C-RDTL consagra ainda dois outros postos de controlo da Constitucionalidade das normas, nos seus artigos 150.º e 152.º, relativos à fiscalização abstrata e concreta, respetivamente, isto é, já na vigência da norma/ tratado/ convenção na ordem interna timorense.

O Presidente da República preside a lista das personagens que podem requerer a declaração da inconstitucionalidade na fiscalização abstracta, lista essa que inclui o Presidente do Parlamento Nacional, o Procurador-Geral da República, o Primeiro-Ministro, um quinto dos Deputados e o Provedor de Direitos Humanos e Justiça.

Pela incompletude redacional, somos orientados pela Constituição Anotada (Coord. P. B. Vasconcelos, art. 150.º, pp. 472-474) a fazer a leitura à luz do artigo 126.º da Constituição que abrange todos os atos legislativos, normativos e regulamentares.

Assim, estaria também abrangido qualquer instrumento convencional internacional que tenha sido enviado pelo Governo ao Jornal da República tendo sido aprovado por Resolução de Governo e, por isso, não passando pelo Presidente da República.

Na fiscalização concreta da constitucionalidade, o ato de controlo só pode iniciar após a recusa de qualquer um tribunal de aplicar uma dada norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, isto é, ao julgar que uma dada norma está contrária à Constituição.

V — *Rationale* da abertura da ordem jurídica timorense ao Direito internacional

Com Jaime Valle [“Id. supra”, pp.2-3, novembro de 2015], podemos avançar com uma série de explicações para essa situação:

- A presença colossal das Nações Unidas na Administração Transitória de Timor-Leste (UNTAET) com poderes legislativos, executivos e judiciais cumulados, pré-condicionou as linhas mestras da política timorense;
- A intervenção de assessores internacionais na Assembleia Constituinte que, actuando à luz do Direito Internacional, facilitou uma maior sensibilidade e vontade políticas para a ordem internacional;
- Uma postura derivada do reconhecimento da liderança timorense para com o papel da solidariedade da comunidade internacional, afirmando-se o mais conformado possível com o Direito Internacional.

Não se alheia ao acima elencado a escolha consciente da liderança timorense para dissuadir quaisquer dúvidas residuais de sectores da comunidade internacional quanto à orientação ideológico-política do novo Estado a ser reconhecido — sabendo-se que o povo timorense fez um percurso tribulado de guerra civil, de ocupação e de mútua perseguição fratricida, de guerra de resistência armada, processo de convergência e unidade nacional, movimentos clandestinos e uma frente diplomática num xadrez político regional e global bastante complexo, com o conhecido alto custo moral e humano –, podendo essa experiência causar curiosidades e apreensões das grandes potências de interesse quanto aos propósitos íntimos dos responsáveis máximos da luta timorense.

Nesse sentido, uma postura de grande abertura face aos instrumentos jurídicos convencionais internacionais atribuindo às suas normas uma posição cimeira no ordenamento jurídico timorense daria prova eloquente da seriedade e determinação do novo Estado na sua ampla conformação com o Direito Internacional. Significa isto também ligar o passado benéfico da solidariedade da comunidade internacional ao com-

promisso pelos valores a implantar numa sociedade cujo sofrimento derivou precisamente da prolongada negação sistemática desses mesmos valores por um regime a que se associou o conluio de várias potências.

CONCLUSÃO

É translúcido que o legislador constituinte timorense se tenha preocupado com a receção do Direito internacional na ordem jurídica de Timor-Leste. Vários fatores internos e externos contribuíram para esse efeito — nomeadamente, a sua experiência de guerra, a diplomacia pela libertação nacional, a necessidade de seguir as normas internacionais no palco internacional, etc. A multitude dos trâmites procedimentais dispostas na ordem interna para acolher os instrumentos jurídicos internacionais atestam essa preocupação. Os artigos que versam a matéria expandem-se desde as competências de cada órgão de soberania até aos mecanismos de escrutínio a que a norma internacional é sujeita.

Essa preocupação, porém, tão logo se revela susceptível de ligeireza na parcelarização e no balizamento das competências entre os órgãos e na arquitetura terminológico-jurídica, deixando um labor hermenéutico não fácil (Cf. P. B. Vasconcelos, 2011).

Assim, parece-nos pertinente que se deva anotar a prioridade de revisão editorial por forma a harmonizar os artigos no sentido de dissipar o potencial de conflito institucional entre os órgãos em torno dessa matéria (Cf. J. B. Gouvía, P. B. Vasconcelos e Jaime Valle). Entrementes, só resta que a potencialidade se enfraqueça face ao sentido de Estado dos titulares dos órgãos de soberania, a bem da Nação.

Bibliografia:

- Constituição da República Democrática de Timor-Leste de 2002;
- Convenção de Viena de 23 de maio de 1969 — Direito dos tratados;
Resolução do Parlamento Nacional de Timor-Leste, n. 5/2004 de
28 de julho que ratifica a adesão;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Timor-Leste*,
IDILP, Lisboa/ Díli, 2012;
- VALLE, Jaime, “Conclusão de tratados internacionais na Constituição
timorense de 2002”, versão digital cedida nas aulas presenciais de
DIP — Mestrado em Direito Público na UNTL, novembro de
2015; pp. 1-18; Publicado na Revista «O Direito», Ano 139.º (2007),
IV, pp. 879 e ss;
- VASCONCELOS, Pedro Bacelar de (Coord.), *Constituição Anotada
da República Democrática de Timor-Leste*, Direitos Humanos —
Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2011.



CAPACIDADE INSTITUCIONAL PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM PAÍSES LUSÓFONOS

CASOS DE ESTUDO DE BRASIL, PORTUGAL E TIMOR-LESTE

BETHÂNIA SUANO¹

RESUMO: Os direitos humanos são tema caro à agenda política internacional, no entanto, é no âmbito doméstico, seja nacional ou local, que se pode aferir seu cumprimento. Do compromisso internacional com os direitos humanos ao seu cumprimento doméstico há um árduo caminho, para o qual argumentamos ser fundamental a consolidação da capacidade institucional especializada. Neste sentido, este artigo apresenta uma análise comparada minuciosa, ainda que não exaustiva, a respeito das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDHs)² de Brasil, Portugal e Timor-Leste³. Utilizamos como ferramentas conceituais e metodológicas, respetivamente, fundamentos do Novo Institucionalismo Histórico e análise normativo-

¹ Doutoranda em “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI”, do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal). Bolseira da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Ministério de Educação, Brasil (processo nº99999.000940/2015-01). Especialista em Direitos Humanos pelo IGC-Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra e especialista em Direitos Fundamentais pelo mesmo IGC-Universidade de Coimbra em parceria com Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), desde 2007. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Sua investigação e área de interesse profissional respeita ao desenvolvimento local e políticas públicas de direitos humanos. (contacto: besuano@hotmail.com)

² Utilizaremos a sigla INDHs para designar as Instituição Nacionais de Direitos Humanos.

³ Optamos por apresentar os países em ordem alfabética.

-institucional; aborda-se desde o estabelecimento das normas internacionais de direitos humanos, no que se referem a valores fundamentais e parâmetros institucionais estipulados aos Estados, até sua implementação nacional nos estudos de caso eleitos como unidades de análise.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos, capacidade institucional, instituição nacional de direitos humanos, novo institucionalismo histórico.

LISTA DE SIGLAS

ACNUDH	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos
AG-ONU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CDDPH	Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (órgão brasileiro)
CDH	Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas
CNDH-BR	Conselho Nacional de Direitos Humanos (órgão brasileiro)
CNDH-PT	Comissão Nacional de Direitos Humanos (órgão português)
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
ECOSOC	Conselho Económico e Social das Nações Unidas
GANHRI	Aliança Global de Instituições Nacionais de Direitos Humanos
INDH	Instituição Nacional de Direitos Humanos
MDH	Ministério de Direitos Humanos (órgão brasileiro)
MPV	Medida Provisória (ato normativo brasileiro)
ODM	Objetivos do Desenvolvimento do Milênio
ODS	Objetivos do Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
PDHJ	Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça (órgão timorense)
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNDH	Programa Nacional de Direitos Humanos (documento brasileiro)
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPs	Princípios de Paris
SEDH	Secretaria Especial de Direitos Humanos (órgão brasileiro)
UPR	Revisão Periódica Universal

LISTA DE QUADROS

- Quadro 1** Instituições públicas de direitos humanos — do internacional ao nacional (Brasil, Portugal e Timor-Leste)
- Quadro 2** Resumo das características organizacionais verificáveis nas INDHS
- Quadro 3** Sumário de mudanças na estrutura institucional do órgão de direitos humanos governo federal do Brasil
- Quadro 4** Características das INDHs analisadas (Brasil, Portugal e Timor-Leste)

“Os direitos humanos não podem ir muito longe sem os Estados, e devemos enfrentar a questão do interesse de Estado se queremos que os direitos humanos figurem na pauta principal. Isso não é um conselho inspirado pelo desespero; antes, acho que seremos muito mais bem-sucedidos se pensarmos de modo tangível em Estados específicos e épocas específicas e planejarmos nossa intervenção tendo isso em mente. E devemos sempre tentar articular os direitos humanos em termos de oportunidades, bem como de obrigações.”⁴

Sergio Vieira de Mello

1. Introdução

1.1. Objetivos

Este artigo parte da premissa de que os direitos humanos podem ser efetivados apenas no âmbito doméstico (nacional e local). Na arena internacional forja-se um discurso universalista dos direitos humanos, a partir das disputas políticas internacionais, que decorrem, primordialmente, nas Nações Unidas (ONU)⁵ e, complementarmente, em organismos regionais de proteção, assim estabelecem-se normas internacionais na matéria. Entretanto, é com a internalização normativa nos Estados e no contexto local que o discurso de direitos humanos ganha conteúdo, significados e sentidos, concretizando-se na vida cotidiana das pessoas. Sendo assim, neste artigo analisamos a capacidade institucional das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDHs) de Brasil, Portugal e Timor-Leste, a fim de verificar como cada país institucionalizou a pauta, quais as estratégias locais têm se mostrado mais efetivas, e, por fim, elencar boas práticas institucionais.

Os três Estados investigados apresentam características sociais, históricas, culturais e econômicas bastante distintas; embora sejam caracte-

⁴ Disponível em <https://sur.conectas.org/apenas-os-estados-membros-podem-fazer-onu-funcionar/>, acesso em 07 de julho de 2019.

⁵ Utilizaremos a sigla ONU para designar a Organização das Nações Unidas, podemos utilizar também o termo Nações Unidas.

rísticas relacionais e que mantêm graus de influência recíproca⁶. A língua portuguesa como idioma oficial comum e a localização geográfica tão distante foram critérios para escolha dos casos a estudar: a língua que facilita a recolha e comparação de dados em versão original, das legislações e demais referências bibliográficas; a distância territorial que os insere em continentes culturalmente tão diversos. É possível traçar paralelismos e comparações entre estes países quanto a seus arranjos institucionais voltados aos direitos humanos? Esta é uma das questões que procuramos responder afirmativamente com este artigo.

1.2. Revisão bibliográfica e enquadramento metodológico

Valemo-nos de revisão bibliográfica multidisciplinar em três principais áreas do conhecimento para estabelecer o estado da arte no que se refere à “capacidade institucional de direitos humanos”⁷, sendo estas: o Direito, a Ciência Política e a Administração Pública. Do Direito trazemos o olhar para interpretação normativa, seja das normas internacionais, seja das nacionais; da Ciência Política utilizamos conceitos do Novo Institucionalismo Histórico para analisar as instituições enquanto atores políticos relevantes; e, com base na Administração Pública apuramos os recursos e funcionamento institucional dentro de parâmetros de boa governação.

Conforme referido optamos por estudo comparativo de casos, para tanto estabelecemos critérios descritivos e analíticos para observação e comparação de cada uma das instituições investigadas. O estudo de caso é considerado como uma estratégia metodológica aplicável às Ciências Humanas para investigação de uma amostra ou pequeno grupo de amostras únicas e factuais, possibilitando análise aprofundada e nem sempre passível de generalizações (Coutinho, 2015: 334ss). A principal

⁶ Estas diferenças não serão o enfoque deste trabalho. Não se trata de ignorar a história colonialista na conformação dos direitos humanos em cada um destes países, mas de privilegiar o olhar para as instituições públicas nacionais enquanto atores políticos relevantes para o cumprimento local de referidos direitos.

⁷ Utilizamos o termo “capacidade institucional” como tradução do inglês *capacity building*, utilizado pela literatura no contexto dos direitos humanos.

vantagem da utilização de estudo de caso/s é possibilitar a aproximação da prática com a teoria, permitindo a verificação de teorias e conceitos por meio de análise crítica sistematizada, demonstrando a utilidade da pesquisa (Flyvbjerg, 2006: 223). Acrescenta-se que, no caso de investigação em Ciências Jurídicas, o estudo de caso possibilita a aferição da aplicabilidade cotidiana das normas.

1.3. Estrutura do artigo

Dividimos o artigo de forma a facilitar a compreensão do trajeto da investigação. Na primeira parte, após esta *Introdução*, apresentamos em linhas gerais a teoria Neo-Institucionalista e a partir desta elencamos os principais elementos conceituais de sua corrente histórica, que nos serão úteis para estabelecer uma narrativa institucional dos casos de estudo. Apresentamos os principais elementos normativos no campo internacional no que se refere às Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDHs), partindo das normas gerais de direitos humanos das Nações Unidas, e adentrando à especificidade dos Princípios para as INDHs, denominados Princípios de Paris (PPs)⁸. A seguir à caracterização normativa das INDHs, defendemos nossa compreensão de que estas compõem a capacidade institucional local voltada aos direitos humanos. Então, definimos os critérios para análise da capacidade institucional em direitos humanos que estabelecemos para abordar em cada uma das instituições investigadas. Serão cinco instituições: duas brasileiras, duas portuguesas e uma timorense, sendo que no caso de Timor-Leste citamos outros órgãos⁹ nacionais que se relacionam com os temas de direitos humanos, sem, contudo, serem especializados nesta seara. Por fim, abordamos uma a uma as INDHs investigadas e estabelecemos comparações no que for possível e destaques para as características consideradas exitosas de cada experiência institucional.

⁸ Utilizaremos a sigla PPs para designar os Princípios de Paris, que serão também melhor explicados em sub-item próprio.

⁹ A despeito de serem possíveis diferenciações conceituais entre os termos “órgão” e “instituição”, neste artigo utilizaremos estas palavras como sinônimos.

2. Novo Institucionalismo Histórico

O Novo Institucionalismo apresenta quatro principais correntes teóricas — Histórica, Sociológica, Racional e Discursiva; por meio das quais pretende explicar o processo pelo qual as instituições surgem, perpetuam-se e se modificam, bem como as estruturas e os comportamentos dos atores institucionais, sua dinâmica de influência recíproca na conformação institucional. Considera que as instituições têm papel importante nas políticas públicas, o que significa atentar para o funcionamento dessas, para suas relações com indivíduos e coletivos e sua incidência nas políticas em geral (Hall & Taylor, 1996). Nota-se que nas análises neo-institucionalistas o foco investigativo encontra-se numa escala intermediária, entre a sociedade como um todo (ou mesmo o Estado em si) e a escala mais restrita do nível de ação individual (Marques, 1996).

Uma das principais linhas teóricas do Novo Institucionalismo e que mais se adequa a interpretação dos casos de estudo em questão é a corrente histórica, pois prioriza o estudo das instituições oficiais como estruturantes das relações sociais e considera que as instituições influenciam a forma de ação dos indivíduos e das coletividades — os autores Hall e Taylor (1996) indicam que, nesta perspectiva, o que estrutura as instituições políticas são as normas e as convenções, dotadas de oficialidade ou não, que ao longo do tempo continuam sendo respeitadas pelos indivíduos ou grupos, carregados de um caráter de dependência histórica específica (Hall e Taylor, 1996: 6). Desta forma a corrente histórica analisa estas variáveis desde a criação de uma instituição, atentos a sua permanência temporal, considerando que as instituições tendem a reforçar essa permanência. As relações entre indivíduos e instituições caracterizam-se por assimetrias de poder pendentas mais para estas, que terminam por contribuir mais do que os atores individuais para as configurações do cenário político ao qual se relacionam. Assim, os adeptos desta corrente atentam também para as ideias e crenças decorrentes das instituições ou, estruturantes das mesmas. Para os neo-institucionalistas históricos as mudanças nas instituições dar-se-iam em momentos críticos, como, por exemplo, guerras ou forte crise econômica, mas não

aprofundam a análise destes pontos de mudança, uma vez que valorizam a tendência à permanência das instituições (Hall e Taylor, 1996; Davies e Trounstone, 2012).

Conforme compreensão da corrente histórica e tendo em vista a análise institucional de direitos humanos, considera-se importantes à estabilidade institucional os seguintes mecanismos:

- As normas, que estabelecem o que deve ser cumprido e as sanções legais e/ou sociais pelo não cumprimento;
- A coerção, que visa a obrigatoriedade de cumprimento e sanções por força (militar, poder de polícia); e
- A coação, que prevê prêmios para o cumprimento do respeito institucional.

Nas palavras de Eduardo Marques (1996):

Os dois primeiros processos aumentariam os custos da desobediência às instituições, o primeiro pelo lado da possibilidade de sanções sociais e o segundo pelo possível uso da força. O terceiro mecanismo agiria aumentando os prêmios de adesão e obediência a elas através da distribuição de benefícios (Marques, 1996: 16).

Para análise de políticas nacionais de direitos humanos, o Novo Institucionalismo Histórico colabora com seu olhar voltado para as características formais das instituições oficiais, criadas em conformidade com as diretrizes dos sistemas internacionais de garantias dos direitos humanos (global e regionais), as constituições nacionais e as leis nacionais, que estabelecem diretrizes estruturantes e procedimentais para criação destas instituições. No plano internacional, as Nações Unidas colaboram para definição geral do que se consideram que deve ser uma instituição de direitos humanos. Em âmbito nacional, cada Estado interpreta as diretrizes internacionais e acordos ratificados, estabelecendo legislação própria, que será alicerce para institucionalizar a temática no quadro legislativo de cada país. Sendo assim, neste artigo, privilegamos as características institucionais, as normas e certos momentos históricos (que também podem ser chamados de pontos críticos) para estabelecer a narrativa institucional dos órgãos investigados.

3. O Caminho Normativo Internacional dos Direitos Humanos

3.1. Nações Unidas

A ONU recomenda como pilares da proteção nacional interna dos direitos humanos: i) a inserção dos tratados internacionais na legislação nacional; ii) a existência de poder judiciário independente; iii) o acesso ao poder judiciário; e iv) o fortalecimento de instituições democráticas (ACNUDH, 1995: 4). Neste sentido, não há que negar que do ponto de vista da Administração Pública e da institucionalidade pública os principais órgãos para promoção dos direitos humanos em nível nacional são as INDHs, que por sua vez subordinam-se à normativa internacional na temática, ou seja, primordialmente regras e tratados da ONU. Estas normas foram sendo atualizadas e complementadas por resoluções e recomendações, aprovadas principalmente pelos seguintes órgãos das ONU: Conselho de Direitos Humanos (CDH)¹⁰, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)¹¹ e Conselho Econômico e Social (ECOSOC)¹², além claro de sua Assembleia Geral (AG-ONU)¹³.

Consideramos que a ONU, numa primeira etapa, elencou os direitos humanos em importantes normas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹⁴ e os Pactos que a seguiram, dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁵ e dos Direitos Econômicos, So-

¹⁰ Utilizaremos a sigla CDH para designar o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

¹¹ Utilizaremos a sigla ACNUDH para designar o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

¹² Utilizaremos a sigla ECOSOC, advinda do inglês, *Economic and Social Council*, para designar o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

¹³ Utilizaremos a sigla AG-ONU para designar a Assembleia Geral das Nações Unidas.

¹⁴ Utilizaremos a sigla DUDH para designar a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁵ Utilizaremos a sigla PIDCP para designar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

ciais e Culturais (PIDESC)¹⁶. Documentos normativos estes que, na arena internacional são tidos como um grande progresso de entendimento entre os países, no período pós 2ª guerra mundial (Santos, 2009: 14; Cabrita, 2011: 59; Moreira e Gomes, 2014: 56;). Depois, relevantes para esta investigação, enfatizamos os Princípios de Paris¹⁷ e a Declaração e Programa de Ação de Viena¹⁸, o primeiro elencando as diretrizes para criação de INDHs; o segundo trazendo elementos de gestão e políticas públicas voltados aos direitos humanos. Ainda no âmbito da ONU, mais recentemente, o rol de direitos humanos foi complementado pelos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM)¹⁹ e Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)²⁰, também considerados como documentos normativos internacionais.

Enfatizamos que os tratados internacionais correspondem às discussões políticas internacionais e visam realidades locais no que se refere aos direitos humanos. O conteúdo destes tratados internacionais é levado para o ordenamento jurídico nacional, numa etapa da tradução dos direitos humanos que podemos denominar processo de internalização normativa (Risse, Ropp & Sikkink, 1999), o esperado é que os Estados conforme assinam e ratificam os tratados internacionais internalizem-nos em suas Constituições e/ou legislação ordinária. Ultrapassada a questão legal, trata-se de aplicar estes direitos no âmbito nacional, não apenas por meio do seu Sistema Judiciário, julgando e punindo agentes violadores, mas também na perspectiva de promoção e garantia destes direitos, colocando em destaque a preponderância das INDHs.

¹⁶ Utilizaremos a sigla PIDESC para designar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹⁷ Disponível em: <https://nhri.ohchr.org/EN/Themes/Portuguese/DocumentsPage/ParisPrinciples-PT.pdf>, acesso em: 10 de julho de 2019.

¹⁸ Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf, acesso em: 10 de julho de 2019.

¹⁹ Utilizaremos a sigla ODM para nos referir aos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio, instituídos pela ONU no ano 2000.

²⁰ Utilizaremos a sigla ODS para nos referir aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, instituídos pela ONU no ano 2015.

3.2. Princípios de Paris

Os Princípios de Paris foram estabelecidos em dezembro de 1993, e elencam os parâmetros para criação de INDHs. Este documento foi sucedido por manuais e guões elaborados pelas ONU, por meio do ACNUDH e do Programa para o Desenvolvimento (PNUD)²¹, que auxiliam os países a implementar INDHs para fortalecer a proteção e promoção destes direitos. De acordo com os documentos: estas instituições devem ser oficiais e estar previstas no texto constitucional ou outra lei nacional. Às INDHs compete emitir, por iniciativa própria ou provocação de outrem, pareceres, relatórios, recomendações e propostas sobre quaisquer matérias de direitos humanos, tornando público tais documentos quando julgar necessário; que devem versar sobre a situação nacional dos direitos humanos e sobre violações de direitos humanos, podendo ser elaborados para chamar atenção do Governo para determinados aspectos ou para colaborar na harmonização entre legislação e práticas nacionais com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado. As INDHs devem ainda cooperar com as ONU, com instituições regionais e outras instituições nacionais. Devem igualmente colaborar com programas de ensino e pesquisa em direitos humanos e divulgar os direitos humanos por meios de educação formal, não formal e órgãos de imprensa. Tais instituições devem fazer parte de uma estratégia nacional de garantia dos direitos humanos.

Em regra, os PPs recomendam que estas instituições sejam compostas de forma plural, visando o seu caráter independente, com entidades representantes de setores da sociedade civil atuantes na proteção e promoção dos direitos humanos, como organizações não governamentais, sindicatos, ordens profissionais, comunidade acadêmica, parlamento, governo. Sobre a pluralidade de representantes no aspecto dos assuntos relativos aos direitos humanos as recomendações incidem sobre cada uma das chamadas minorias, de gênero, racial, etária, e inclu-

²¹ Utilizaremos a sigla PNUD para designar o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

sive religiosas. Ainda, uma característica do funcionamento das INDHs é que devem ter um mandato periódico, orçamento e instalações próprias que garantam sua independência para verificar as condições nacionais dos direitos humanos, bem como receber queixas de violações por parte dos cidadãos. E por fim, os PPs preveem que as instituições nacionais possam criar grupos de trabalho específicos, bem como estabelecer unidades regionais e locais para colaborar com suas funções.

Nota-se que as diretrizes dos PPs para o estabelecimento de instituições nacionais têm características análogas e complementares ao funcionamento dos organismos das ONU em matéria de direitos humanos. Como o CDH, as INDHs são aconselhadas a reunirem-se periodicamente, elaborar relatórios, trocar experiências internacionalmente, e fortalecer interlocução entre países de uma mesma região, ou que possam ter problemas parecidos. As INDHs são incentivadas a fazerem relatórios sobre a situação nacional dos direitos humanos, que possam assim ser apresentados e levados à discussão nas sessões de Revisão Periódica Universal (UPR)²². Ainda, as INDHs, de acordo com os PPs devem fortalecer articulações com organizações não governamentais. Assim como consta no preâmbulo da DUDH, o princípio de incentivo à educação para os direitos humanos é também recomendado às instituições nacionais. E, por fim, mas não menos importante, ressaltamos que as diretrizes para criação das INDHs já anteviam a possibilidade de se estabelecerem instituições em escalas regionais e locais dentro dos países.

4. O Caminho Institucional Dos Direitos Humanos — Do Internacional Ao Nacional

Como vimos dizendo as normas internacionais em matéria de direitos humanos sofrem um processo dinâmico para se estabelecerem como

²² A Revisão Periódica Universal é uma sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que discute a situação dos direitos humanos em cada um dos países membros, ouvindo-se exposições e relatórios emitidos pelo próprio país, por organizações não governamentais e por organismos das Nações Unidas. Utilizaremos a sigla UPR para designar a Revisão Periódica Universal, definida a partir do termo em inglês *Universal Periodic Review*.

normas nacionais e locais. Um modelo conceitual útil a explicar este processo de internalização é o denominado, em inglês, “*norm-cascade*”, que utilizamos numa tradução livre como “sentido cascata das normas”. O sentido cascata consiste na interpretação de que uma norma internacional, conforme mobiliza politicamente a arena internacional pode desencadear a criação de norma da mesma matéria pelos Estados, e que o fato de um Estado estar a estabelecer dada norma influencia (ou reverbera) na internalização normativa de outro Estado (Freeman, 2002; Risse *et al.* 1999, 2013; Sikkink, 2012). Acrescentamos que esta reverberação pode dar-se com normas e com instituições (vide a criação de INDHs por todo o mundo) e pode ser observada em níveis locais mais restritos, como em unidades administrativas dentro de um país. Apoiado neste entendimento do sentido cascata o *quadro 1*, apresentado a seguir, sumariza cronologicamente as instituições públicas de direitos humanos nos níveis territoriais: global, regional e nacional (no caso dos países investigados). Em escala regional destacamos instituição americana e europeia, e assinalamos a não existência de instituição efetiva ao nível regional asiático salientamos os continentes nos quais estão inseridos os países incluídos em nossa investigação. Um breve resgate histórico de criação de tais instituições nos importa à título de contextualizarmos nossos casos de estudo e para melhor apresentar os órgãos, instrumentos políticos e programáticos que mais incidem.

**Quadro 1 — Instituições públicas de direitos humanos —
do internacional ao nacional (Brasil, Portugal e Timor-Leste)**

Nível territorial	Instituição	Ano de criação	Principal/is documento/s programático/s de Direitos Humanos
Mundial (para países que reconhecem tais organismos e que são signatários dos documentos normativos)	Nações Unidas	1945	Carta das Nações Unidas (26.06.1945)
	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos	1993	Declaração Universal de Direitos Humanos (10/12/1948)
	Conselho de Direitos Humanos ²³	1946	Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966)
	Aliança Global de Instituições Nacionais de Direitos Humanos ²⁴	1993	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) Princípios de Paris (1993)
Regional (para países que reconhecem tais organismos e são signatários dos documentos normativos) ²⁵	Comissão Interamericana de Direitos Humanos	1959	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (04/1948)
	Corte Interamericana de Direitos Humanos	1979	Convenção Interamericana de Direitos Humanos — Pacto de San Jose (22/11/1969)
	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	1959	Convenção Europeia de Direitos Humanos (04/11/1950)

²³ Em 1946 foi criada a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 2006 foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, nota-se que dentre outras a mudança de “Comissão” para “Conselho” coloca, ao menos na nomenclatura, os direitos humanos no mesmo patamar que a segurança (Conselho de Segurança das Nações Unidas).

²⁴ Em 1993 foi criada um Comitê Coordenador das INDHS, que foi renomeado de Aliança Global em 2016. A Aliança Global está subdividida em redes regionais (África, Américas, Ásia Pacífico e Europa).

²⁵ O continente asiático não apresenta um sistema regional de proteção de direitos humanos análogo ao sistema global e aos demais sistemas regionais. Verifica-se alguma mobilização política neste sentido junto à Associação das Nações do Sudeste Asiático, conhecida pela sigla ASEAN, entretanto não se trata de um sistema ou jurisdição internacional de direitos humanos (Moreira e Gomes, 2015: 73). Ademais, Timor-Leste não é membro efetivo da ASEAN, integrando-a, por ora, como observador. Por isso não se inclui nesta tabela um organismo regional asiático de proteção aos direitos humanos.

Nível territorial	Instituição		Ano de criação	Principal/is documento/s programático/s de Direitos Humanos
Nacional	Brasil	Conselho Nacional de Direitos Humanos ²⁶	1964	Constituição Federal Programa Nacional de Direitos Humanos III (Decretos n° 7.037/2009 e n° 7.177/2010)
		Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ²⁷	1997	
	Portugal	Provedoria de Justiça	1975	Constituição Portuguesa e Estatuto da Provedoria
		Comissão Nacional para os Direitos Humanos	2010	Resolução do Conselho de Ministros n°27/2010
	Timor-Leste	Provedoria de Direitos Humanos e Justiça		Constituição da República Democrática de Timor-Leste Orgânica da Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça

Fonte: a autora.

Assim, no *quadro 1* evidenciamos em ordem cronológica e de abrangência territorial, a criação das instituições públicas de direitos humanos do plano global, ao plano nacional. Apresentaremos, a seguir critérios que estipulamos para análise da capacidade institucional das INDHs de Brasil, Portugal e Timor-Leste sobre as quais ajustamos as lentes de nossa investigação.

²⁶ Em 1964 foi criado o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em 2014 foi substituído pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos nos moldes em que se encontra atualmente.

²⁷ Em 1997 foi criada a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, dentre várias modificações, este ano (2019) o órgão passou a ser denominado Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

4.1. Critérios para análise da capacidade institucional em direitos humanos

Utilizaremos o termo “instituições nacionais de direitos humanos” (INDHs) de forma generalizada neste artigo, para designar as instituições públicas que têm atribuições de promoção, defesa e garantia de direitos humanos no âmbito territorial nacional. Entretanto, regista-se que nem todas as instituições aqui investigadas estão credenciadas pela chamada Aliança Global de Instituições de Direitos Humanos (GANHRI)²⁸, que é vinculada ao ACNUDH, e anteriormente foi denominada por Comitê Internacional de Coordenação das INDHs. Para se filiar ao GANHRI as INDHs devem ser aceitas por um subcomitê de creditação, que as avalia conforme critérios de cumprimento dos PPs e considera três *status* possíveis para estas instituições A (totalmente de acordo com os PPs), B (parcialmente de acordo com os PPs) e C (não adequadas aos PPs)²⁹. Não se trata de algo meramente formal, mas não consideramos que a não filiação descaracterize a atuação nacional das instituições públicas de direitos humanos.

A GANHRI indica que na prática, dentre as instituições associadas existentes em todas as regiões do mundo, verificam-se seis modelos de INDHs: as comissões, as provedorias (*ombudsman* no inglês), instituições híbridas, consultivas, institutos ou centros, e instituições com múltiplas características³⁰. Em outro documento oficial, apresentado pelo ACNUDH, em Língua Portuguesa, em um “Workshop sobre a criação e re-

²⁸ Utilizaremos a sigla GANHRI para designar a Aliança Global de Instituições Nacionais de Direitos Humanos, originada do termo em inglês *Global Alliance for National Human Rights Institutions*.

²⁹ O registo de creditações de INDHs pela GANHRI traz as definições dos status A, B, C e esta disponível em [https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart%20\(04%20March%202019\).pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart%20(04%20March%202019).pdf), acesso em 10 de julho de 2019.

³⁰ Traduzido e adaptado do original em inglês: “*Six models of NHRIs exist across all regions of the world today, namely: Human rights commissions, Human rights ombudsman institutions, Hybrid institutions, Consultative and advisory bodies, Institutes and centres and multiple institutions.*” Disponível em <https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/RolesTypes-NHRIs.aspx>, acesso em 10 de julho de 2019.

forço de INDHs em conformidade com os Princípios de Paris”³¹, elenca cinco tipos principais de INDHs, salientando que não se tratam de modelos bem definidos, dada complexidade e variedade de instituições, sendo estes os tipos: ombudsman, comissões de direitos humanos (recebem queixas e pode realizar apurações de cunho investigativo), comissões consultivas (realizam recomendações a outras instituições), institutos ou centros (tendem a focar em pesquisas e estudos) e as comissões híbridas/ombudsman (que conjugam atribuições de promoção e proteção de direitos humanos com questões ligadas a corrupção e outras de funcionamento da administração pública).

Para fins deste artigo, levando em consideração as instituições analisadas, optamos por apresentar cinco questões de caráter organizacional que compõem a capacidade institucional das INDHs, são estas: a estrutura organizacional definida, a função institucional, as formas de atuação e a composição de recursos humanos e de recursos orçamentários. Logicamente, as cinco questões relacionam-se, bem como indicam a referência que os países têm no modelo proposto pela ONU para as INDHs. O que se verifica em termos de estruturas de instituições públicas nacionais de direitos humanos é que podem ser, basicamente, órgãos colegiados (em geral, conselhos ou comissões) ou departamentais (secretaria, ministério, gabinete, entre outros termos). Identificamos três principais tipos funcionais: consultiva, investigativa, executiva (que implementa políticas públicas) ou mista. Quanto às formas de atuação podem dispor de expedientes como: relatórios, recomendações, diligências investigativas, até implementação de políticas públicas, dentre outras e se correlacionam com o que foi definido conceitualmente pelo Novo Institucionalismo Histórico como normas, coerção e coação. Quanto aos recursos humanos, podem ser compostos por funcionários públicos técnicos, representantes políticos ou por atores civis. O orçamento pode ser próprio ou vinculado a outro órgão público, sendo este da estrutura tradicional da administração pública (se considerarmos que o hibridismo das INDHs entre o público e o privado, o governamental e o não governamental, torna-as instituições não tradicionais). O *quadro 2* apresenta de forma resumida estas características, que serão analisadas nos casos investigados.

³¹ Disponível em <https://nhri.ohchr.org/EN/Themes/Portuguese/DocumentsPage/whats%20is%20NHRI.PT.pdf>, acesso em 10 de julho de 2019.

Quadro 2 — Resumo das características organizacionais verificáveis nas INDHs

Características organizacionais das INDHs	
Estrutura	Colegiada ou departamental
Função	Consultiva, investigativa, executiva ou mista
Formas de atuação	Relatórios, recomendações, diligências investigativas, políticas públicas, dentre outras — relacionadas a: normas, coerção e coação
Recursos humanos	Funcionários públicos técnicos, representantes políticos, atores civis
Recursos orçamentários	Próprios ou vinculados a outros órgãos da administração pública

Fonte: a autora.

4.2. Brasil

4.2.1. Conselho Nacional de Direitos Humanos³²

O Brasil criou seu primeiro órgão específico para os temas de direitos humanos, chamado Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH)^{33 34}, em 1964, poucos dias antes do presidente civil João Goulart ser deposto pelo Golpe Militar no mesmo ano. À época, o conselho subordinava-se ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores e era composto por:

- Ministro da Justiça e Negócios Interiores;
- Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- Professor Catedrático de Direito Constitucional de uma das Faculdades Federais;

³² Disponível em <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh>, acesso em 10 de julho de 2019.

³³ Passaremos a utilizar também a sigla CDDPH para designar o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

³⁴ Instituído pela lei nº 4.319, de 16 de março de 1964, disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4319-16-marco-1964-376598-publicacaooriginal-1-pl.html>, acesso em 10 de julho de 2019.

- Presidente da Associação Brasileira de Imprensa;
- Presidente da Associação Brasileira de Educação;
- Líderes da Maioria e da Minoria na Câmara dos Deputados; e
- Os mesmos no Senado.

Dentre as funções estabelecidas para o CDDPH sublinhamos o compromisso legal com divulgação e cumprimento das normas de direitos humanos presentes na Constituição Federal, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres Fundamentais do Homem (nomenclatura utilizada à época) e na DUDH. De acordo com a previsão legal, cabia ao conselho promover cursos sobre os direitos humanos e atenção à garantia de eleições democráticas isentas de fraudes, bem como na capacitação das polícias com base no respeito aos direitos humanos. O CDDPH podia receber denúncias, instituir comissões de inquéritos e tinha previsão orçamentária anual. O conselho teve suas funções reduzidas e suas reuniões passaram a ser secretas durante a vigência da ditadura militar³⁵.

Ainda que a redemocratização brasileira tenha tido início em meados da década de 1980, em 2014 é que o conselho foi legalmente³⁶ remodelado, passando a ser denominado de Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH-BR)³⁷. Foram estabelecidas mudanças também em suas atribuições, estrutura organizacional e modo de funcionamento, definidos mais detalhadamente, mas a lógica inicial de órgão colegiado foi mantida. Aumentou-se o número de conselheiros, divididos entre representantes governamentais e da sociedade civil; ampliando também os órgãos da CNDH-BR, incluindo além da plenária, comissões, subcomissões e secretaria executiva, esta última responsável pelas funções administrativas, com orçamento previsto em lei. O Conselho deixa de estar subordinado ao Ministério da Justiça, passando a ser integrado por membro deste, e, dentre outros membros por designadamente o Secretário Especial de Direitos Humanos, do governo federal.

³⁵ As modificações feitas no CDDPH foram estabelecidas pela lei do regime ditatorial, nº 5.763, de 15 de novembro de 1971, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5763.htm, acesso em 10 de julho de 2019.

³⁶ Lei nº 12.986, de 02 de junho de 2014, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12986.htm, acesso em 10 de julho de 2019.

³⁷ Passaremos a utilizar também a sigla CNDH-BR para designar o Conselho Nacional de Direitos Humanos, do Brasil.

4.2.2. Pasta de direitos humanos no governo nacional

Desde a criação do primeiro órgão executivo dentro do governo federal brasileiro designado para a temática dos direitos humanos sofreu muitas transformações institucionais, a partir da leitura da legislação pertinente evidenciam-se modificações de nome, de estrutura interna e de subordinação/hierarquia relativa a outros órgãos. Apresentamos aqui uma breve revisão cronológica das mudanças pasta de direitos humanos, desde sua criação em 1997 até os dias atuais (2019).

O Brasil participou da Conferência de Viena, de 1993, e em 1996 instituiu seu primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH I)^{38 39}. Em 1997, em decorrência das Conferências de Viena e Paris sobre Direitos Humanos, o país instituiu seu primeiro órgão integrante do Poder Executivo destinado à temática dos direitos humanos. Foi a Secretaria de Nacional de Direitos Humanos⁴⁰, à época subordinada ao Ministério da Justiça (Pinheiro e Mesquita Neto, 1997: 126). Esta secretaria foi criada com objetivo de coordenar e monitorar a implementação do PNDH I (Pinheiro e Mesquita Neto, 1997: 118). Ademais, foi designada para o cumprimento das diretrizes de direitos humanos derivadas dos compromissos internacionais e positivadas na Constituição Federal de 1988. Pelo mesmo governo que a criou houve mudança de nomenclatura para Secretaria de Estado de Direitos Humanos, e foi responsável, em 2002, pela elaboração do segundo Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH II)⁴¹.

³⁸ Passaremos a utilizar também a sigla PNDH para designar o primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos, do Brasil, que teve três edições, por isso poderá estar acompanhado da numeração I, II ou III.

³⁹ O PNDH I foi criado pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm, acesso em 10 de julho de 2019.

⁴⁰ Criada pelo Decreto nº 2.193, de 07 de abril de 1997, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2193.htm, acesso em 10 de julho de 2019.

⁴¹ O PNDH II foi criado pelo Decreto nº 4.299, de 13 de maio de 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm#8, acesso em 10 de julho de 2019.

Em 2002 houve eleições e com novo presidente da república assumindo seu mandato em 2003, o governo realizou uma reforma administrativa⁴², e a Secretaria de Direitos Humanos passou a ser designada por Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH)⁴³ e ganhou status de Ministério. Em 2005, a Secretaria foi temporariamente extinta, por uma medida provisória^{44 45}, contudo quando esta foi convertida em lei o texto foi modificado e mantido o órgão como previsto na legislação anterior. Em 2010, a SEDH passou a ser denominada de Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República⁴⁶ e realizou elaboração do terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH III)⁴⁷.

Mesmo mudando a presidência da república em 2011, a estrutura da Secretaria de Direitos Humanos, com peso de Ministério foi mantida até

⁴² Referida Reforma Administrativa foi estabelecida pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm, acesso em 10 de julho de 2019.

⁴³ Passaremos a utilizar também a sigla SEDH para designar a Secretaria Especial de Direitos Humanos, órgão do governo brasileiro.

⁴⁴ Passaremos a utilizar também a sigla MPV para designar Medidas Provisórias. No Brasil, a chamada MPV é uma norma de caráter temporário que o Poder Executivo emite até que a lei ordinária, com trâmite no Poder Legislativo, venha reger a matéria. A respeito deste trâmite legislativo pode-se ler em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>, acesso em 10 de julho de 2019.

⁴⁵ No a caso, a MPV 259/2005 extinguiu a SEDH, passava suas atribuições para a Secretaria Geral da Presidência da República e criava uma Subsecretaria de Direitos Humanos subordinada àquela. Referida MPV está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Mpv/259.htm, acesso em 10 de julho de 2019. Sobreveio a lei nº 11.204, de 05 de dezembro de 2005, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11204.htm, acesso em 10 de julho de 2019, que não reiterou a MP quanto a área de Direitos Humanos, permanecendo vigente a lei anterior.

⁴⁶ Modificações impostas pela Lei nº 12.314, de 19 de agosto de 2010, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12314.htm#art1, acesso em 10 de julho de 2019.

⁴⁷ O PNDH III foi criado pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7, acesso em 10 de julho de 2019 e modificado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7177.htm#art5, acesso em 10 de julho de 2019.

2015, quando sob pressão política para reduzir número de Ministérios o governo agregou em uma única pasta mais algumas áreas, criando assim o Ministério das Mulheres, Igualdade Racial, Juventude e Direitos Humanos. Em 2016, o Brasil passou por um processo de impeachment de sua presidente e, o presidente interino, antes mesmo de ver seu mandato confirmado em definitivo, realizou novo arranjo institucional em direitos humanos⁴⁸, editando medida provisória que tornou a subordinar a área de direitos humanos ao Ministério da Justiça. Em 2017, nova legislação reestabelece o Ministério de Direitos Humanos (MDH)⁴⁹. Em no início de 2019, assumindo o mandato novo presidente eleito, novas modificações na estrutura governamental estabeleceu o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos⁵⁰.

Resumimos as diversas modificações sofridas pela estrutura institucional do governo federal brasileiro em matéria de direitos humanos no *quadro 3*.

⁴⁸ A este respeito ver lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, que regularizou reforma administrativa da Presidência da República estabelecida por MPV 726/2016 pelo então presidente interino Michel Temer. Referida lei está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm, acesso em 10 de julho de 2019.

⁴⁹ Passaremos a utilizar também a sigla MDH para designar o Ministério de Direitos Humanos, órgão do governo brasileiro.

⁵⁰ Quando elaboramos este artigo uma nova reforma administrativa do governo brasileiro ainda não se encontrava estabelecida legalmente em definitivo, entretanto que pela página oficial na internet e em redes sociais o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos pareça estar a funcionar com nomenclatura e estrutura própria do que está a ser debatido no processo legislativo entre a presidência da república e os órgãos do parlamento brasileiro. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135064>, acesso em 10 de julho de 2019.

Quadro 3 — Sumário de mudanças na estrutura institucional do órgão de direitos humanos governo federal do Brasil

Nome	Legislação	Posição hierárquica	Governo
Secretaria Nacional de Direitos Humanos	Decreto nº 2.193, de 07 de abril de 1997	Subordinada ao Ministério da Justiça	Fernando Henrique Cardoso
Secretaria de Estado de Direitos Humanos			
Secretaria Especial de Direitos Humanos	Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003	Status de Ministério e subordinada à Presidência da República	Luís Inácio Lula da Silva
Subsecretaria de Direitos Humanos	MPV 259/05	Perde o status de Ministério e se torna uma Subsecretaria da Secretaria Geral da Presidência da República	
Secretaria de Especial de Direitos Humanos	Cai a MP e no que se refere a SEDH permanece a vigência da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003	Status de Ministério e subordinada à Presidência da República	
Secretaria de Direitos Humanos	Lei nº 12.314, de 19 de agosto de 2010		
Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos	Lei nº 13.266, de 05 de abril de 2016	Ministério	Dilma Rousseff
Secretaria Especial de Direitos Humanos	Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2019 MPV 726/16	Perde o status de Ministério e volta a ser subordinada ao Ministério da Justiça	Michel Temer — governo interino, antes do impedimento de Dilma Rousseff ser definitivo

Nome	Legislação	Posição hierárquica	Governo
Ministério de Direitos Humanos	MPV n° 768 de 02.02.2017 Decreto n° 9.122, de 09 de agosto de 2017 Lei n° 13.502, de 1° de novembro de 2017	Ministério	Michel Temer — posterior a impedimento definitivo de Dilma Rousseff
Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos	Legislação em debate (Medida Provisória 870/2019)	Ministério	Jair Messias Bolsonaro

Fonte: a autora, baseada em pesquisa de legislação⁵¹.

4.3. Portugal

4.3.1. Provedoria de Justiça

A Provedoria de Justiça está fundamentada pela Constituição Portuguesa, no artigo 23°. E sua estrutura e funcionamento vem positivadas pelo Estatuto do Provedor de Justiça, Lei n.º 9/91, de 9 de abril (alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de agosto, Lei n.º 52-A/2005, de 10 de outubro, e Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro); e pela chamada Lei Orgânica da Provedoria de Justiça, Decreto-Lei n.º 279/93, de 11 de agosto (alterado pelo Decreto-Lei n.º 15/98, de 29 de janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 195/2001, de 27 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho). A Provedoria de Justiça, é um órgão do Estado Português, que objetiva ser um intermediário entre os cidadãos e o Poder Público, para que se faça cumprir os direitos e deveres do Estado e da população em geral, um para com o outro. Catarina Ventura (2007) expõe que:

⁵¹ Este quadro baseia-se em pesquisa de legislação em sites oficiais do governo brasileiro, fundamentalmente disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/base-legal-de-governo>, acesso em 10 de julho de 2019.

o que marcou, sobretudo, o perfil do Provedor de Justiça foi a sua intencional dimensão estruturante de garantia não jurisdicional dos direitos fundamentais: dos direitos cívicos e políticos, tanto quanto dos direitos sociais, económicos e culturais (Ventura, 2007: 6).

Além do que a Provedoria de Justiça realiza:

no que se chamaria a garantia objetiva dos direitos fundamentais, ao elevar-se do encontro com a multiplicidade das queixas quotidianas e da sua resolução casuística para um patamar de análise sistémica e de busca de soluções globais para as causas objetivas dessas mesmas queixas dos cidadãos (Ventura, 2007: 9).

Seus pareceres e recomendações não são vinculantes, ou seja não obrigam como uma decisão judicial de última instância. Mas tende a convencer e constranger pela razão. Pode exercer o controle de constitucionalidade para tanto acionando ao Tribunal Constitucional, conforme previsão na Lei n.º 9/91, de 9 de abril, artigo 20º, 3 e 4. A Provedoria pode atuar incitado por queixas ou por iniciativa própria; e tem prevista em seu Estatuto, autonomia administrativa e financeira, sendo criada com orçamento, instalações e quadro funcional próprios. Pode-se então considerar que, em Portugal, a primeira instituição nacional de direitos humanos foi a Provedoria de Justiça⁵², criada em 1975, se adequou aos PPs a partir de 1999, o que a faz cumular função de INDH e apreciação de queixas ordinárias quanto a atividade administrativa do Estado⁵³.

4.3.2. Comissão Nacional para os Direitos Humanos

Mais recentemente, em 2010, Portugal criou ao nível do governo nacional a Comissão Nacional para os Direitos Humanos (CNDH-PT)^{54 55}.

⁵² Disponível em <http://www.provedor-jus.pt>, acesso em 10 de julho de 2019. Em que pese o termo Provedor de Justiça ser utilizado tanto para se referir ao órgão como ao cargo investido, utilizaremos preferencialmente o termo Provedoria de Justiça para designar o órgão.

⁵³ Disponível em <https://www.provedor-jus.pt/?idc=29>, acesso em 10 de julho de 2019.

⁵⁴ Passaremos a utilizar também a sigla CNDH-PT para designar a Comissão Nacional para os Direitos Humanos, de Portugal.

⁵⁵ A CNDH-PT foi criada pela resolução do conselho de ministros n.º 27/2010, disponível em <http://www.gmc.pt/pt/resolucao-do-conselho-de-ministros-n>

Importante registrar que a comissão portuguesa foi instituída em decorrência de recomendação da Revisão Periódica Universal sobre o país perante o CDH, da ONU, ocorrida em 2009. A principal função do órgão é de coordenação interministerial dos assuntos relativos a direitos humanos no plano interno de adequação as normas europeias e internacionais. A CNDH-PT funciona atrelada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros, que também fica responsável por garantir as necessidades administrativas da Comissão. Sobre os custos decorrentes das deliberações da CNDH-PT, os que não forem de ordem administrativa, ficam a cargo das áreas responsáveis do governo. Ainda sobre a organização da CNDH-PT: podem ser criadas subcomissões especializadas e grupos de trabalho.

É composta por representantes de diversas áreas de governo, podendo ser integrada também por representantes da sociedade civil. A resolução que cria a CNDH-PT dá destaque à possibilidade de ser integrada também por representante da Provedoria de Justiça, uma vez que se trata da instituição nacional de direitos humanos.

4.4. Timor-Leste

4.4.1. Provedoria de Direitos Humanos e Justiça

A Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça (PDHJ)⁵⁶ foi instituída pela Constituição da República Democrática de Timor-Leste⁵⁷, em seu artigo 27º, em 2002. Posteriormente, estabeleceu-se a chamada “Orgânica da Provedoria”, que é o estatuto institucional previsto por uma lei e um decreto-lei⁵⁸. Conforme designa o artigo 27º(1) da Constituição,

-272010-comissao-nacional-para-os-direitos-humanos, acesso em 10 de julho de 2019.

⁵⁶ Passaremos a utilizar a sigla PDHJ para designar a Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça do Timor-Leste.

⁵⁷ Disponível em http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/Constituicao_RDITL_PT.pdf, acesso em 10 de julho de 2019.

⁵⁸ Conforme se lê na página oficial da PDHJ na internet:

O Estatuto do Provedor de Direitos Humanos e Justiça, Lei No. 7/2004 de 20 de Maio (conforme a sua correção), é o principal enquadramento jurídico que estabelece o mandato, os poderes, os direitos e as responsabilidades do Provedor e das de-

a PDHJ é “órgão independente que tem por função apreciar e procurar satisfazer as queixas dos cidadãos contra os poderes públicos (...), bem como prevenir e iniciar todo o processo para a reparação de injustiças”.

A PDHJ conta em sua estrutura com: provedor (eleito pelo Parlamento para mandato de quatro anos), provedores-adjuntos, director geral, direcções (Direitos Humanos, Boa Governação; Assistência Pública; Administração e Finanças), gabinetes (Inspeção; Assistência Jurídica); e ainda órgãos de consulta e coordenação (Conselho Directivo e Conselho Consultivo). Os recursos humanos são de funcionários públicos e os recursos orçamentários são específicos para a PDHJ.

As duas principais missões da PDHJ são voltadas a identificação e análise das violações de direitos humanos e de boa governação. O enfrentamento às violações de direitos humanos considera os principais tratados internacionais de direitos humanos ratificados por Timor-Leste e também os direitos previstos na Constituição. Somam-se, então, aos assuntos de direitos humanos as questões relacionadas à administração pública em geral, conforme pode-se ler a compreensão das:

Violações de Boa Governação foram desenvolvidas pela PDHJ baseando nos princípios da administração pública assim como no estudo comparativo internacional. Essas violações tinham sido as quatro categorias de violações estabelecidas: Incompetência; Abuso de Poder; Má Administração e Ilegalidade.”⁵⁹

A instituição recebe denúncias e dirige recomendações aos órgãos competentes. Sendo que para tanto a Constituição prevê o dever de colaboração de órgãos e agentes da administração para com a PDHJ. Detém ainda poder de fiscalizar a constitucionalidade em abstracto e em casos de omissão, podendo para tanto recorrer ao Supremo Tribunal de

mais instituições públicas. O Decreto-Lei que aprova a Estrutura Orgânica da Provedoria de Direitos Humanos e Justiça (Decreto-Lei No. 25/2011 de 31 de Maio) estabelece uma estrutura institucional clara do Provedor em conformidade com o mandato legal do Provedor. Esse Decreto-Lei afirma claramente as diferentes competências das diferentes unidades da Provedoria, incluindo as direcções como também os órgãos de coordenações colectivas. Essa legislação, muitas vezes chamada por Orgânica da Provedoria — foi aprovada pelo Conselho de Ministros no dia 13 de Abril de 2011 e promulgada no dia 31 de Maio de 2011.

Disponível em <http://pdhj.tl/legislacao/>, acesso em 10 de julho de 2019.

⁵⁹ Disponível em <http://pdhj.tl/legislacao/violacoes-de-direitos-humanos-e-de-boa-governacao/>, acesso em 10 de julho de 2019.

Justiça, conforme estabelecido nos artigos 150 e 151 da Constituição timorense. A PDHJ deve emitir relatórios sobre o cumprimento do país com as normas internacionais de direitos humanos cabíveis. Conforme artigo 3º, b, do Decreto Lei 25/2011, a PDHJ:

Contribuir para a promoção e protecção dos direitos humanos e para o fortalecimento de uma política de boa governação, nomeadamente através do recepção, investigação, mediação e conciliação de queixas, actividades de monitorização e prevenção, de educação e promoção, elaboração de relatórios e submissão de pareceres sobre a conformidade dos actos com a lei, desenvolvimento e revisão de políticas públicas e legislação nas áreas relevantes e intervenção em processos judiciais (...) (destaque da autora)

4.4.2. Outros órgãos de governo relacionados ao tema

Cabe ainda apontar que o Estado timorense conta também com duas áreas de governo afetas de algum modo aos direitos humanos, ainda que não recebam tal nomenclatura. São estes o Ministério da Solidariedade Social e Inclusão⁶⁰, a Secretaria de Estado para a Igualdade e Inclusão⁶¹ e a Direcção Nacional dos Direitos Humanos e de Cidadania⁶², que é um sector do Ministério da Justiça. Estes órgãos não foram objeto desta investigação por não serem exclusivamente designados como órgãos de direitos humanos, e também porque se os incluíssemos deveríamos ampliar também para abordar órgãos análogos nos governos brasileiro e português, dispersando do nosso foco investigado nas INDHs.

⁶⁰ Disponível em http://timor-leste.gov.tl/?p=13#ministra_solidariedade_social_inclus%C3%A3o, acesso em 10 de julho de 2019.

⁶¹ Disponível em http://timor-leste.gov.tl/?p=13#secret%C3%A1ria_estado_igualdade_inclus%C3%A3o, acesso em 10 de julho de 2019.

⁶² Disponível em <http://timor-leste.gov.tl/?p=98&l=1>, acesso em 10 de julho de 2019.

5. Comparando as INDHS segundo sua capacidade institucional

Analisamos as principais características da capacidade institucional de cada órgão, e agora apresentamos as inferências verificáveis. Em todos os casos, no tocante a forma como são conduzidos a mandato os seus dirigentes, não são eleitos diretamente pela população e são escolhidos nos meios políticos levando-se em consideração, primordialmente, requisitos de cunho profissional, político e moral.

Notamos que as instituições com estrutura colegiada, que são o Conselho Nacional de Direitos Humanos (do Brasil) e a Comissão Nacional de Direitos Humanos (de Portugal), apresentam função consultiva; são compostas por representantes governamentais e da sociedade civil; no caso da instituição brasileira conta com orçamento próprio e no caso português os recursos são advindos do Ministério de Negócios Estrangeiros para sua manutenção administrativa. Ambas atuando fundamentalmente com a realização de reuniões/assembleias periódicas, emitem relatórios e recomendações a outras instituições, governamentais e internacionais; no caso da brasileira há menção a realização de encaminhamento de casos de violações para instituições responsáveis, enquanto a Comissão portuguesa atua com casos específicos.

As outras três instituições analisadas contam com estrutura departamental, no caso da Provedoria dos Direitos Humanos e de Justiça timorense à esta estrutura departamental encontram-se acrescidos dois órgãos colegiados (Conselho Directivo e Conselho Consultivo) e, por isso, a definimos como de estrutura mista. As três instituições (Provedorias portuguesa e timorense, Ministério brasileiro) contam com recursos orçamentários próprios e recursos humanos compostos por funcionários públicos. O que estamos a denominar de pasta de direitos humanos do governo nacional brasileiro (devido à grande variação de denominação oficial) é a instituição nacional que mais se aproxima de uma estrutura típica departamental de governo, com funções de implementação de políticas públicas próprias e especializadas, no caso em direitos humanos. As Provedorias, tanto timorense, quanto portuguesa, não têm este caráter executivo, mas apresentam função mista porque além de atribuição con-

sultiva detêm poder para, de algum modo, apurar violações de direitos e pertinentes a questões da boa governação, além de poderem exercer controle de constitucionalidade perante os tribunais nacionais.

À exceção a pasta de direitos humanos do governo brasileiro, todas as demais instituições atuam claramente com dois dos mecanismos conceituais apresentados no contexto do Novo-Institucionalismo Histórico, quais sejam: normas e coação. Normas no sentido de que influenciam e controlam de certo modo a atividade normativa nacional no que se refere as matérias de suas competências institucionais (direitos humanos para todas e acrescidas competências quanto à garantia da boa governação para certas instituições. E a coação no sentido do estímulo e constrangimento que suas recomendações, pareceres e relatórios possam causar social e politicamente.

A seguir apresentamos a *quadro 4*, por meio da qual procuramos salientar as características das cinco INDHs analisadas.

Quadro 4 — Características das INDHs analisadas (Brasil, Portugal e Timor-Leste)

Características das INDHs analisadas (Brasil e Portugal)						
País	Instituição	Estrutura	Função	Formas de atuação	Recursos humanos	Recursos orçamentários
Brasil	Conselho Nacional de Direitos Humanos	Colegiada	Consultiva	Relatórios e recomendações Reuniões periódicas Encaminhamento de casos	Representantes governamentais e representantes da sociedade civil	próprios
	Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos	Departamental	Executiva	Implementação das políticas públicas	Funcionários públicos	próprios

Características das INDHs analisadas (Brasil e Portugal)						
País	Instituição	Estrutura	Função	Formas de atuação	Recursos humanos	Recursos orçamentários
Portugal	Provedoria de Justiça	Departamental	Mista	Relatórios e recomendações Recebimento de queixas Encaminhamento de casos Controle de constitucionalidade	Funcionários públicos	próprios
	Comissão Nacional de Direitos Humanos	Colegiada	Consultiva	Relatórios e recomendações Reuniões periódicas	Representantes governamentais e representantes facultativos da sociedade civil e da Provedoria de Justiça	Recursos administrativos do Ministério de Negócios Estrangeiros Outros recursos são de responsabilidade direta das áreas específicas de governo

Características das INDHs analisadas (Brasil e Portugal)						
País	Instituição	Estrutura	Função	Formas de atuação	Recursos humanos	Recursos orçamentários
Timor-Leste	Provedoria de Direitos Humanos e Justiça	Mista	Mista	Relatórios e recomendações Recebimento de queixas Revisão de legislação e de políticas públicas Intervenção em processos judiciais Controle de constitucionalidade	Funcionários públicos	próprios

Fonte: a autora.

Por meio deste nosso estudo comparado podemos verificar a aplicação do PPs enquanto normas internacionais influenciadoras das INDHs do Brasil, de Portugal e de Timor-Leste; confirmando o sentido cascata das normas que como vimos parte da consolidação normativo-institucional dos direitos humanos internacional e aporta no nível nacional, nos Estados analisados.

6. Considerações Finais

À título de considerações finais procuramos apresentar reflexões mais gerais sobre instituições públicas nacionais de direitos humanos, enquanto componente importante para a capacidade institucional de

direitos humanos. A agenda de direitos humanos em nível nacional se apresenta em instituições tradicionais, como as que compõem o Poder Judiciário (tribunais e ministério público, por exemplo) e o Poder Legislativo (assembleias e parlamentos, dentre outros característicos de cada sistema nacional); é mais recentemente que passa a ocupar também espaço no Poder Executivo. O sistema global de direitos humanos, capitaneado pela ONU, se formos verificar ao longo de sua história, também privilegiava atenção aos órgãos judiciários e legislativos, ou seja, para punir violações de direitos humanos e criar leis para sua promoção e proteção, tanto quanto para estipular sanções às violações. Partindo desta observação reafirmamos a atualidade e importância de atentarmos para as INDHs, enquanto órgãos ligados ao Poder Executivo, e que podem apresentar formas mais inovadoras à promoção dos direitos humanos, seja por recomendações, relatórios e pareceres, seja no controle e apuração de violações, mas também na possibilidade de execução de políticas públicas e estímulo a educação em direitos humanos.

Os órgãos colegiados, como conselhos e comissões, seguem em geral um perfil consultivo, conforme recomendado pelos PPs, podendo ser compostos por membros do governo, do legislativo e do judiciário e da sociedade civil, têm reuniões periódicas e, normalmente, não têm poder de agência e nem orçamento próprio que vá além da manutenção da sua própria estrutura para reunir-se e algum material administrativo e reduzido recursos humanos, em geral conselheiros não são remunerados. Assim, tais instituições, podem propor ou emitir pareceres sobre políticas públicas, mas não costumam ser responsáveis por sua implementação, podendo ter papel de monitorar e avaliar as políticas. Muitas vezes também têm relação direta com órgãos dos poderes judiciário e legislativo, sendo chamadas a se manifestar em processos quanto aos direitos humanos e a emitir parecer em matéria específica da elaboração de leis de direitos humanos, respetivamente.

Já as instituições de caráter executivos, têm uma estrutura organizacional próxima a de outros órgãos próprios do Poder Executivo, implementam políticas públicas, devem promover ações mais abrangentes, para além de relatórios e reuniões, para tanto têm infraestrutura, recursos humanos e orçamento próprio não só para manutenção administrativa. Estas instituições são o que designamos por estrutura departamen-

tal, apresentam missão específica de formular e implementar políticas públicas de direitos humanos. Equivalem a um departamento de cultura, por exemplo, responsável por toda política de promoção da cultura pelo governo, no caso do departamento dos direitos humanos é responsável por toda política governamental de direitos humanos. Interessante observar que realiza políticas públicas, enquanto conselhos e comissões opinam sobre políticas públicas.

Relatórios periódicos são práticas recorrentes e importantes da institucionalização destes mecanismos. Estes relatórios são úteis como prestação de contas das atividades realizadas pelos órgãos. Também podem servir como pressão política para que o poder público reveja a forma como tem lidado com as questões de direitos humanos. A autoridade pública dos órgãos em tela depende diretamente de sua autoridade moral. Notadamente nenhum dos órgãos analisados funciona como parte do Poder Judiciário, ainda que estejam profundamente ligados aos conceitos de Justiça e Legalidade.

Para promover direitos humanos do ponto de vista do Poder Executivo nota-se que se faz necessário estabelecer INDHs com atuação para além dos órgãos colegiados típicos e os parâmetros da ONU para a criação das INDHs mostram-se balizadores fundamentais, tanto para apontar modelos de Provedoria quanto para fomentar órgãos departamentais especializados em direitos humanos. Consideramos muito importante a presença destes tipos de instituições nos Estados Democráticos de Direito, ou, em Estados “em democratização”, uma vez que traz para a responsabilidade da Administração Pública a promoção dos direitos humanos, são elementos da construção da capacidade institucional e possíveis indicadores de seu cumprimento. Devendo sempre sua atuação ser em prol da cidadania, pela melhoria do acesso aos serviços públicos.

Referências Bibliográficas

- ACNUDH (1995) *Instituições Nacionais de Direitos Humanos - Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para a promoção e protecção dos direitos humanos*. Nova York e Genebra: Nações Unidas.
- Coutinho, Clara P. (2015) *Metodologia de Investigação em Ciências Sociais e Humanas: Teoria e Prática*. Coimbra: Almedina.

- Davies, Jonathan S.; Trounstein, Jessica (2012) “Urban Politics and the New Institutionalism” in Mossberger, Karen; Clarke, Susan E.; John, Peter (eds.) *Oxford Handbook of Urban Politics*. New York: Oxford University Press, 51–70.
- Flyvbjerg, Bent (2006) “Five misunderstandings about case-study research” *Qualitative Inquiry*. 12(2), 219-245.
- Freeman, Michael (2002) *Human Rights: an interdisciplinary approach*. Cambridge, UK: Polity Press.
- Hall, Peter A.; Taylor, Rosemary C. R. (1996) “Political Science and the Three New Institutionalisms” *MPIFG Discussion Paper 96/6*. Koln. https://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp96-6.pdf (10 de julho de 2019)
- Marques, Eduardo C. (1996) “Notas críticas à literatura sobre Estado, Políticas Estatais e Atores Políticos” *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. 43, 67–102. <https://anpocs.com/index.php/bib-pt/bib-43/474-notas-criticas-a-literatura-sobre-estado-politicas-estatais-e-atores-politicos/file> (10 de julho de 2019)
- Observatório Lusófono dos Direitos Humanos (2015) *Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono: o Estado da Arte*. Portugal: Universidade do Minho. https://issuu.com/comunicadireito/docs/os_direitos_humanos_no_mundo_lus__f_f6eac3a4bdc09d (10 de julho de 2019)
- Pinheiro, Paulo S.; Mesquita Neto, Paulo de; (1997) “Programa Nacional de Direitos Humanos: avaliação do primeiro ano e perspectivas” *Estudos Avançados*. 11(3), 117–134. <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a09.pdf> (10 de julho de março de 2019)
- Risse, Thomas; Ropp, Stephen C.; Sikkink, Kathryn (eds.) (1999) *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Risse, Thomas; Ropp, Stephen C.; Sikkink, Kathryn (eds.) (2013) *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Sikkink, Kathryn (2012) *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics* (video). University of California Television (UCTV). <https://www.youtube.com/watch?v=BQ5vIApvMV8> (10 de julho de 2019)

Ventura, Catarina S. (2007) *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular*. Lisboa: Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação. http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/DireitosHumanos_Ombudsman.pdf (10 de julho de 2019)

Normais internacionais e Constituições Nacionais referidas

ONU (1948) *Declaração Universal de Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948.

ONU (1993a) *Declaração e Programa de Ação de Viena*. 25 de junho de 1993.

ONU (1993b) *Princípios de Paris*. 20 de dezembro de 1993.

ONU (2000) *Objetivos do Desenvolvimento do Milênio*. 08 de setembro de 2000.

ONU (2015) *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*. 25 de setembro de 2015.

ONU (1966a) *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. 16 de dezembro de 1966.

ONU (1966b) *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. 19 de dezembro de 1966.

OEA (1948) *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Abril de 1948.

OEA (1969) *Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose)*. 22 de novembro de 1969.

UE (1950) *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 04 de novembro de 1950.

UE (2007) *Tratado de Lisboa*. 13 de dezembro de 2007.

Brasil (1988) *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*.

Portugal (1976) *Constituição da República Portuguesa*.

Timor Leste (2002) *Constituição da República Democrática do Timor-Leste*.

Sites de interesse

Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos

<http://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>

Centro Regional de Informação das Nações Unidas (oficial em Língua Portuguesa) <https://www.unric.org/pt/>

Comissão Nacional para os Direitos Humanos (Portugal) <https://www.direitoshumanos.mne.pt/pt/>

Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx>

Conselho Nacional de Direitos Humanos (Brasil) <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh>

Documentos em Língua Portuguesa sobre INDHs <https://nhri.ohchr.org/EN/Themes/Portuguese/Pages/default.aspx>

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (Brasil) <https://www.mdh.gov.br/>

Organização das Nações Unidas <http://www.un.org/en/index.html>

Provedoria de Justiça (Portugal) <http://www.provedor-jus.pt/>

Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça (Timor-Leste) <http://pdhj.tl/>



A NECESSIDADE DE UM REGISTO PREDIAL EM TIMOR-LESTE COMO FONTE DE GARANTIA DE DIREITOS E DE SEGURANÇA JURÍDICA¹

CIPRIANO DE FÁTIMA SARMENTO²

Introdução

O comércio jurídico é feito através de transações ou, mais rigorosamente, negócios jurídicos. Ora, o direito, como as relações sociais, dá-se ao conflito. É aí que a norma tem implicações, funcionando como fator atributivo de certeza e segurança jurídica³.

Pois bem, se negócios jurídicos sobre imóveis são uma realidade tangível, por si, de conflitos, interessa saber as formas mais escorreitas da sua resolução dentro do sistema jurídico. Nasce, ou deve nascer, um sistema de registos, capaz de efetivar, de forma segura e credível, as garantias e os direitos reais emergentes das relações jurídicas.

¹ Este tema foi escolhido pelo autor para a conclusão do Curso de licenciatura na Faculdade de Direito da UNTL e este trabalho científico foi orientado pelo Mestre Pedro Marques da Silva e co-orientado pelo Mestre Júlio Crispim Ximenes Belo e pela Professora Doutora Mónica Jardim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O autor, propositadamente, transcreve, embora com ligeiras alterações formais o referido trabalho, neste artigo para a Revista da Faculdade de Direito da UNTL.

² O autor graduou-se na Faculdade de Direito da UNTL no ano de 2019.

³ Sobre a norma e as funções da regra jurídica, pode ver-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, reimpressão da 13.ª edição de 2005, Almedina, 2011.

Tratamos aqui, por isso, da necessidade de existência de um registo predial em Timor-Leste como fonte da garantia dos direitos que ele contém ou publicita. O registo de imóveis, em si, surge como via de identificação de imóveis e dos seus titulares inscritos, bem como de todos os direitos e ónus que ao seu redor gravitam, sendo da maior importância quando pensamos nas normas civilísticas do cumprimento das obrigações e da forma do contrato de compra e venda, previstas nos art.ºs 729.º, 730.º e 809.º do Código Civil, e, mais ainda, no direito tabelar constitucional consagrado no art.º 54.º da CRDTL, que garante aos cidadãos o direito à terra⁴.

Porém, um diploma desta natureza, e tendo nós o conhecimento de ofício que o Ministério da Justiça elenca a sua redação como uma das prioridades normativas dos próximos anos⁵, não pode colocar em causa a arquitetura jurídico-substantiva que lhe está no substrato. Dois diplomas são aqui inofensivos: o Código Civil e a Lei n.º 13/2017, de 5 de junho, que aprovou o primeiro regime de atribuição dos primeiros títulos de propriedade de bens imóveis em Timor-Leste. Estes diplomas, sem o do Registo, dariam lugar a uma análise incompleta. Com efeito, o registo visa garantir a identificação dos imóveis, inscrever os factos jurídicos que os têm por objeto e, assim, publicitar o direito de propriedade e respetivo titular, bem como os direitos menores existentes e seus titulares, facilitando, conseqüentemente, a celebração de negócios jurídicos com eficácia real. Não obstante, ressalve-se que nada deve obstar a que, aqui e ali, negócios meramente obrigacionais possam e devam ser publicitados pelo registo, por algum motivo especial.

⁴ É a seguinte a fórmula textual do art. 54.º: “1. Todo o indivíduo tem direito à propriedade privada, podendo transmiti-la em vida e por morte, nos termos da lei. 2. A propriedade privada não deve ser usada em prejuízo da sua função social. 3. A requisição e a expropriação por utilidade pública só têm lugar mediante justa indemnização, nos termos da lei. 4. Só os cidadãos nacionais têm direito à propriedade privada da terra.”

⁵ Para se ficar esclarecido quanto a esta necessidade e vector de trabalho do Ministério da Justiça, pode ler-se o relatório Breve Resenha histórica da Cooperação na Área da Justiça, Envolvendo Timor-Leste e Portugal. O relatório, pode ser encontrado em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/cooperacao/anexos5943/resenhahistoricatimor/downloadFile/file/Resenha_historica_TL_2013.pdf?nocache=1385047904.73, [consultado em 7 de dezembro de 2018].

Certo é que a realização constitucional do art.º 54.º reclama exigências legiferantes, a cumprir pela edificação de um sistema registal consonante com o *sistema do título*⁶. Tal sistema registal trará segurança e certeza jurídica aos negócios celebrados, envolverá a sistemática dos efeitos reais dos negócios jurídicos, potenciará a proteção de terceiros e evitará duplas transmissões de direitos.

É sobre tal sistema registal que, neste trabalho, nos propomos pensar e apresentar propostas.

1. Breves notas históricas sobre a existência do registo predial

O surgimento da publicidade registal, próxima da que conhecemos, ocorreu na idade moderna, tendo-se expandido em diversos países. Portanto, a publicidade registal de direitos sobre imóveis está longe de ser uma questão nova.

As origens históricas da publicidade registal encontram-se na Mesopotâmia, onde a publicidade das transações imobiliárias ocorria através da *pedra milenar*. Além disso, em alguns horizontes geográficos, como o Egito, desde o século III a.C, na época ptolemaica, existiam funcionários que registavam o contrato e cobravam o imposto de transmissão. Na Grécia, por seu turno, onde as hipotecas eram assinaladas nos prédios, as cópias dos documentos translativos de propriedade eram depositadas nos arquivos e, assim, era apreciada a validade daquelas transmissões.

⁶ A questão está relacionada com a determinação do momento da transferência de direitos reais — a propriedade — por decorrência do negócio jurídico. Importa saber, com reflexos quanto ao risco (cfr.art.º 730.º do CCTL), se quando alguém vende uma coisa o adquirente se torna imediatamente proprietário do bem, assumindo também as obrigações negociais, ainda que a coisa não lhe seja entregue imediatamente ou ainda que sobre ele impenda o dever de requerer o registo obrigatório. O sistema que prevê a produção de efeitos automáticos é o sistema do título e chama-se sistema do modo ao que exige, além do negócio jurídico, um acto posterior de entrega da coisa ou o registo. Sobre o problema, cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12.ª edição revista e actualizada, Almedina, 2018; cfr. Também MARIA DE LASALETE MIRANDA DA SILVA, *Transmissão dos direitos e obrigações emergentes do contrato-promessa*, Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, disponível em <https://estudo.geral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34880/1/Transmissao%20dos%20direitos%20e%20obrigacoes%20emergentes%20do%20contrato-promessa.pdf>, [consultado em 1 de março de 2019].

No direito germânico, pelo menos desde o século VII, o registo de transmissões imobiliárias era feito em livros, depois guardados em Igrejas e mosteiros. No século XII, tais livros e os seus assentos passaram a ser redigidos e conservados por um tribunal do conselho de cidade, passando, assim, a ser verdadeiros registos públicos⁷.

O surgimento do registo situa-se porém no ano de 1484⁸, em Munique, cidade que instaurou o sistema de *fólio real*. Passou aí a considerar-se a inscrição registal como elemento imprescindível para a aquisição de direitos. Desde aí, no continente europeu, a publicidade registal e as suas soluções alargaram-se. Nos mesmos Estados Europeus, no século XVI, surgiram novas disposições jurídicas que trataram de matéria registal. Assim, o *Decreto del dogo Andrea Gritti* de 1523, o *privilegio de Nápoles* de 1536, o Édito de *Henrique II* de França de 1553 e o Édito de *Henrique III* de França de 1581⁹. Somam-se aqui as províncias do norte deste país desde a antiguidade da publicidade imobiliária: o *nantissement* na Flandres e a *appropriance parbannies* na Bretanha, que evoluíram para um sistema de registo. Por outro lado, no resto do país, em França e naquela época, sujeitaram-se a inscrição no arquivo do tribunal as doações e, através do Édito de *Henrique III*, logo no ano de 1771, começou a fazer-se a investidura pública na titularidade de bens imóveis, o que criou a transcrição dos atos nos registos públicos.

Em Espanha existiu a *Real Pragmática espanhola* de 1539¹⁰, ano em que surgiu também o primeiro registo de documentos para dar publicidade a censos, tributos e hipotecas de casase heranças, que senão se sujeitassem a registo poderiam ser inoponíveis ao posterior adquirente do imóvel e insusceptíveis de ser invocadas em juízo, mesmo que só *inter partes*, como hoje se lê no artigo 344.º do Código Civil¹¹. Séculos depois, em 1715, surgiu a criação de registos em todas as cidades, vilas e lugares e, no ano de 1861, a publicação da legislação hipotecária. Todavia, e até 1944, não vigorou em Espanha o princípio da fé pública registal.

⁷ Cfr. A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, Almedina, 2007, p. 54.

⁸ Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registo Predial-Terceiros Para Efeitos de Registo*, Almedina, 2015, p. 42

⁹ *Ibidem*, *Efeitos Substantivos do Registo Predial*, ob.cit., p. 220.

¹⁰ Cfr. A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 54/5.

¹¹ Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial*, ob.cit., p. 286 ss.

Por fim, passamos para Portugal, que começou por registar nas antigas Chancelarias os primeiros livros em documentos, rolos ou cadernos nos anos de 1212-1217. A edificação do sistema do registo predial só surgiria em 1836¹², seguida pela Lei Hipotecária de 1863, pelo Código Civil de 1867, pelo Código do Registo Predial de 1929 e subsequentes e, por fim, pelo Código do Registo Predial aprovado em 1984 (Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho de 1984), sucessivamente alterado¹³.

2. Definições gerais

2.1. Conceito de registo

O termo ou a palavra “*registo*”¹⁴ vem do latim “*registrum*”, e não de

¹² Cfr. LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito Reais*, 3.ª edição, Quid juris, Sociedade Editora, Lisboa, 2007, p. 98. O autor refere-se à Lei Hipotecária de 1836, em que surge a primeira manifestação explícita de um registo predial.

¹³ O texto do Código do Registo Predial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho) foi sucessivamente alterado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 355/85, de 2 de setembro; Portaria n.º 486/87, de 8 de junho; Decreto-Lei n.º 60/90, de 14 de fevereiro; Portaria 1046/91, de 12 de outubro; Decreto-Lei n.º 80/92, de 7 de maio; Decreto-Lei n.º 30/93, de 12 de fevereiro; Decreto-Lei n.º 255/93, de 15 de julho; Decreto-Lei n.º 227/94, de 8 de setembro; Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de outubro; Decreto-Lei n.º 67/96, de 31 de maio; Decreto-Lei n.º 375-A/99, de 20 de setembro; Decreto-Lei n.º 533/99, de 11 de dezembro; Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de outubro (retificado pela Declaração de Retificação n.º 20 AS/2001, de 30 de novembro; Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 194/2003, de 23 de agosto); Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro; Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março; Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro; Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de julho; Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 181/2008, de 28 de agosto; Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro, que altera o início de vigência para 20 de abril de 2009; Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho; Decreto-Lei n.º 122/2009, de 21 de maio; Lei n.º 29/2009, de 29 de junho; Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto; Decreto-Lei n.º 209/2012, de 19 de setembro; Lei n.º 23/2013, de 5 de março; Decreto-Lei n.º 125/2013, de 30 de agosto; Decreto-Lei n.º 201/2015, de 17 de setembro; Lei n.º 30/2017, de 30 de maio; e a Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.

¹⁴ A este propósito, pode ver-se o estudo completo de JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *Direitos Reais- Parte Geral- e Direito Registral Imobiliário*, Quid Juris Sociedade editora, Lisboa, 2001.

“*registum*”, daí que haja quem defenda que é expressão mais correta seja Direito Registral. Essa é até a expressão utilizada nos sistemas jurídicos espanhol e brasileiro. Em Portugal os termos usados são ambivalentes, embora não se possa esconder, na Administração Pública, o Instituto dos Registos (e não registros) e Notariado, na supervisão das Conservatórias dos Registos Predial, Automóvel, Comercial, etc. A nossa opção, justificada apenas na linguística portuguesa, será, pois, a de Direito dos Registos ou Direito Registral.

O registo, no âmbito predial, visa os prédios, definidos como bens imóveis, destinando-se a identificar, descrever e dar publicidade aos factos jurídicos que os têm por objecto, garantindo a cognoscibilidade de quem é o titular do respetivo direito de propriedade. O registo tem, nesta aceção, uma função estabilizadora. De acordo com CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁵, trata-se de dar publicidade aos factos, entendida como *conhecimento ou cognoscibilidade, pelo público, atingida por meios específicos e com a intenção própria de provocar esse conhecimento*.

A publicidade mais comum é a da publicidade dos direitos reais através da posse¹⁶, em que alguém atua no tráfico com pretensão de domínio sobre uma coisa, aparentando ao exterior e aos interessados a cognoscibilidade da sua atuação material em termos de certo direito real, de tal modo que isso confere uma presunção *iuris tantum*¹⁷ da titularidade. Mais comum, no sentido com que dissemos, significa a certeza dessa publicidade resultar daquilo que os olhos têm pela frente.

Hoje, ainda, é essa a previsão do art.º 1188.º, n.º 1, com vantagens probatórias notórias, mesmo contra quem tenha constituído um direito real anterior¹⁸. Cuida-se, em suma, de proteger a titularidade da aparência de situações jurídicas, presumindo a verdade do que os olhos veem¹⁹.

¹⁵ Cfr. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *Temas de Registo e de Notariado*, Almedina, 2010, p. 18.

¹⁶ Cfr. LUIS M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, Almedina, 7.ª ed., 2018, p. 26.

¹⁷ Presunção *iuris tantum* significa aquela presunção que permite a prova em contrário, sendo, portanto, susceptível de ser ilidida.

¹⁸ Cfr. JOSÉ LUIS BONIFÁCIO RAMOS, *Manual de Direito Reais*, Editora AAFDL, Lisboa, 2017. O autor acrescenta que a presunção da titularidade derivada da publicidade possessória é favorável, especialmente, no caso em que se trate de um direito não dependente de registo, p. 170 e ss.

¹⁹ Cfr. ANTÓNIO SOARES, JÚLIO CRISPIM, LIBERAL FERNANDES E

2.2 Definição de prédio rústico e urbano

Passamos agora a analisar a definição de prédio. Uma primeira noção podia ser dada pelo Código de Imposto Municipal sobre Bens Imóveis (CIMI) português²⁰, no seu artigo 2.º, que o considera como “toda a fração de território abrangendo as águas, plantações, edifícios e construções de qualquer natureza nela incorporados ou assentes, com caráter de permanência(..)”. Na legislação timorense, porém, esse conceito surge-nos no Código Civil apenas, que como o código português enumera taxativamente o conceito de imóveis. Nos termos do artigo 195²¹ do CCTL, são coisas imóveis, além doutras, os prédios rústicos e urbanos (al. a)).

Sabemos agora que a definição de prédio perpassa o conceito de bem imóvel. Mas, ainda dentro do conceito de prédio, ele distingue-se entre prédio rústico e prédio urbano no n.º 2 do mesmo artigo 195.º, compreendendo-se como prédio rústico “uma parte delimitada do solo e as construções nele existente que não tenham autonomia económica”, e como prédio urbano “qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro”. A mesma destrição, salienta-se, foi escolhida pelo legislador no artigo 1.º, n.º1 da Lei n.º1/2003, que distin-

TOMÁS ALVES, *Direitos Reais de Timor-Leste*, Universidade do Porto–CIJE, 2017, p.83/4, na referência, a propósito do princípio da publicidade, à sua ligação ao lado externo dos direitos reais. Também LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *DIREITOS REAIS*, 7.ªed., Almedina, 2018, p.142.

²⁰ Cfr. ISABEL ROCHA e JOAQUIM FREITAS ROCHA, *Código de Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI)*, 17.ª edição, Porto Editora, 2017, p. 551/3.

²¹ Consta assim da norma:

n.º1: “São coisas imóveis: a) Os prédios rústicos e urbanos; b) As águas; c) As árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo; d) Os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores; e) As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.

n.º2: Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.

n.º3: É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com caráter permanência”.

gue entre os prédios rurais e os urbanos²². Em suma, com SANTOS JUSTO²³ podemos afirmar que, o elemento essencial do prédio urbano é o *edifício*, sem prejuízo do *tertium genus* de outro conceito intermédio, o de prédios mistos²⁴.

No entanto, a legislação timorense não atingiu a harmonia conceitual. De acordo com a lei n.º1/2003 (cfr. número 3 do artigo 1.º), os prédios urbanos são os imóveis que se encontram dentro dos limites das cidades e centros urbanos dos distritos, com o objetivo de utilização para fins habitacionais, comércio, indústria ou serviços como atividades principais, com inclusão nos projectos de desenvolvimento e planificação urbana. De outro modo, nos termos do número 5, da mesma lei, prédios rurais são aqueles que estão fora das áreas urbanas legalmente estabelecidas e que têm como intuito a utilização do solo para as atividades agrícola, industrial ou agro-pecuária como fator preferencial.

2.3 A definição de terceiros para efeitos do registo

A definição de terceiros para efeitos do registo é premente e surge nos termos do n.º 4 do artigo 5.º do Código de Registo Predial Português (CRPPt) como “aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”²⁵. O mesmo conceito perpassou os estudos timorenses tendo o estudo de código de registo predial de Timor-Leste (ECRPTL) acolhido idêntica definição, mas exigindo a boa-fé do terceiro.

A sua importância reside nas hipóteses de dupla transmissão de um mesmo bem, em que um vendedor, depois de um primeiro negócio translativo de direitos sobre um bem, transmite o mesmo bem, sem poder de domínio (sem propriedade), a um segundo adquirente. O CCTL, no plano substantivo, reflete o problema jurídico no artigo 826.º, sobre a venda de bens alheios, sancionada com o vício invalidante do negócio tardiamente celebrado, considerados os efeitos reais dos negócios jurídicos.

²² Cfr. O art.º 1.º da lei n.º 1/2003.

²³ Do autor, Direitos Reais, op.cit., p.25.

²⁴ No mesmo ECRPTL define-se “Prédio misto” como aquele que é constituído por partes rústicas e urbanas em igual proporção e, conseqüentemente, nenhuma das partes pode ser classificada com o principal.

²⁵ Cfr. o n.º 4 do art.º 5.º do Código do Registo Predial Português (CRPPt).

A definição de quem sejam terceiros de boa-fé foi fortemente influenciada pelo ensino de VAZ SERRA²⁶, que propôs um conceito restrito de terceiros, correspondendo ao das “*pessoas que do mesmo autor ou transmitente adquiram direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo prédio*”. Sendo assim, defendia o autor, bastaria saber se a aquisição do terceiro, a título oneroso, provinha de boa ou de má-fé, para se privilegiar aquele que, em primeiro lugar, e de boa-fé, tivesse registado a seu favor a transmissão. Para MÓNICA JARDIM, este conceito denota um sistema de proteção mínima, abrangendo, precisamente, apenas aqueles que do mesmo autor ou causante recebem, sobre o mesmo imóvel ou móvel sujeito a registo, um direito total ou parcialmente conflituante²⁷.

Por isto, terceiro para efeitos de registo é aquele que, na confrontação com a transferência de efeitos reais pelo princípio do consensualismo (cf.art.º343.ºdo Código Civil), adquire um direito conflituante, parecendo à primeira vista não adquirir nada, excepto se, demonstrada a boa-fé, patenteada no desconhecimento do negócio alheio, lograr registar em primeiro lugar o direito inscrito, vencendo a inércia de quem seria, de outra forma, o primitivo titular. Isso resulta do n.º 4 do art.º 5 do CRPPt. e, da proposta da al. m) do art.º 2.º do ECRPTL.

2.4. O registo constitutivo, consolidativo, provisório e definitivo.

O registo é constitutivo quando o assento registal é um requisito indispensável para que se opere a mutação, previamente acordada, da situação jurídico-real. Os direitos reais que tenham por objeto imóveis não se constituem, não se transmitem, não se modificam nem se extinguem antes de ser lavrado o respetivo assento registal. É a história, estudada a propósito do princípio do consensualismo, entre os sistemas do título e do modo, por detrás do art.º 343.º do Código Civil. Ora, consabidamente, face a este preceito do código civil, nunca será desta natureza um registo predial estribado para Timor-Leste²⁸.

²⁶ Cfr. A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, p. 66.

²⁷ Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos...*, p.136.

²⁸ Cfr. RUI PENHA, *Guia de Direitos Reais em Timor-Leste*, Centro de Formação Jurídica, 2012, p.15/6. O CCTL não pressupõe um registo constitutivo, uma vez

De outra forma, o registo é consolidativo quando a constituição, transmissão, modificação e extinção dos direitos reais sobre imóveis ocorre à margem do Registo e, conseqüentemente, o assento registal visa “apenas” consolidar a eficácia *erga omnes*, da respetiva relação jurídico-real, perante certos e determinados terceiros. O registo consolidativo, ao contrário do registo constitutivo, não define alguém como titular de um direito, apenas dizendo-o publicamente, para os melhores efeitos de segurança e certeza jurídica.

Diferente é a dicotomia entre registo provisório e definitivo²⁹. A inscrição é lavrada como definitiva quando o responsável pela feitura dos registos, após a qualificação, conclui que a mesma pode ser lavrada tal como pedida e produzir, sem qualquer reserva, a eficácia que lhe é própria.

Os registos são lavrados como provisórios por dúvidas sempre que o responsável pela sua realização se depare com algum motivo que, não sendo fundamento de recusa, obste ao registo do ato tal como foi pedido. Por exemplo, nas seguintes hipóteses: incumprimento do princípio do trato sucessivo; falta de prova do cumprimento das obrigações fiscais; rasuras ou entrelinhas nos documentos; falta de uma certidão; *etc.*. Na sua proposta, o legislador timorense prevê no número 3 do artigo 20.º do ECRPTL.

Os registos são lavrados como provisórios por natureza, apenas nas situações previstas na Lei³⁰.

que o direito civil, no que diz respeito aos bens imóveis, basta-se com a satisfação da forma — a escritura pública — para a produção do efeito real. Ou seja, com a escritura em si e imediatamente se produzem os efeitos jurídicos do negócio e o adquirente passa a ser proprietário do imóvel, independentemente da entrega ou do registo.

²⁹ Cfr. A.SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob.cit., pp.56 ss., classifica os actos de registo em dois blocos, assim discriminando-os quanto ao conteúdo e função e quanto à respectiva eficácia. É no último conceito classificatório, precisamente, que se distingue entre registo definitivo e provisório.

³⁰ São efetuadas provisoriamente por natureza as seguintes inscrições, nos termos no n.º 1 do artigo 110.º do ECRPTL: a). As ações e procedimentos referidos nos artigos 4.º a 6.º; b) a constituição da propriedade horizontal, antes de concluída a construção do prédio; c) os factos jurídicos respeitantes a frações autónomas, antes do registo definitivo da constituição da propriedade horizontal, decorrente da falta de conclusão da construção do prédio; d) o negócio jurídico anulável por falta de consentimento de terceiro ou de autorização judicial, antes de sanada a anulabilidade ou de caducado o direito de arguição; e) o negócio jurídico celebrado por gestor ou por procurador sem

3. A necessidade da existência do registo predial no atual sistema jurídico timorense

O primeiro sistema de registos de Timor-Leste foi implantado pelo estado português ainda quando o território era apenas uma das suas províncias ultramarinas³¹. Na fase seguinte, o da ocupação indonésia, assistiu-se a uma multiplicação massiva da atribuição de títulos representativos de direitos -cerca de 40.000 títulos³² —, embora se tivesse visto que

poderes suficientes, antes da ratificação; f) a aquisição por venda em processo judicial, antes de passado o título de transmissão; g) a aquisição por partilha em inventário, antes de passada em julgado a sentença; h) a hipoteca judicial, antes de passada em julgado a sentença; i) a hipoteca a que se refere o artigo 635.º do Código Civil, antes de passada em julgado a sentença que julgue procedente o pedido; j) a penhora, arresto ou apreensão em processo de falência ou insolvência, depois de ordenada a diligência, mas antes de esta ser efetuada; l) o arrolamento ou outras providências cautelares, antes de transitado em julgado o respetivo despacho; m) a declaração de insolvência antes do trânsito em julgado da sentença.

Além das previstas no número anterior, são ainda provisórias por natureza: a) As inscrições de penhora, de declaração de insolvência e de arresto, se existir sobre os bens registo de aquisição ou reconhecimento do direito de propriedade ou de mera posse a favor de pessoa diversa do executado, do insolvente ou do requerido; b) As inscrições dependentes de qualquer registo provisório ou que com ele sejam incompatíveis; c) As inscrições que, em reclamação contra a reforma de suportes documentais, se alegue terem sido omitidas; d) As inscrições dos direitos cujos títulos foram extraviados ou destruídos por motivos de calamidade, incêndio ou inundações, nos termos da alínea c) do nº2 do artigo 18.º; e) As inscrições efetuadas na pendência de recurso hierárquico ou impugnação judicial contra a recusa do registo ou enquanto não decorrer o prazo para a sua interposição.

³¹ Cfr. ANTÓNIO SOARES, JÚLIO CRISPIM, LIBERAL FERNANDES, TOMÁS ALVES, *Direitos Reais de Timor-Leste*, ob. cit., p. 24 e ss. Recorrendo aos autores ficamos a saber que o Governo da Província Ultramarina de Timor aprovou o Decreto n.º 865, de 25 de Setembro de 1971, sobre o Regulamento Complementar da Ocupação e Concessão de Terrenos (RCOCT), que revogou os Diplomas Legislativos n.º 718, de 7 de Maio de 1966, e n.º 800, de 24 Maio de 1969, e demais legislação em contrário (art. 370.º do RCOCT), visando suprimir lacunas jurídicas evidenciadas e estabelecer as melhores possibilidades na concessão dos terrenos, tendo em conta a salvaguarda da justiça na distribuição dos bens.

³² *Ibidem*, p. 35 e ss; também JAMES CRAWFORD, *The creation of states in international law*, 2ª edição, 2006, p. 169 e DANIEL FITZ PATRICK, *Land Claims*, p. 44 ess.

entre 10% a 30% o foram de forma corrupta e mais de 30% em favor exclusivo de cidadãos indonésios migrantes.

O fim da ocupação indonésia trouxe a destruição de todos os registos e arquivos existentes e lavrados em livros, quando não levados clandestinamente para Jacarta³³. Sem registos, e com conflitos de titularidades entre direitos atribuídos pela administração portuguesa, direitos da ocupação indonésia e posse, tornou-se clara a importância de um levantamento cadastral capaz de formalizar um sistema de registos³⁴.

Neste ponto, torna-se relevante apurar e descrever os concretos direitos em causa, desde o tempo português até hoje, para conhecer as regras já gizadas em Timor-Leste no apuramento da relação substantiva. Esse será o critério, com efeito, de um futuro registo predial, ao menos na primeira fase, que se seguirá ao fim da atribuição de direitos de titularidade³⁵.

Antes do reconhecimento da independência, em 20 de maio de 2002, a história nacional mostra que o território foi administrado pelo Estado português e pelo indonésio. Estes, naturalmente, promoveram legislação variada e atribuíram-se, na vigência de cada uma das administrações, direitos reais de gozo. No que toca à administração portuguesa, o Código Civil Português de 1867 vigorou em todo território de Portugal desde 1968³⁶. São desse tempo, como direitos reais, o direito de propriedade e o aforamento³⁷. Com a sua saída, a administração indonésia

³³ De acordo com os dados recolhidos em relatório pela missão de trabalho em Timor-Leste da equipa técnica do Instituto dos Registos e do Notariado do Ministério da Justiça de Portugal, os títulos emitidos no tempo português foram, no total, 2.843 para a propriedade perfeita e para a propriedade foreira (aforamento), enquanto que os títulos indonésios ascenderam a 34.965 e foram emitidos sob o nome de Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan e Hak Guna Usaha.

³⁴ *Ibidem*, ANTÓNIO SOARES, JÚLIO CRISPIM, LIBERAL FERNANDES E TOMÁS ALVES, *ob.cit.*, p.36.

³⁵ Cfr. o art.º 3.º da lei 10/2011, de 14 de Setembro, que aprovou o Código Civil, e que dispunha que “aos direitos sobre bens imóveis aplicam-se as disposições do novo Código Civil após o reconhecimento ou atribuição dos primeiros títulos de direito da República Democrática de Timor-Leste sobre estes”.

³⁶ Cfr. O Decreto-Lei número 47 344, de 25 de 1967, alterado pelo Decreto-Lei número 49.053 de 12 de julho de 1969.

³⁷ Cfr. ANTÓNIO SOARES, JÚLIO CRISPIM, LIBERAL FERNANDES E TOMÁS ALVES, *Direitos Reais de Timor-Leste*, *ob.cit.*, p. 201. Pode ver-se também RUI PENHA, *Guia*, *op. cit.*, p. 182-191.

trouxe a aplicação da sua legislação— cfr. a lei agrária indonésia— até 1999, data em que entrou no território a missão da Administração Transitória das Nações Unidas em Timor (UNTAET)³⁸. São desse tempo novos direitos reais, que substituíram os de raiz portuguesa, como nome de *bak milik* e *bakguma*, este com feição dupla³⁹. E já no hiato da UNTAET, uma nova legislação sobre bens imóveis.

Desta forma, quando uma nova ordem constitucional emergiu em 2002, deparou-se com problemas de indefinição jurídica gravíssimos, em que os conflitos inter-partes, fruto dessa indefinição, eram resolvidos à lei da catana. Era premente, pois, um novo quadro legal e institucional para regular a terra e a propriedade, mas com a parcimónia necessária para o encontro de soluções justas.

Uma primeira normatização viria a lume com a lei n.º1/2003, de 10 de março, que classificou os bens imóveis na esfera de titularidade do Estado, logo seguida pelo decreto-lei n.º19/2004, de 17 de fevereiro, que definiu o regime jurídico dos bens imóveis com afectação pública oficial. Posteriormente viria à luz do dia a lei n.º12/2005, de 12 de setembro, reguladora do arrendamento de bens imóveis entre particulares e, mais tarde, a lei n.º6/2011, de 9 de fevereiro, que estabeleceu o regime de compensações por desocupação de imóveis do Estado.

A dogmática aprofundar-se-ia com o decreto-lei n.º 27/2011, de 6 de julho, que regularizou a titularidade dos bens imóveis em casos não disputados, atribuindo direitos de propriedade a quem, no arrogo de um direito real, de origem portuguesa ou indonésia—represtinados na sua caducidade por norma especial —, provasse documentalmente essa titularidade e mais ninguém invocasse um direito conflituante. Em falta estava a regulação de toda a situação de incerteza, definida pela lei n.º 13/2017,

³⁸ Ao abrigo da resolução número 1272 de 25 de Outubro de 1999, do Conselho Segurança da ONU, foi permitido à UNTAET administrar os bens móveis e imóveis, públicos e privados, o que foi plasmado no art.7.º do Regulamento da UNTAET número 1999/1.

³⁹ Nos termos do Regulamento Governamental Indonésio n.º 18 de 1991, de 31 de março de 1991, observa-se, por exemplo, que os direitos anteriores de propriedade perfeita portugueses foram transformados em Hak Milik, nos termos do n.º 1 do art.º 2, e os alvarás de propriedade indígena em aforramento, como confirmado pelo diploma legislativo indonésio n.º 719, de 7 de maio de 1966. Cfr. RUI PENHA, ob. cit., pp.182 e ss.

de 5 de junho, que estabeleceu o regime especial para a definição da titularidade de bens imóveis (REPD/TBI), atualmente em fase de execução.

Mas uma coisa é a definição substantiva de uma relação jurídica, outra o seu registo consolidativo. Nos termos do art.º 809.º do Código Civil⁴⁰, a transmissão de imóveis, gratuita ou onerosa, obedece a forma, realizando-se por escritura pública, sob pena de nulidade. Mas nem a forma da escritura pública protege todas as relações jurídicas dignas de registo, nem a escritura, ela mesma, pode só por si ser fonte de segurança jurídica. Torna-se necessário algo mais, um *plus*, que, sem natureza *per relationem*, certifique publicamente o facto causal de um negócio jurídico.

Neste sentido, os diplomas referidos têm o condão benéfico de edificar um sistema de direito substantivo de bens imóveis. Mas falta-lhes um acervo de registo público, capaz de dar ao povo timorense o conhecimento dos efeitos decorrentes de tais negócios. Esse passo, originado pela destruição dos registos no fim da ocupação, é o que justifica um registo predial em Timor-Leste. Com vista a esse fortalecimento, a cooperação timorense com países amigos, no caso com Portugal, levou em 2008 e em 2013 à realização de programas de estágios em cartórios notariais e conservatórias do registo civil de Lisboa, com vista à capacitação dos agentes nacionais para um bom desempenho das suas competências na arquitectura do que é consabidamente necessário⁴¹.

4. Objeto do Registo Predial

Saber o objeto de um registo predial é perguntar pelos factos que devem estar sujeitos a registo. A resposta, sem que exista um código do registo predial, só se pode compreender na ciência do direito comparado. E aí, sem grandes estudos perfunctórios realizados pela doutrina timorense, resta-nos olhar para o artigo 2.º do Código do Registo Predial por-

⁴⁰ Art. 809.º do CCTL (Forma): “O contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido e for celebrado por escritura pública”.

⁴¹ Cfr. Breve resenha histórica da cooperação na área justiça, http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes_internacionais/cooperacao/anexos5943/resenha_historica_timor/downloadFile/file/Resenha_historica_TL_2013.pdf?no-cache=1385047904.73, [consultado em 7 de Novembro de 2018].

tuguês (CRPPt)⁴². Aproximando aqui a norma dali, e assim prevendo os factos que devem ser sujeitos a registo, é nossa posição que o devem ser os factos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou modificação e a extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão. Estes, em padrões mínimos, abrangendo-se no conceito de modificação, as garantias, os ónus e as situações declarativas e executivas equiparadas, como será o caso da hipoteca, das ações judiciais sobre imóveis (vide a execução específica), do arresto e da penhora. Naturalmente que a estes, como fez o legislador português, outros poderão acrescentar-se. Assim, por influência portuguesa, e para um futuro código timorense, cremos que seriam de levar a registo os seguintes factos:

- a) A constituição, o reconhecimento, a aquisição ou modificação dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão, incluindo-se ao mesmo tempo as modificações derivadas, resultantes de negócio jurídico, como também as originárias, derivadas da usucapião e, além destas duas, as derivadas das regras da sucessão hereditária;
- b) A atribuição de eficácia real a negócios envolvendo imóveis, como é o caso do contrato-promessa e do pacto de preferência;
- c) A doação de bens imóveis, por ato *inter-vivos* ou *mortis causa*, bem como a partilha e o repúdio de heranças com bens imóveis no acervo hereditário;
- d) A locação e a sublocação do arrendamento de longa duração entre particulares;
- e) A constituição e a modificação da propriedade horizontal;
- f) A ação de preferência;
- g) A prestação de alimentos derivada das responsabilidades parentais, quando haja bens imóveis;
- h) O despejo administrativo de bens imóveis e a requisição de prédios e de terrenos propriedade do Estado;
- i) Os bens imóveis no regime do casamento de corrente de convenção antenupcial;
- j) Qualquer forma de indemnização relativa a prédios, incluindo a das expropriações;

⁴² Cfr. art. 5º do Código do Registo Predial português (CRPPt).

- l) As decisões judiciais relativas a imóveis quanto ao reconhecimento, modificação e extinção de situações jurídicas reais;
- m) A inscrição, além dos direitos reais típicos, dos direitos reais previstos na lei n.º 13/ 2017, de 5 de junho;
- n) O arresto;
- o) A penhora de bens imóveis;
- p) As ações de execução específica

Saliente-se, por fim, que para os direitos reais vale o princípio da taxatividade ou do *numerus clausus*, em função do qual só se reconhecem como direitos reais aqueles que a lei expressamente condensa no Código Civil.

Trata-se de apurar, por isso, o universo de factos susceptíveis de registo, isto é, o seu objecto. Peculiar vem a ser, todavia, a periclitante lei n.º13/2017, que face ao regime do Código Civil, prevê direitos reais distintos daqueles ali identificados, o que reconduziria a problemática ao problema clássico, e extenso nas narrativas jurídicas, do valor do princípio da taxatividade dos direitos reais⁴³. Sem oportunidade para esse aprofundamento, ficamos com esta nótula apenas.

5. Os princípios do direito registal predial

5.1. Princípio do dispositivo ou princípio da instância

Este princípio, proveniente do processo civil, onde significa que o Tribunal só tem competência para decidir das questões depois de chamado a intervir (art.7.º e 240.º do Código do Processo Civil de Timor-

⁴³ O princípio da taxatividade dos direitos reais está previsto no art.º1226.º, a propósito do direito de propriedade, mas com refracções para quaisquer direitos reais de gozo. Significa a redução, para efeitos meramente obrigacionais, da tentativa de constituição de direitos reais parcelares distintos dos que a lei prevê. Timor-Leste, na lei 13/2017, parece contudo ter esquecido este apontamento, consagrando a possibilidade aquisitiva do direito de propriedade a figuras realistas atípicas e, mais longe, costumeiras. Sobre o princípio da taxatividade e para uma análise destes direitos no direito timorense, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil -Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012; ANTÓNIO SOARES, JÚLIO CRISPIM, LIBERAL FERNANDES E TOMÁS ALVES, *Direitos Reais de Timor-Leste*, op.cit.

-Leste)⁴⁴, significa, quando aplicado ao direito registal, a necessidade de a parte interessada solicitar aos serviços a realização de um registo para que ele possa ser lavrado, não podendo tais serviços efectuar-lo *ex officio*, ainda quando sejam legalmente obrigatórios. A este princípio contrapõe-se o princípio da oficiosidade⁴⁵, que significa a possibilidade de uma Conservatória poder, ela mesma, por sua iniciativa, ter a iniciativa de promover o registo. Como salienta SANTOS JUSTO, “o registo é um serviço público, mas depende da atuação dos particulares, a quem cabe o impulso inicial”⁴⁶.

Se a iniciativa cabe ao interessado, há questões de legitimidade que aqui se colocam. Quem pode, e quem não pode requerer o registo? Em Portugal, o art.41.º do CRPPt dispõe que têm legitimidade os sujeitos ativos e passivos do facto que origina a relação jurídica, bem como as pessoas com interesse direto ou com a obrigação legal de promover o registo⁴⁷. O mesmo, por maioria de razão, pode e deve ser consagrado entre nós.

5.2. Princípio da prioridade

De acordo com este princípio, o registo efectuado em primeiro lugar prevalece sobre todos os registos que lhe sejam posteriores, colidam ou não como anterior. Dessa forma, p. ex., se alguém –v. g. um segundo adquirente do ponto de vista substantivo e que, por isso, não seria o titular do

⁴⁴ Cfr. o Código do Processo Civil de Timor-Leste, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10 2006, 26 de fevereiro.

⁴⁵ A Lei prevê casos particulares de registo oficioso, por iniciativa do conservador: quanto a factos que se constituam simultaneamente como outros que sejam objecto de registo e quanto a registos de actos de conversão ou cancelamento dependentes de outros actos ou registos, de acordo com os art.ºs 92.º, 97.º, n.º6;98.º;100.º,n.º3,101.º,3,119.º/4, 148.º/3e6;e149.º, todos do CRPPt.

⁴⁶ Cfr.A.SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob.cit.,p. 58.

⁴⁷ Diz o artigo 41o, no número 1: “O pedido de registo deve conter a identificação do apresentante, aindicação dos factos e dos prédios a que respeita, bem como a relação dos documentos que os instruem, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.” Acresce que, segundo o número 3, se o registo recair sobre quota-parte de prédio indiviso não descrito, deve declarar-se complementarmente o nome, o estado e a residência de todos proprietários.

direito real - lograr requerer em primeiro lugar o registo, adquire a estabilidade e a certeza jurídica que o registo confere e, assim, adquire o direito⁴⁸.

Com efeito, como o registo visa a publicidade dos factos registados, a partir do momento em que essa publicidade ocorre o direito torna-se reconhecido por todos, beneficiando o titular inscrito da vantagem da prioridade demonstrada, o que lhe concede proteção jurídica contra quaisquer actos sucessivos. É nesses termos, em Portugal, que se dispõe no n.º1 do art.6.º do CRPPt que “*o direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os outros que se lhe seguirem e, relativamente aos mesmos bens, por ordem da data dos registos e, dentro da mesma data, pela ordem temporal das apresentações correspondentes*”.

O mesmo é expectável para Timor-Leste, tendo o ECRPTL incluído no seu projeto, no art. 10.º, um princípio desta natureza.

5.3. Princípio da fé pública

Este princípio refere-se ao efeito de reconhecimento público decorrente do facto registado. A partir desse momento cria-se uma confiança pública, para a comunidade em geral, pelo que dali deriva a certeza ou, ao menos, a presunção de que o titular inscrito é titular de certo direito. O registo faz, portanto, fé pública.

No entanto, numa situação de dúvida, em que se levantem suspeitas da falta de coincidência entre titularidade do direito e a titularidade da inscrição, pode exigir-se a apresentação do título de transmissão ou constituição de direitos. No direito de propriedade, p.ex., a escritura de compra e venda, como em Portugal se prevê no art.º 34.º do CRPPt.

⁴⁸ Este princípio, em concreto, pode ser analisado no registo das sociedades comerciais no artigo 24º do Decreto-Lei número 16/ 2017 do Registo Comercial, que explicitamente dá preferência àqueles direitos registados primeiramente relativamente aos que lhe forem posteriores.

5.4. Princípio da legalidade

Muito fácil de explicar, este princípio expressa a necessidade de uma conservatória verificar a valia do título constitutivo, assegurando a sua conformidade com a lei⁴⁹.

Atribui-se pois uma competência e máxima responsabilidade ao conservador, que pre-ajuíza a viabilidade do registo de acordo com as normas estabelecidas, verificando a legalidade dos documentos apresentados (formal e substancial), a correcta identificação do prédio, a legitimidade das partes, dessa forma cuidando que a realidade registal é conforme à extra registal. Nesse sentido se parece querer ir, também entre nós, de acordo com a proposta do art.º 13.º do ECRPTL.

5.5. Princípio da legitimação

Não podem ser titulados atos jurídicos de que resulte a transmissão de direitos ou a constituição de encargos sobre imóveis sem que esteja feito o registo a favor de quem transmite ou onera.

Assim, o titular⁵⁰ deve recusar-se a lavrar a escritura pública o sempre que o transmitente não lhe demonstre que tem o registo a seu favor⁵¹. No entanto, a lei, em regra, consagra exceções.

⁴⁹ Tentando explicar resumidamente, o registo alia-se ao princípio da legalidade quando significa a pré-verificação formal e material de todos os requisitos do negócio jurídico. No registo de c.v.de imóveis, p.ex., há necessidade de verificar que o negócio que serve de causa à transferência de direitos reais observou o requisito formal da escritura pública, segundo o art.º 809.º do CCTL.

⁵⁰ Designadamente, o notário.

⁵¹ Saliente-se que o princípio da legitimação não distingue entre prédios não descritos ou descritos mas sem inscrição de aquisição, reconhecimento de direito susceptível de ser transmitido ou mera posse em vigor, e prédios descritos com alguma destas inscrições em vigor.

5.6. Princípio da especialidade física

O registo tem por base a descrição do prédio, nos seus aspectos físico, económico e fiscal (art. 79.º, n.º 1) e o facto de em causa estar um sistema de fólio real, pois o arquivo é organizado em torno do imóvel e não por pessoas.

5.7. Princípio do trato sucessivo

Este princípio exige a continuidade dos factos registados, de modo que aquele que ontem constou como titular inscrito é o alienante ou onerante de hoje e o titular registal de hoje será o alienante ou onerante de amanhã. Dessa forma, salvo nos casos das aquisições originárias de direitos⁵², só é permitida a alteração a favor de alguém de um registo a partir da identificação do antigo titular inscrito como sujeito passivo, alimentando-se assim um *continuum*.

Assim, e repetindo a al.e) do art.2.º da proposta reflectiva no ECRPTL, entende-se por trato sucessivo *a exigência de que o direito da parte que pretende alienar ou onerar esteja previamente registado, para que a parte adquirente possa, por sua vez, registar a aquisição do seu direito sobre esse mesmo bem*⁵³.

6. A eficácia constitutiva e declarativa da publicidade registal

Atrás enunciamos sucintamente as definições de registo constitutivo e registo consolidativo. Ora, quanto à sua eficácia, partindo de uma pré-compreensão dogmática do direito das obrigações como direito inspirado por um princípio da relatividade, isto é, por uma eficácia estrita

⁵² A diferença entre a aquisição originária e a derivada é que a primeira não tem de trás dela qualquer relação causal, nascendo *prima facie*, sem qualquer continuação. São desse tipo, pois, a aquisição por efeito de expropriação ou da usucapião.

⁵³ O ECRPTL define ainda largamente o conceito de novo trato sucessivo, como registo de um direito fundado em usucapião que inscreve a aquisição originária, sem sujeito passivo, ou seja, sem transmitente e que rompe com o trato sucessivo anteriormente estabelecido sobre o mesmo prédio, dando início a um novo trato sucessivo.

*inter partes*⁵⁴, podemos logo denotar que no caso dos imóveis há dois graus de exigências legais: as constitutivas, da hermenêutica do direito substantivo, e a consolidativa, do direito registal. Com efeito, não é o registo o fator de constituição, modificação ou extinção de direitos reais, mas outrossim aperfeiçoamento da declaração negocial, nos termos conjugados dos art.ºs 211.º e 343.º do Código Civil, articulados com a exigência formal da escritura pública⁵⁵.

Vale dizer, assim, que em Timor-Leste vigora o sistema do título, que importa a automaticidade da produção de efeitos reais por mero efeito do contrato. Como se pode ler na lei, a transmissão de direitos reais sobre coisa certa e determinada ocorre por mero efeito do negócio jurídico, sem necessidade formal de qualquer ato posterior *quoad constitutionem*, como a entrega ou o registo, como acontece, p. ex., no direito alemão.

Configuração dogmática próxima, mas que não se confunde, é a da atribuição de eficácia real, nos termos do art.348.º do Código Civil, que faz impender, para o contrato-promessa, além dos requisitos de forma, a necessidade de declaração expressa e de inscrição no registo⁵⁶. Aqui, se denota a existência de um registo constitutivo de direitos, pois é a lei, ela mesma, quem faz depender a produção de efeitos da existência do registo.

Em suma, portanto, quando o nosso sistema jurídico vence a eficácia meramente obrigacional atribuindo efeitos reais aos negócios jurídicos como decorrência da sua celebração, a regra é a de que o registo predial será, por princípio, consolidativo de direitos. Por outras palavras,

⁵⁴ Este princípio acha-se consagrado no art.342.º, 2 do CCTL, onde se lê que “em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

⁵⁵ Cfr.MÓNICA JARDIM, Efeitos...,ob.cit.,p.48 a 54. Cada Estado, no plano das políticas legislativas internas, pode optar a sua ordem por um desses modelos, ou seja, pelo título ou pelo modo. Quanto ao Estado timorense é óbvio que seguiu o sistema do Esta doportuguês, ou seja, o sistema do título.

⁵⁶ Transcrevemos a lei. Dispõe assim nos n.ºs 1 e 2: “À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registo; Deve constar de escritura pública a promessa a que as partes atribuam eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato promessa unilateral ou bilateral.”

tem uma função exclusiva de consolidar a eficácia *erga omnes* dos direitos perante terceiros⁵⁷.

Mas cumpre recordar que o registo também pode assumir um efeito atributivo. Ora, como bem nota a professora MÓNICA JARDIM, registo constitutivo não é sinónimo de registo atributivo. Um registo é constitutivo quando assume a função de um modo, ou seja, quando sem ele, o direito real não se constitui, não se transmite, não se modifica, nem se extingue, apesar de o negócio real ou o negócio obrigacional/dispositivo, consoante o ordenamento jurídico em causa, não padecer de causas de inexistência, ser perfeitamente válido e eficaz. Por seu turno, consideramos que o “registo é atributivo” quando sem ele o direito não seria adquirido, em virtude do princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Isto assume relevância naqueles casos em que alguém, vencendo as barreiras do direito substantivo, logra registar com prioridade e boa fé a titularidade de um direito.

Problema fulcral, neste ponto, é o da posse e do registo da posse, que o Código Civil refere, mas que o ordenamento jurídico ainda não permite, por não existir um registo predial. A posse, melhor definida pelo legislador do código civil do que pelo art.14.º do RPDTBI, corresponde nos termos do art.1171.º do CCTL ao *poder que se manifesta de forma correspondente ao exercício do direito da propriedade ou de outro direito real*, gerando uma situação abstrata de aparência que importa tutelar, com vista à dominialidade definitiva. Dessa forma, se ao possuidor se reconhecem direitos derivados da aparência, não há porque impedir aquele de, antes da possibilidade de invocação da usucapião, poder registar a mera posse e incrementar as vantagens legais de um exercício de um direito de modo imediato e público⁵⁸.

Aqui, contudo, o ato constitutivo só pode considerar-se na aquisição de direitos por decorrência da usucapião, cabendo o registo da posse, apenas, a um reforço da segurança jurídica. Por outro lado, pare-

⁵⁷ Cfr. RUI PENHA, Guia de Direitos Reais em Timor-Leste, ob.cit., p.15.e ss, faz uma comparação com a legislação indonésia, uma vez que o artigo 19º da Lei Agrária Indonésia reclamava no momento do registo a prova da alienação, por certidão.

⁵⁸ Cfr.LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, Curso de Direitos Reais, ob.cit., p. 95.

ce-nos vencida na doutrina moderna a clássica dúvida, por alguns levantada, e que correspondia a saber se a posse era um verdadeiro direito real ou uma mera situação jurídica transitória⁵⁹.

7. Garantias concedidas pelo registo aos titulares dos direitos inscritos

O direito constitucional refletido no art.º 54.º da CRDTL, na sua dimensão subjectiva, pela qual os cidadãos têm direito à propriedade da terra, exige uma tutela normativa adequada. Ela, para o ser, exige dois níveis: um primeiro, de definição de direitos, exercida sob o direito substantivo; e um segundo nível, de direito registal, fonte de segurança jurídica no tráfico. É a partir dessa função registal de segurança que podemos esquetematizar as vantagens ou garantias conferidas aos titulares inscritos no registo. Em um estilo tópico, podemos elencar as seguintes garantias:

- a) Proteção contra terceiros⁶⁰ e efeitos atributivos restritos, alicerçados sobretudo na prioridade do registo, na tutela possessória reforçada pelo registo da posse e nos contratos com eficácia real;
- b) Presunção *iuris tantum* de veracidade dos factos registados, dando correspondência, entre outros, ao que vem prescrito pelo n.º2 do art.1179.º e 1183 º, a) do CCTL;
- c) Tutela judicial da aparência⁶¹;

⁵⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Civil– Reais, ob.cit., p.145.

⁶⁰ Cfr. MÓNICA JARDIM, Da potencial importância do Registo Predial em Timor-Leste, in “Revista da Faculdade de Direito”, Ano I, Número I, 2018, Coordenação ISIDORO VIANA DA COSTA, TOMÉ XAVIER JERÓNIMO E PEDRO MARQUES DA SILVA, UNTL/CIJE–Universidade do Porto, p. 331.

⁶¹ Cfr. ANTÓNIO SOARES, JÚLIO CRISPIM, LIBERAL FERNANDES, TOMÁS ALVES, Direito Reais de Timor-Leste, ob.cit., p.92-106. Para os autores, na tutela jurídica da posse, há logo a circunstância de ela ser normalmente o sinal exterior do direito de propriedade. Quem exerce poderes de facto sobre uma coisa como seu proprietário é na grande maioria das situações o seu dono legítimo. Por isso, ao proteger-se a actuação de facto sem necessidade de provar a existência do correspondente direito, está a tutelar-se o proprietário, na medida em que aprovado poder de facto é muito mais fácil de conseguir do que a do direito real. Contudo, a protecção da posse só é efectiva enquanto não for definitivamente determinado o titular do direito real

- d) Certificação do sistemado título dos direitos reais;
- e) Certificação de coerência intra-sistemática do princípio da taxatividade dos direitos reais;⁶²⁶³
- f) Tutela possessória do possuidor e reconhecimento da posição activa usucapiente;
- g) Identificação de ónus, encargos e garantias inerentes aos direitos reais, como em Portugal encontramos nos termos da alínea x) do artigo 2.º do CRPPt;

sobre a coisa. Ora, a posse pode ser invocada por quem adquiriu a coisa por meios ilegais ou fraudulentos. Porém, atendendo a que, no comum das situações, a qualidade de possuidor coincide com a de proprietário, a protecção de que beneficia quem furtou ou usurpou uma coisa consubstancia o sacrifício jurídico necessário a que a grande maioria das pessoas que está na posse das coisas e que é sua proprietária possa facilmente defender o seu direito. Para essa defesa, os meios previstos no CCTL, judiciais e extra-judiciais, são a acção directa e a legítima defesa nos termos dos artigos 1197.º e 327.º do CCTL; a acção de prevenção; a acção de manutenção, de modo a conservar, nos termos do artigo 1198.º; a acção de restituição, nos termos do número 2 e 3 artigo 1198.º e restituição provisória da posse e os embargos de terceiro.

⁶² Cfr. “Posse”, RUI PENHA, *ob.cit.*, RICARDO GOMES DA SILVA, *Direitos Reais*, p. 45.

⁶³ Compreendemos aqui a análise do valor da taxatividade na relação como valor de lei dos costumes timorenses. Além de figuras reais ripristinadas como direitos anteriores, como acontece na lei n.º 13/2017 (propriedade perfeita, aforramento, hak milik, etc.), o mesmo diploma reconhece o valor de propriedade dos costumes densificados na praxis das relações sociais do tráfico jurídico. Ora, isso antecipa uma criação de direitos reais às avessas do que seria previsível, atento o princípio da taxatividade dos direitos reais. Deste modo, descontando o passo metodológico da lei anterior, para quando for o Código Civil, apenas, a lei aplicável, somos da opinião que o costume e outras figuras parcelares do direito de propriedade deverão ser impedidas, em nome da harmonia jurídica, de estripar um registo predial. Nesse sentido um registo predial em Timor-Leste terá essa vantagem também; isto é, facilitará o conhecimento das vias constitutivas de direitos reais, reduzindo à eficácia obrigacional o que hoje, muitos têm expectativa de tornar direito real. É o caso das abolidas figuras, em Portugal, da enfiteuse e da colonia, amiúde praticadas em Timor-Leste, mas para que defendemos uma eficácia exclusivamente obrigacional.

8. Proteção concedida pelo registo ao terceiro

O registo traz ao tráfico o reconhecimento e a proteção das situações jurídicas registadas, dando estabilidade às situações reais que envolvem os bens registados. Necessário é, contudo, articular o registo com a posição jurídica de eventuais terceiros. De acordo com o art.º 342.º do CCTL, que consagra o princípio da relatividade, as relações jurídicas são, para terceiros, *res inter alios acta*. Porquanto, existem hipóteses em que os terceiros veem a relação jurídica em que intervieram prevalecer, não obstante, esta, *abinitio*, ter apenas eficácia relativa.

Sigamos os seguintes exemplos: A vende a B um bem imóvel, por escritura pública, repassando A, mais tarde, o mesmo bem a C, igualmente por escritura pública. As exigências de forma para ambos foram cumpridas, de acordo como art.809.º do CCTL, e diríamos que a segunda transferência constituiria, por colidir com o art. 343.º, uma venda de bens alheios, sancionada pela nulidade; D, uma instituição bancária, celebra com E um contrato de mútuo acompanhado de uma garantia real (a hipoteca ou o penhor, p.ex.), re-transferindo a F, anos mais tarde, o crédito. Nos dois casos, de modo absoluto, o princípio da relatividade afastaria qualquer discussão de maior. Contudo, por um lado, os códigos de registo espalhados pelos sistemas jurídicos que nos são familiares concedem tutela aos terceiros de boa-fé quando tenham registado em primeiro lugar o direito real. Por outro, o direito substantivo, *rectius* o código civil, também concede tutela a terceiros perante uma invalidade que afecte um acto anterior àquele em que ele interveio, assim consagrando uma excepção à regra da eficácia retroactiva da nulidade e da anulabilidade⁶⁴.

Centremo-nos no caso da aquisição de direitos por terceiros por efeito do registo. Nesses casos, ao contrário das regras da prioridade constitutiva do negócio jurídico, há alguém que invoca e vence a primeira transmissão. Por outras palavras, reduz um negócio de efeitos reais à eficácia meramente obrigacional, permitindo à parte negocial, apenas, o direito a uma indemnização.

⁶⁴ O terceiro só verá prevalecer o seu direito se obtiver o registo da sua aquisição e desde que a acção da nulidade ou anulabilidade não seja intentada e registada antes do decurso de um ano sobre a data do seu registo de aquisição.

Mas, tal poderá abrir portas à fraude à lei. Pensemos, por exemplo, no conluio entre A e C, adquirente posterior que, instruído por A, adquire o bem e corre a registá-lo em primeiro lugar. Seria manifestamente injusto, nestes casos, tutelar legitimamente e comprejuízo para o primeiro adquirente, a relação jurídica. Por outro lado, as regras da simulação, se aqui poderiam valer (cfr.art.282.º do CCTL), não se aplicariam noutras situações. Daí que defendamos, para um futuro código do registo predial de Timor-Leste, um requisito acrescido, a funcionar como válvula de controlo: a boa-fé do terceiro adquirente. Significará ele o desconhecimento do facto anterior com que a sua posição colidiu, devendo, na sua não verificação, declarar-se, nos preceitos do art.º 343.º do CCTL, a nulidade do negócio⁶⁵.

A prevalência do direito de terceiros na aquisição por efeito do registo prioritário deve, para afastar a regra da eficácia absoluta dos direitos reais, partir deste fundamento de boa-fé. Na ausência de boa-fé a relação jurídica em que o terceiro intervém manter-se-á uma relação a *non domino* e, portanto, inválida. Mas, na nossa perspectiva, tal invalidade deve ser atípica. Ou seja, deve ser de conhecimento oficioso, mas não deve ser invocável a todo o tempo, porquanto a publicidade do registo traz, quanto ao prejudicado, o conhecimento de uma situação de desfavor que pode arguir com vista à nulidade. O prazo, parece-nos, deverá aproximar-se ao da anulabilidade, ou seja, um ano desde a inscrição do direito de terceiro no registo⁶⁶.

Além destas situações, no direito timorense escrito encontram-se algumas situações especiais em que um terceiro pode adquirir estabilidade para negócios jurídicos que seriam, *prima facie*, inválidos. Assim é nos casos em que se atribuem *ope legis* ao Estado, nos termos da lei 27/2011 e 13/2017, direitos reais atribuídos, ou seja, desconsiderando relações de titularidade privada anteriores. Os direitos assim adquiridos passarão, natural-

⁶⁵ Cfr. ANAPRATA, Dicionário Jurídico, ob.cit., retrata-se, contra o terceiro de má fé, que nulidade tem efeitos retroativos (*ext unc*), devendo ser restituído o objecto da prestação. Mas se não havia má-fé, entendida como o desconhecimento dos factos anteriores, como registo o direito consolida-se contra o adquirente anterior, com plena segurança jurídica.

⁶⁶ De acordo com o estatuído no art.278.º,1 do CCTL: “Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento.

mente, a integrar o conceito de bens imóveis de domínio público e a ser insusceptíveis de apropriação particular, porque fora do comércio jurídico⁶⁷.

9. Proposta de criação de um registo predial na base do quadro legal e institucional

De acordo com todas as explicações que fornecemos *supra*, só podemos considerar a extrema importância da criação de um sistema registal de efetivação e publicidade dos negócios jurídicos sobre a terra — sobre imóveis —, elaborado no quadro legal e institucional, alimentado na informação do Cadastro Nacional de Propriedades (CNP). Será essa a via, precisamente, do surgimento de um mercado de imóveis seguro e transparente, e por outro lado, da clarificação dos bens e dos titulares a que pertencem.

O registo predial a criar terá de ser, todavia, muito diferente dos atuais serviços cadastrais, tanto na composição como nas funções. Ora, o *Cadastro Nacional de Propriedades é um sistema do registo predial, que contém a informação oficial sobre a situação jurídica dos bens imóveis, recolhida através do processo de levantamento cadastral*. Um registo predial, de outra forma, não terá funções topográficas nem de levantamento geográfico estadual. Os dois, cadastro nacional de propriedades e registo predial, complementar-se-ão com inter-dependência, auxiliando-se os serviços de registos dos dados e informações conhecidos através da outra função.

A sua, porém, estará já estritamente ligada ao universo do Direito. Quer-se-ão eliminar assimetrias de informação, garantir a segurança dos direitos, a proteção do tráfico e fomentar o comércio jurídico e o crédito, mediante a possibilidade institucional de um sistema de garantias, como objetivo de evitar a usura e as fraudes, assim como os pleitos e os conflitos sobre a questão jurídico-imobiliária, ainda que apenas do foro da especulação⁶⁸.

⁶⁷ Nos termos do artigo 15º do Diploma número 1/2003 os bens imóveis abandonados por cidadãos nacionais ou estrangeiros são administrados temporariamente pelo Estado de Timor-Leste. Para acautelar os direitos legítimos dos cidadãos e dos proprietários pode o Estado conceder o seu uso a terceiros ou admitir o arrendamento por nacionais ou internacionais.

⁶⁸ Cfr. MÓNICA JARDIM, *Da Potencial Importância*, ob.cit., p.334 ss. Acresce-mao SNC e a um registo predial outras finalidades: reduzira disparidade de informa-

Conclusão

Tentamos neste trabalho propor um modelo de registo predial, tendo por objecto bens imóveis e, ainda, alguns bens móveis e os direitos e os ónus a eles inerentes, como forma de assegurar no tráfico jurídico o real conhecimento das situações jurídicas pelos interessados de modo a permitir a sua estabilização. Com isso, também, uma maior segurança jurídica.

A Constituição, no artigo 54.º, reserva exclusivamente aos cidadãos nacionais o direito à titularidade da propriedade da terra. A sua efectivação, precisamente, demanda duas etapas: sólida legislação substantiva, no caso lograda através do Código Civil, do regime de atribuição definitiva de direitos de propriedade em casos disputados e dodecreto-lei nº 27/2011, de 6 de julho, com o mesmo objecto, embora apenas para os casos não disputados. Demanda, também, uma base registal sólida, por que os cidadãos possam inscrever e fazer-se conhecer como titulares de situações e posições jurídicas subjectivas, activas ou passivas, ainda podendo, dessa forma, prevenir-se contra a fraude das duplas transmissões de bens e, de antemão, prevenir-se contra quaisquer veleidades de negócios abusivos.

O maior efeito do registo, nesta ordem, é precisamente a publicidade do direito inscrito e da pessoa, ou pessoas, dele titulares, permitindo a arguição pública contra terceiros. Proporciona, em suma, mais transparência. Daí que no nosso final, em jeito de proposta conclusiva, defendamos que seja criado o sistema de registo predial timorense, partindo do levantamento cadastral já efetuado pela DNTPSC, explicitamente previsto no direito substantivo e da aplicação das leis substantivas atributivas de direitos sobre imóveis em vigor, enquanto nos termos dos

ções sobre o mesmo imóvel; e vitara duplicação de custos; identificar erros de limites; actualizar a informação; evitar a falsa ampliação de imóveis, especialmente em áreas rurais; eliminar a duplicação dos imóveis no registo; garantir as transações imobiliárias; facilitar o desenvolvimento económico e social; aperfeiçoar o planeamento do território; promover a paz social.

factos anteriores que criaram os direitos reais nas bases históricas do Estado português e indonésio, passam ora a reconhecer pela legislação avulsa nos termos da lei número 13/2017, tendo considerado que o futuro código do registo predial irá abranger além dos direitos reais previsto no esboço deste código.

Mas um sistema que, além dos vectores intrínsecos — a publicidade, a tutela de terceiros, a proteção da boa fé, etc. —, seja de base obrigatória, impondo a todos os cidadãos o ónus registal e sanções jurídicas e pecuniárias para o seu incumprimento. Por maioria de razão, descontados os casos pontuais em que o registo produz a efeitos atributivos de direitos, a regra será a de um registo meramente consolidativo, em harmonia como sistema do título que o art.º 343.º do Código Civil escolheu. Só através deste caminho, acreditamos poder ter confiança e garantir tutela às relações de propriedade, tão importantes para os cidadãos como para a riqueza nacional.

Referências Bibliográficas

- DUARTE, Rui Pinto, *Direitos Reais de Moçambique-Teoria Geral dos Direitos Reais. Posse*, Almedina, 2006.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 3.ª edição, Quid juris, Sociedade Editora, Lisboa, 2007;
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Direitos Reais - Parte Geral - e Direito Registral Imobiliário*, Quid Juris Sociedade editora, Lisboa, 2001;
- GUERREIRO, J. A. Mouteira, *Temas de Registo e de Notariado*, Almedina, 2010;
- JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa, *Efeitos Substantivos do Registo Predial- Terceiros Para Efeitos de Registo*, Almedina, 2015;
- JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa, *Da Potencial Importância do Registo Predial para Timor-Leste*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa’e”, Coord.de Isidoro Viana da Costa, Tomé Xavier Jerónimo e Pedro Marques da Silva, UNTL/ CIJE– Universidade do Porto, Ano I, n.º 1, 2018;

- JUSTO, António dos Santos, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2007;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *Direitos Reais*, 7.^a ed., Almedina, 2018;
- LIMA, Pires de, e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º-761.º)*, 4.^aed. revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987;
- MENDES, Isabel Pereira, *Estudo sobre o Registo Predial*, Almedina, Coimbra, 1999;
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA-Direção-Geral da Política de Justiça, Breve Resenha Histórica da Cooperação na Área a Justiça, disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/cooperacao/anexos5943/resenha_historicatimor/downloadFile/file/Resenha_historica_TL_2013.pdf?nocache=1385047904.73;
- PENHA, Rui, *Guia de Direitos Reais em Timor-Leste*, Tribunal de Recurso, Díli, 2012;
- RAMOS, José Luís Bonifácio, *Manual de Direito Reais*, Editora AAFDL, Lisboa, 2017;
- ROCHA, Isabel e ROCHA, Joaquim Freitas, *Código de Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI)*, 17.^aedição, Porto Editora, 2017;
- SOARES, António, BELO, Júlio C. Ximenes Belo, FERNANDES, Francisco Liberal e ALVES, Tomás, *Direitos Reais de Timor-Leste*, Universidade do Porto, 2017;
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de, *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, CIDH, Braga, 2011.

ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS AFRICANOS LUSÓFONOS

FERNANDO LOUREIRO BASTOS¹

1. Introdução

A África lusófona é composta por cinco Estados africanos: Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Inclui Estados que foram colónias portuguesas, adotaram o português como língua oficial² e que estruturam os seus ordenamentos jurídicos na base das fontes de direito que vigoraram anteriormente às respetivas independências, ocorridas durante a década de setenta do século passado. Os cinco Estados africanos de língua oficial portuguesa incluem dois Estados de grande dimensão territorial (Angola e Moçambique), dois pequenos arquipélagos (Cabo Verde e São Tomé e Príncipe) e um pequeno Estado costeiro (Guiné-Bissau).

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público, FDUL; Vice-Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica, FDUL; e Diretor de Estudos da Sociedade Portuguesa de Direito Internacional (ramo português da *International Law Association*); floureirobastos@fd.ul.pt.

² A escolha do português como língua oficial tem consagração constitucional nos seguintes Estados africanos lusófonos: Angola, n.º 1 do artigo 19 da Constituição de 2010; Cabo Verde, n.º 1 do artigo 9 da Constituição de 1992; e Moçambique, artigo 10 da Constituição de 2004.

Devem ser tidos em consideração os seguintes dados relativamente aos textos constitucionais em vigor nestes Estados³: i) Angola: Constituição de 5 de fevereiro de 2010 (CRA), com 244 artigos; ii) Cabo Verde: Constituição de 25 de setembro de 1992, com as alterações introduzidas em 3 de maio de 2010 (CRCV), com 295 artigos; iii) Guiné-Bissau: Constituição de 26 de fevereiro de 1993, com as alterações introduzidas por cinco revisões ao texto da Constituição de 16 de maio de 1984 (CRGB), com 133 artigos⁴; iv) Moçambique: Constituição de 22 de dezembro de 2004, com as alterações introduzidas pela Lei 1/2018, de 12 de junho de 2018 (CRM), com 313 artigos; e v) São Tomé e Príncipe: Constituição de 20 de setembro de 1990, com as modificações introduzidas a 29 de janeiro de 2003 (CRSTP), com 160 artigos⁵.

Os textos constitucionais dos Estados africanos lusófonos têm na Constituição Portuguesa de 1976 uma muito importante fonte de inspiração, tanto ao nível da sistematização adotada, como da redação dos artigos que os integram⁶. Relativamente à sistematização, os textos constitucionais são normalmente divididos em quatro ou cinco partes,

³ Uma síntese atualizada das constituições dos Estados africanos lusófonos pode ser encontrada em Jorge Miranda e E. Kaffit Kosta, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa. Uma visão comparativa*, Editorial Juruá, Lisboa, 2013; e, na perspetiva dos sistemas de governo, em E. Kaffit Kosta, *Sistemas de Governo na Lusofonia: zonas e relações de poder*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, pp. 601-647.

⁴ Sobre a Constituição da República da Guiné-Bissau, ver Fernando Loureiro Bastos, *The Republic of Guinea-Bissau: introductory note*, disponível em Oxford Constitutions of the World; e “Introdução à Constituição da República da Guiné-Bissau”, in Maria Lúcia Amaral e Selma Pedroso Bettencourt (coordenadoras), *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Almedina, 2016, pp. 111-157.

⁵ Sobre a Constituição da República de São Tomé e Príncipe, ver Fernando Loureiro Bastos, *The Constitution of the Republic of São Tomé and Príncipe: introductory note*, disponível em Oxford Constitutions of the World; e “Introdução à Constituição da República de São Tomé e Príncipe”, in Paulo Otero, Carla Amado Gomes e Tiago Serão (coordenadores), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015, pp. 283-308.

⁶ Sobre a persistente influência da legislação portuguesa nas ordens jurídicas dos Estados africanos lusófonos ver Fernando Loureiro Bastos, “An Overview of Judicial and Executive Relations in Lusophone Africa”, in Charles Fombad, (editor), *Separation of Powers in African Constitutionalism*, Oxford University Press, 2016, pp. 161-163, e “Uma visão panorâmica sobre as relações entre os poderes judicial e executivo nos Estados Africanos de Língua Oficial Portuguesa”, *Revista do Ministério Público*, Ano 35, n.º 140, out-dez, pp. 177-218 (existe separata).

nomeadamente princípios fundamentais, catálogo de direitos fundamentais, organização económica, organização do poder político, e mecanismos de garantia do texto constitucional (fiscalização da constitucionalidade e revisão constitucional)⁷. No que concerne à redação das normas é possível encontrar alguns casos em que artigos ou partes de artigos da Constituição Portuguesa de 1976 foram literalmente reproduzidos, sem qualquer modificação, no articulado de constituições de Estados africanos de língua oficial portuguesa. Tomando como exemplo desta prática as disposições relativas ao Direito Internacional, é possível ver que a redação usada nos números 1 e 2 do artigo 8 da Constituição portuguesa - “[a]s normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” (nº 1) e “[a]s normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial enquanto

⁷ A semelhança entre a sistematização dos textos constitucionais é inequívoca quando se compara a Constituição Portuguesa de 1976 com os textos das constituições de Angola, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe. Por um lado, a Constituição Portuguesa de 1976 tem a seguinte estrutura: Preâmbulo; Princípios fundamentais, artigos 1 a 11; Parte I — Direito e deveres fundamentais, artigos 12 a 79; Parte II — Organização económica, artigos 80 a 107; Parte III — Organização do poder político, artigos 108 a 276; Parte IV — Garantia e revisão da constituição, artigos 277 a 289; e Disposições finais e transitórias, artigos 290 a 296. Por outro lado, pode ser encontrada a seguinte sistematização nas constituições referidas anteriormente: i) Angola: Preâmbulo; Título I — Princípios fundamentais, artigos 1 a 21; Título II — Direitos e deveres fundamentais, artigos 22 a 88; Título III — Organização económica, financeira e fiscal, artigos 89 a 104; Título IV — Organização do poder do Estado, artigos 105 a 197; Título V — Administração pública, artigos 198 a 212; Título VI — Poder local, artigos 213 a 225; Título VII — Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade, artigos 226 a 237; Título VIII — Disposições finais e transitórias, artigos 238 a 244; ii) Cabo Verde: Preâmbulo; Parte I — Princípios fundamentais, artigos 1 a 14; Parte II — Direitos e deveres fundamentais, artigos 15 a 90; Parte III — Organização económica e financeira, artigos 91 a 94; Parte IV — Do exercício do poder político, artigos 95 a 118; Parte V — Da organização do poder político, artigos 119 a 269; Parte VI — Das garantias de defesa e da revisão da Constituição, artigos 270 a 292; e Parte VII — Disposições finais e transitórias, artigos 293 a 295; e iii) São Tomé e Príncipe: Preâmbulo; Parte I — Fundamentos e objetivos, artigos 1 a 14; Parte II — Direitos fundamentais e ordem social, artigos 15 a 65; Parte III — Organização do poder político, artigos 66 a 143; Parte IV — Garantia e revisão da constituição, artigos 144 a 155; e Parte V — Disposições finais e transitórias, artigos 156 a 160.

vincularem internacionalmente o Estado português” (nº 2)⁸ — é a fonte dos números 1 e 2 do artigo 13 da Constituição de São Tomé e Príncipe, dos números 1 e 2 do artigo 12 da Constituição de Cabo Verde, do nº 2 do artigo 18 da Constituição de Moçambique, e dos números 1 e 2 do artigo 13 da Constituição de Angola.

Apesar de o artigo 8º da Constituição Portuguesa de 1976 ter sido usado como modelo para a redação do artigo relativo às fontes de Direito Internacional existente nas constituições dos Estados africanos lusófonos, deve ser sublinhado que a aplicação substancial destas fontes de direito variam de acordo com o entendimento da forma como o Direito Internacional modela (ou deve modelar) as decisões políticas⁹, nomeadamente quando as matérias em apreço têm relevantes consequências externas. Deve ser salientado que as revisões da Constituição portuguesa, ocorridas em 1992, 2001, 2004 e 2005, tiveram por objetivo resolver questões relacionadas com compromissos internacionais assumidos por Portugal através de tratados internacionais (por um lado, a participação de Portugal no processo de integração europeia, e, por outro lado, o tratado de criação do Tribunal Penal Internacional)¹⁰. A intenção subjacente às revisões constitucionais em Portugal só tem paralelo nas modificações que foram introduzidas na constituição da Guiné-Bissau relativamente à sua participação em organizações internacionais de integração regional.

Deve ser salientado que a influência da Constituição portuguesa nos textos das constituições dos Estados de língua oficial portuguesa

⁸ Sobre os números 1 e 2 do Artigo 8 da Constituição portuguesa de 1976 ver, por todos, Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, AAFDL Editora, 2016, pp. 318-332.

⁹ Sobre uma aproximação especificamente africana às fontes de Direito Internacional ver Fernando Loureiro Bastos, “The Southern African Approach to the Permanent Sovereignty over Natural Resources and Common Resource Management Systems”, in Marc Bungenberg and Stephen Hobe (editors), *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Springer, 2015, pp. 64-69.

¹⁰ Sobre a evolução da Constituição Portuguesa de 1976, ver a síntese de Jorge Miranda que pode ser encontrada como “Introdução geral”, pp. 7-37, ao texto em vigor, atualizado com as modificações que foram introduzidas pela sétima revisão constitucional (Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, *Constituição da República Portuguesa*, 5ª edição, Principia, Estoril, 2006).

torna-se ainda mais evidente quando estes são comparados com os textos das constituições africanas inseridas na tradição francófona¹¹ ou estruturadas em conformidade com o sistema da *common law*¹².

2. Normas constitucionais relativas às fontes de Direito Internacional

2.1. Nota introdutória

Nas constituições dos Estados da África lusófona, com a exceção da Guiné-Bissau, é possível encontrar disposições especificamente dedicadas à incorporação das fontes de Direito Internacional no ordenamento jurídico dos Estados, com uma particular ênfase nos efeitos produzidos internamente pelos tratados¹³. A expressão “direito internacional geral ou comum”, inspirada no artigo 8 da Constituição Portuguesa de 1976, visa enquadrar o direito internacional costumeiro, mas não pretende incluir as normas de *jus cogens*. Em alguns casos, com desta-

¹¹ Neste sentido, Narcisse Mouelle Kombi, “Les dispositions relative aux conventions internationales dans les nouvelles constitutions des États d’Afrique francophone”, *African Yearbook of International Law — Annuaire Africain de Droit International*, vol. 8, 2000, pp. 226-227.

¹² Sobre a questão, ver Tiyanjana Maluwa, *International Law in Post-colonial Africa*, Kluwer Law International, 1999, pp. 36-37, ao afirmar, p. 41, que “apart from Malawi and Zimbabwe, none of the former British colonies stipulates any specific role or states for international law, whether customary or treaty”.

¹³ Sobre a matéria, tendo em consideração todos os Estados de língua oficial portuguesa (incluindo Portugal, Brasil e Timor-Leste), ver Jorge Bacelar Gouveia, “O Direito Internacional Público no direito de Portugal e dos Estados de língua portuguesa”, in Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Língua Portuguesa. Caminhos de um constitucionalismo singular*, Almedina — Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012, pp. 81-101; e Francisco Pereira Coutinho, “Relatório síntese: o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenadores), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, 2018, pp. 15-24. Sobre o sistema português de incorporação do direito internacional no direito interno, ver Francisco Ferreira de Almeida, ‘Portugal’, in Dinah Shelton (editor), *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, transformation and persuasion*, Oxford University Press, 2011, pp. 500-516.

que para Cabo Verde e Moçambique, a questão da posição hierárquica das fontes de Direito Internacional relativamente às fontes internas de direito, com especial relevo para a posição de supremacia da Constituição, foi expressamente regulada no articulado constitucional¹⁴. Deve ser, ainda, posto em destaque a existência de normas constitucionais relativas aos princípios orientadores da decisão política em matéria de relações internacionais, na medida em que estas têm consequências relevantes ao nível do Direito Internacional.

2.2. Angola

A Constituição Angolana de 2010 prevê, no artigo 13, que “[o] Direito Internacional geral ou comum, recebido nos termos da presente Constituição, faz parte integrante da ordem jurídica angolana” (nº 1), e ainda que “[o]s tratados e os acordos internacionais regularmente aprovados ou ratificados vigoram na ordem jurídica angolana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem internacionalmente o Estado angolano” (nº 2).

O Presidente da República, em conformidade com o artigo 108 CRA, é o “Chefe de Estado, o titular do Poder Executivo e o Comandante-em-Chefe das Forças Armadas Angolanas”. Representando “a Nação no plano interno e internacional” (nº 4 do artigo 108 CRA), o Presidente da República deve assegurar o respeito e o cumprimento dos acordos internacionais e dos tratados em vigor em Angola (nº 5 do artigo 108 CRA). A relevância da aplicação dos tratados internacionais relacionados com os direitos fundamentais é posta em destaque no nº 2 do artigo 26º CRA, ao ser afirmado que estes devem ser “interpretados e integrados de harmonia com (...) a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e os tratados internacionais sobre a matéria, ratificados pela República de Angola”¹⁵.

¹⁴ Sobre a questão, abrangendo todos os Estados de língua oficial portuguesa (incluindo Portugal, Brasil e Timor-Leste), ver Bacelar Gouveia, “O Direito Internacional...”, pp. 101-132 e 146-154.

¹⁵ Sobre os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição angolana de 2010, ver Carlos Feijó (com a colaboração de Kiluange Tiny e de Rute Martins San-

As atuações do Presidente da República no domínio internacional devem ser levadas cabo tendo em consideração a subordinação dos compromissos internacionais à Constituição, na medida em que o n.º 3 do artigo 6.º CRA prevê expressamente que os tratados “só são válidos se forem conformes à Constituição”.

O artigo 12.º CRA, dedicado às relações internacionais, apresenta um conjunto de princípios que devem guiar as relações externas do Estado angolano, nomeadamente: o “respeito pela soberania e independência nacional”; a “igualdade entre os Estados”; o “direito dos povos à autodeterminação e à independência”; a “solução pacífica dos conflitos”; o “respeito dos direitos humanos”; a “não ingerência dos assuntos internos de outros Estados”; a “reciprocidade das vantagens”; e o “repúdio e combate ao terrorismo, narcotráfico, racismo, corrupção e tráfico de seres e órgãos humanos”. As orientações constitucionais relativas à política externa foram reforçadas nos domínios da defesa e da segurança nacional por referência à sua execução em cumprimento dos tratados internacionais que tiverem sido concluídos nessa matéria (n.º 1 do artigo 11.º CRA, artigo 203.º CRA, n.º 1 do artigo 207.º CRA, e n.º 1 do artigo 211.º CRA)¹⁶.

2.3. Cabo Verde

A Constituição de Cabo Verde consagra uma parte específica do seu texto às relações internacionais e ao direito internacional: o Título II da Parte I, com quatro artigos. Trata-se de disposições muito detalhadas em relação à incorporação das fontes de Direito de Internacional na ordem jurídica de Cabo Verde e à relação hierárquica destas relativa-

tos), “Os fundamentos da Constituição Angolana: Princípios e Direitos Fundamentais”, in Carlos Maria Feijó (coordenação), *Constituição da República de Angola: Enquadramento Dogmático — A nossa visão*, Volume III, Almedina, 2015, pp. 70-87, que atribui ao Direito Internacional no domínio dos direitos fundamentais uma posição hierárquica “para-constitucional” (p. 77).

¹⁶ Sobre as normas constitucionais relativas às fontes de Direito Internacional na Constituição angolana de 2010, ver Maria João Carapêto, “Direito Internacional Público na Ordem Jurídica de Angola”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenadores), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, 2018, pp. 25-31.

mente às fontes de direito internas.

Os números 1 e 2 do artigo 12 CRVC tratam da matéria da incorporação do direito costumeiro e dos compromissos internacionais de acordo com o modelo português. O nº 3 do mesmo artigo, por seu turno, é particularmente inovador. A Constituição de Cabo Verde pode ser mesmo apresentada como um exemplo singular de texto constitucional africano preocupado com as consequências da participação em organizações de integração regional e em devidamente considerar e regular os efeitos na ordem jurídica interna dos atos das organizações supranacionais em que o Estado possa participar¹⁷. Deve ser sublinhado que se trata de um texto excepcional nesta matéria, mesmo fora do espaço geográfico africano¹⁸. O nº 3 do artigo 12 da Constituição de Cabo Verde prevê que “[o]s atos jurídicos emanados dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram diretamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respetivas convenções constitutivas”. A compreensão do conteúdo desta disposição só é possível se se tiver em consideração a influência do constitucionalismo português no constitucionalismo de Cabo Verde, nomeadamente da Constituição Portuguesa de 1976, em razão da participação portuguesa na integração regional europeia. A redação desta disposição foi inspirada pela ordem jurídica da União Europeia, tendo relevância em Cabo Verde em razão da sua participação na CEDEAO (Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental).

A Constituição de Cabo Verde trata da questão da colocação hierárquica do Direito Internacional na sua ordem jurídica de uma forma explícita ao estabelecer que as “normas e os princípios do Direito Internacional geral ou comum e do Direito Internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos

¹⁷ Sobre os efeitos da participação em organizações internacionais supranacionais, a partir de uma perspetiva portuguesa, ver Duarte, *Direito Internacional...*, pp. 336-351.

¹⁸ O carácter excepcional da disposição é demonstrado pelas perguntas feitas por Maluwa, *International Law...*, p. 40, em especial quando se questionava sobre o sentido da expressão “supranational organizations”, não obstante estar a usar uma tradução para língua inglesa do nº 3 do artigo que não é adequada à sua efetiva compreensão (dado que a tradução inglesa usada pelo Autor refere “judicial acts emanating from competent offices of supranational organizations”).

os atos legislativos e normativos internos de valor infra-constitucional”. Apesar de a posição assumida em relação ao costume internacional, e da não referência às normas de *jus cogens*, ser passível de crítica, deve ser posta em destaque a consagração da superioridade do direito internacional convencional em relação às fontes de direito interno em razão da clareza com que é afirmada.

Em conformidade com o artigo 125 CRVC, o Presidente da República representa a República de Cabo Verde interna e externamente (nº 1) e deve vigiar e garantir o cumprimento dos tratados internacionais em vigor na ordem jurídica de Cabo Verde (nº 2).

O artigo 11 CRCV, dedicado às relações internacionais, prevê que Cabo Verde deve atuar externamente em conformidade com os “princípios da independência nacional, do respeito pelo Direito Internacional e pelos direitos humanos, da igualdade soberana entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos e da coexistência pacífica”¹⁹.

2.4. Guiné-Bissau

A Constituição da Guiné-Bissau de 1993 ignora por completo a forma como deve ser feita a incorporação do Direito Internacional na ordem jurídica interna. Da mesma forma que o texto constitucional é em absoluto silencioso sobre a forma como as fontes de Direito Internacional podem (ou devem) produzir efeitos na sua ordem jurídica interna²⁰ ou qual seja a hierarquia das fontes de Direito Internacional em relação às outras fontes de direito. Em conformidade, em termos gerais,

¹⁹ Sobre as normas constitucionais relativas às fontes de Direito Internacional na Constituição cabo Verdiana de 1992, ver José Pina Delgado, “Direito Internacional Público no Direito Cabo-Verdiano”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenadores), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, 2018, pp. 81-122.

²⁰ Importa salientar que o Supremo Tribunal de Justiça da Guiné-Bissau no Acórdão 21/2005, de outubro de 2005, relativamente à aplicação da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas de 1961 e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, lida com esta matéria sem clarificar os termos exatos em que os tratados internacionais produzem efeitos no âmbito da ordem jurídica da Guiné-Bissau.

não existem normas sobre os efeitos do direito internacional costumeiro, dos compromissos internacionais, ou dos atos das organizações internacionais intergovernamentais e, em termos específicos, dos atos das organizações regionais de integração económica, política e jurídica, em razão da participação da Guiné-Bissau na CEDEAO (Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental), na UEMOA (União Económica e Monetária do Oeste Africano) e na OHADA (Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios).

A questão é particularmente relevante em relação à participação da Guiné-Bissau na CEDEAO, na UEMOA²¹ e na OHADA²² tendo em consideração que a ordem jurídica destas organizações internacionais está baseada nos princípios do primado e da aplicabilidade direta de algumas das normas emitidas por estas entidades de integração regional. Um correto entendimento das especificidades do direito de integração regional produzido por estas entidades não pode ser reduzido a um enquadramento de direito constitucional, não obstante o facto de o poder político e a ordem jurídica da Guiné-Bissau terem no texto constitucional o fundamento jurídico para adoção de compromissos internacionais pelo Estado²³.

²¹ Sobre a relação entre “liberdade de circulação de pessoas no território dos Estados membros da UEMOA e a garantia constitucional relativa à expulsão de estrangeiros”, ver o Acórdão 5/2007, de 13 de março de 2007, do Supremo Tribunal de Justiça da Guiné-Bissau, em conformidade com o qual a expulsão de estrangeiros só pode ter lugar após a realização de “um julgamento justo” no âmbito da sua estrutura judicial interna.

²² Sobre a aplicação do direito da OHADA na ordem jurídica da Guiné-Bissau ver os Acórdãos 28/2007, de 14 de agosto de 2007, e 9/2008, de 18 de março de 2008. No primeiro destes julgamentos, o Supremo Tribunal de Justiça da Guiné-Bissau afirma a superioridade do direito da OHADA em relação ao direito interno, tendo em consideração o seu carácter “supranacional”.

²³ Sobre as normas constitucionais relativas às fontes de Direito Internacional na Constituição da Guiné-Bissau de 1993, ver Filipe Falcão Oliveira, “A aplicação do Direito Internacional Público na Guiné-Bissau”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenadores), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, 2018, pp. 177-181.

2.5. Moçambique

A Constituição de Moçambique de 2004 prevê no nº 1 do artigo 18 CRM que “[o]s tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique”, sem que seja feita qualquer referência expressa à incorporação de outras fontes de Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana. Paralelamente, o nº 2 do artigo antes citado estipula que “[a]s normas de Direito Internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os atos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respetiva forma de receção”.

Uma forma de tentar ultrapassar esta aproximação inadequada à matéria poderá ser pela interpretação do nº 2 do artigo 18 CRM em conformidade com o Direito Internacional de forma a entender que, na elaboração do texto constitucional, a expressão “normas de Direito Internacional”, em contraponto a “tratados e acordos internacionais”, visa abranger, em termos gerais, todas as fontes de Direito Internacional. Desta forma será possível a República de Moçambique reconhecer a incorporação na sua ordem jurídica de todas as “normas de Direito Internacional” que podem ser encontradas no Direito Internacional, incluindo o costume internacional, os tratados e os acordos internacionais, e ainda os atos produzidos por organizações internacionais de que o Estado seja membro (e cujos efeitos jurídicos específicos devem ser apreciados em conformidade com os respetivos tratados constitutivos).

A Constituição de Moçambique de 2004 enquadra o problema do posicionamento hierárquico do Direito Internacional na ordem jurídica interna em termos particularmente restritivos. Essa é uma consequência do nº 4 do artigo 2 CRM, ao determinar em termos gerais em que as “normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”. É uma opção constitucional surpreendente caso queira subordinar todas as fontes de Direito Internacional passíveis de produzir efeitos internamente ao texto da Constituição. Com efeito, isso seria incompatível com as características do Direito Internacional

contemporâneo, na medida em que não tem em devida consideração a multiplicidade de matérias jurídico-internacionais em relação às quais o Estado está subordinado independentemente de uma manifestação de vontade concordante, como sucede com as normas de *jus cogens*, o direito costumeiro geral, e algumas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Tendo em consideração uma abordagem não estritamente internacionalista, é uma posição inconsistente com o artigo 43 CRM na medida em que esta disposição constitucional determina que os “preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”. Parece ser ainda inadequada à inserção da República de Moçambique na comunidade internacional, tendo em consideração que pode ser entendida como estando em completa contradição com a generosa e aberta enunciação de princípios e orientações de política externa que pode ser encontrada nos artigos 17 a 19 e 22 CRM. Neste sentido, pode ser entendido que contradiz a afirmação de que a “República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e a Carta da União Africana” (nº 2 do artigo 17 CRM).

A opção de subordinar as fontes de Direito Internacional ao texto constitucional não é acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo de constitucionalidade ou de legalidade. O artigo 213 CRM prevê que “[n]os feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”, sem que seja feita qualquer referência ao “Direito Internacional” ao a fontes individualizadas de Direito Internacional. Em termos consonantes, o artigo 244 CRM limita a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da “inconstitucionalidade das leis” e à “ilegalidade dos atos normativos dos órgãos do Estado”. Não está identicamente previsto um controlo preventivo da constitucionalidade²⁴, na medida em que nº 1 do artigo 245 CRM limita a sua aplicação aos atos de direito interno.

²⁴ Sobre esta questão, tendo em consideração as constituições dos Estados africanos francófonos, Kombi, “Les dispositions relatives aux conventions...”, p. 257, afirma que “le mécanisme du contrôle préalable de la constitutionnalité des traités a pour conséquence l’élimination préventive de tout risque de conflit entre une convention internationale et la loi fondamentale”, ao que acrescenta que “[d]ans la quasi tota-

A Constituição de Moçambique de 2004 é particularmente prolixa na enunciação de princípios e de orientações no âmbito das relações internacionais. No capítulo II do Título I (Princípios fundamentais), dedicado à “Política externa e Direito Internacional”, podem ser encontradas cinco disposições sobre essa matéria: o artigo 17 CRM (Relações Internacionais); o artigo 19 CRM (Solidariedade internacional); o artigo 20 CRM (Apoio à liberdade dos povos e asilo); o artigo 21 CRM (Laços especiais de amizade e cooperação); e o artigo 22 CRM (Política de paz)²⁵.

2.6. São Tomé e Príncipe

O artigo 13 da Constituição de São Tomé e Príncipe de 1990 regula a receção das mais importantes fontes de Direito Internacional na ordem jurídica são-tomense. As “normas e os princípios do Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito são-tomense” e produzem efeitos automaticamente na ordem jurídica de São Tomé e Príncipe, sem qualquer mecanismo específico de incorporação, como fontes de Direito Internacional, ou sem a necessidade de ser emitido qualquer ato interno que o permita ou regule. Por seu turno, as normas das convenções internacionais, referidos como tratados e acordos internacionais produzem efeitos na ordem jurídica de São Tomé e Príncipe após a conclusão do seu procedimento de vinculação internacional.

No que respeita à hierarquia das fontes de Direito Internacional na ordem jurídica de São Tomé e Príncipe, as convenções, os tratados e os acordos internacionais são postos numa posição intermédia entre a constituição e os atos legislativos. Em conformidade, o n.º 3 do artigo 13 CRSTP prevê que os compromissos internacionais “têm prevalência (...) sobre todos os atos legislativos e normativos internos de valor infra-

lité des Etats étudiés est prévue la possibilité d’une révision incidente de la constitution, en cas de contrariété de son contenu avec un traité ou un accord”.

²⁵ Sobre as normas constitucionais relativas às fontes de Direito Internacional na Constituição angolana de 2010, ver Francisco Pereira Coutinho, “O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenadores), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, 2018, pp. 229-240.

constitucional”, após a preenchimento de duas condições: i) a sua aprovação e ratificação pelos órgãos internos competentes, em conformidade com as regras de direito interno aplicáveis; e ii) a entrada em vigor interna e internacionalmente. O nº 2 do artigo 144 CRSTP parece introduzir uma exceção para a produção de efeitos de compromissos internacionais quando tenham existido irregularidades na conclusão do procedimento interno e desde que haja aplicação pela outra parte. O seu âmbito de aplicação será, contudo, muito limitado, dado que são muito difíceis de conceber situações de inconstitucionalidade formal e orgânica de tratados internacionais regularmente ratificados onde, simultaneamente, não tenha havido a violação de uma “disposição fundamental”.

A Constituição de São Tomé e Príncipe contém um conjunto de diretivas de atuação no âmbito das relações internacionais no artigo 12 CRSTP ao prever que o Estado deve contribuir para: a “salvaguarda da paz universal”; o “estabelecimento de relações de igualdade de direitos e respeito mútuo da soberania entre todos os Estados”; e o “progresso social da Humanidade”. As atividades que sejam prosseguidas pelo Estado de São Tomé e Príncipe nessas áreas devem ter na sua base os “princípios do Direito Internacional e da coexistência pacífica” (nº 1 do artigo 12 CRSTP).

No âmbito do enquadramento da cooperação internacional, o nº 3 do artigo 12 CRSTP prevê que São Tomé e Príncipe deve manter laços especiais com os países de língua oficial portuguesa e com os países de acolhimento de emigrantes são-tomenses e, ainda, promover e desenvolver laços privilegiados com os Estados da região²⁶.

²⁶ Sobre as normas constitucionais relativas às fontes de Direito Internacional na Constituição de São Tomé e Príncipe, ver Jonas Gentil, “O Direito Internacional Público e a Ordem Jurídica São-Tomense”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenadores), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, CEDIS, 2018, pp. 313-322.

3. O procedimento de vinculação internacional nas constituições dos Estados africanos lusófonos

3.1. Nota introdutória

O tratamento dado ao procedimento de vinculação internacional nas constituições dos Estados africanos lusófonos foi influenciado pela Constituição Portuguesa de 1976, em linha com o que foi anteriormente exposto em relação à incorporação do Direito Internacional nas ordens jurídicas dos Estados. Relativamente às diversas fases de conclusão dos compromissos internacionais, foi dada muita atenção à previsão dos órgãos constitucionais aos quais é atribuída competência interna para a aprovação das vinculações internacionais, com particular destaque para as matérias relacionadas com a competência legislativa exclusiva conferida aos parlamentos. Em contraponto, a fase inicial da negociação e da assinatura dos compromissos internacionais não é normalmente objeto de uma regulamentação suficiente ou adequada.

Existem três questões que merecem especial atenção neste domínio. Em primeiro lugar, é feita expressa menção ao requerimento da publicação interna dos tratados e acordos internacionais nas constituições de Cabo Verde e de Moçambique. Em segundo lugar, existem disposições relativas ao controlo da constitucionalidade, com destaque para a fiscalização preventiva da constitucionalidade, nos textos constitucionais de Angola, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe. E, em terceiro lugar, é feita uma referência expressa nas constituições de Angola e de Moçambique aos órgãos constitucionais que têm competência para aprovar a denúncia pelo Estado de compromissos internacionais anteriormente assumidos.

3.2. Angola

A Constituição Angolana de 2010 não faz qualquer referência à competência para a negociação de compromissos internacionais. No exercício de competência no âmbito das relações internacionais, ao Presidente da República foi atribuído o poder para “[a]ssinar e ratificar, consoante os casos, depois de aprovados, os tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais” (alínea c) do artigo 121 CRA). Apesar de não ser fornecida uma definição de “outros instrumentos internacionais, é possível entender que se trata de compromissos internacionais em forma simplificada, desde que tenham carácter vinculativo e não constituam documentos de *soft law* (com destaque para os *memoranda of understanding* ou MOUs²⁷)²⁸.

A competência para a aprovação interna de compromissos internacionais foi dividida entre o Presidente da República e a Assembleia Nacional. A Assembleia Nacional pode, em conformidade com a alínea k) do artigo 161 CRA²⁹, aprovar qualquer tipo de vinculação internacional, tendo poderes exclusivos em relação às matérias em relação às quais tem reserva absoluta de competência legislativa (artigo 164º CRA), e aos tratados “de participação de Angola em organizações internacionais, de retificação de fronteiras, de amizade, de cooperação, de defesa e respeitantes a assuntos militares”. O Presidente da República é responsável pela aprovação dos acordos internacionais que não estão dentro da competência da Assembleia Nacional, o que pode suceder depois de terem sido devidamente apreciados pelo Conselho de Ministros (alínea f) do nº 4 do artigo 134 CRA).

²⁷ Sobre natureza vinculativa dos MOUs, ver Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 28-54.

²⁸ Como pode ser confirmado pelo nº 1 do artigo 6 da Lei nº 4/11, de 14 de Janeiro de 2011 (*Lei sobre Tratados Internacionais*).

²⁹ O artigo 4 da Lei nº 4/11 de 14 de Janeiro de 2011 adita algumas outras matérias para além das previstas na disposição constitucional, tais como aquelas que estão cobertas pela reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia Nacional, e os compromissos internacionais que podem implicar a revisão de legislação interna.

A Constituição de Angola de 2010 prevê que os “tratados internacionais, convenções e acordos internacionais” podem ser sujeitos a fiscalização da constitucionalidade, em conformidade com a alínea b) do artigo 227 CRA, com a previsão de mecanismos de fiscalização preventiva da constitucionalidade e de fiscalização sucessiva abstrata. O Presidente da República pode submeter ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas de compromissos internacionais (alínea c) do artigo 119 CRA e nº 1 do artigo 228 CRA). A declaração de inconstitucionalidade ao abrigo da fiscalização sucessiva abstrata pode ser requerida ao Tribunal Constitucional pelas seguintes entidades: Presidente da República; um décimo dos Deputados à Assembleia da República em efetividade de funções; os Grupos Parlamentares; o Procurador-Geral da República; o Provedor de Justiça; e a Ordem dos Advogados de Angola (alíneas a) a f) do artigo 230 CRA). As decisões de inconstitucionalidade resultantes de pedidos de fiscalização preventiva da constitucionalidade impedem Angola de participar no compromisso internacional em apreciação, exceto quando haja a possibilidade de renegociação dos mesmos ou da aposição de reservas (não obstante o nº 3 do artigo 229 CRA ter sido redigido com base em atos de direito interno).

À Assembleia Nacional foi conferida competência exclusiva para “[a]provar a desvinculação de tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais”, em conformidade com alínea l) do artigo 161 CRA.

3.3. Cabo Verde

A Constituição de Cabo Verde de 1992 é muito rigorosa na forma como distribui as competências entre o Governo, a Assembleia Nacional e o Presidente da República no âmbito do procedimento de vinculação internacional.

Ao Governo é atribuída competência para “negociar e ajustar convenções internacionais”, em conformidade com a alínea i) do nº 1 do artigo 203 CRCV. A competência para a aprovação interna dos compromissos internacionais está dividida entre a Assembleia Nacional e o

Governo. A Assembleia Nacional, de acordo com as alíneas a) e b) do artigo 179 CRCV, é competente para a aprovação interna de três categorias de tratados e acordos internacionais: i) aqueles que envolvem “a participação de Cabo Verde em organizações internacionais (...), de amizade, de paz, de defesa, de estabelecimento ou retificação de fronteiras e os respeitantes a assuntos militares”; ii) os tratados e acordos internacionais relativos a “matérias da sua competência reservada”; e iii) os compromissos internacionais que o “Governo entenda submeter à sua apreciação”. Em contraponto, o Governo é competente em relação aos tratados e aos acordos internacionais “cuja aprovação não seja da competência da Assembleia Nacional nem a esta tenha sido submetida” (alínea j) do n.º 1 do artigo 203 CRCV, alínea d) do n.º 2 do artigo 204 CRCV, alínea e) do artigo 206 CRCV, e alínea a) do n.º 2 do artigo 261 CRCV). Ao Presidente da República é conferido o poder para ratificar tratados (alínea b) do artigo 136 CRCV, com a menção incorreta à ratificação de “acordos internacionais”) e para requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade de tratados (n.º 1 do artigo 135 CRCV).

A publicação obrigatória de todos os compromissos internacionais e de todos os atos internos de ratificação e de adesão no jornal oficial da República de Cabo Verde, “sob pena de ineficácia jurídica”, está prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 269 CRCV, em conformidade com o estipulado no n.º 2 do artigo 12 CRCV.

A Constituição de Cabo Verde de 1992 prevê um sistema muito complexo de fiscalização da constitucionalidade, influenciado pela Constituição Portuguesa de 1976, ao distinguir entre: i) fiscalização preventiva da constitucionalidade (artigo 278 CRCV); ii) fiscalização abstrata da constitucionalidade (artigo 280 CRCV); e iii) fiscalização concreta da constitucionalidade (artigo 281 CRCV). Uma norma de um tratado ou de um acordo internacional será inconstitucional quando viola as disposições da Constituição ou os seus princípios, mas a inconstitucionalidade orgânica ou formal relativa ao procedimento de aprovação interna “não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica cabo-verdiana” caso estes sejam “confirmados pelo Governo e aprovados pela Assembleia Nacional por maioria de dois terços dos deputados presentes”, em conformidade com o n.º 2 do artigo 277 CRCV.

A fiscalização preventiva da constitucionalidade incide sobre normas de acordos internacionais ou tratados. A fiscalização preventiva da

constitucionalidade deve ser requerida pelo Presidente da República no prazo de oito dias da receção do documento para ratificação (alínea a) do n.º 1 e alínea a) do n.º 3 do artigo 278 CRCV). Ao Tribunal Constitucional são normalmente concedidos vinte dias para a apreciação do pedido, mas este prazo pode ser encurtado por motivo de urgência (n.º 5 do artigo 279 CRCV). Quando o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, no âmbito de um pedido de fiscalização preventiva, o Presidente é obrigado a devolver o compromisso internacional ao órgão que o tiver aprovado sem possibilidade de o ratificar. Tendo em consideração a participação de outros sujeitos de Direito Internacional, a ratificação apenas poderá ter lugar quando o acordo internacional ou o tratado volte a ser aprovado pela Assembleia Nacional, após audição do Governo, por uma maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções. A confirmação da aprovação pela Assembleia Nacional não preclui a possibilidade de ser feito um pedido de fiscalização abstrata da constitucionalidade de uma norma que tenha sido anteriormente considerada inconstitucional ao abrigo de um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Os tribunais que integram a organização judicial de Cabo Verde podem recusar a aplicação de normas de um tratado ou de um acordo internacional com fundamento em inconstitucionalidade. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, de qualquer decisão de recusa de aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, em conformidade com os artigos 281 e 282 CRCV.

3.4. Guiné-Bissau

A Constituição da Guiné-Bissau de 1993 não regula adequadamente o procedimento de vinculação internacional, nem prevê com clareza a distribuição de poderes entre os diversos órgãos de soberania em matéria da condução da política interna e da assunção de compromissos internacionais. Tendo em consideração o articulado constitucional é possível concluir que: i) a negociação é uma responsabilidade do Governo, em resultado da conjugação da alínea f) do n.º 1 do artigo 100 CRGB,

com o nº 2 do artigo 96 CRGB (“conduz a política geral do governo”) e o nº 3 do artigo 97 CRGB (“[c]ompete ainda ao Primeiro Ministro (...) informar o Presidente da República acerca dos assuntos respeitantes à condução da política interna e externa do País”); ii) a assinatura de compromissos internacionais deve ser considerada identicamente como uma competência do Governo tendo em consideração a utilização do termo “concluir” na alínea f) do nº 1 do artigo 100 CRGB; e iii) a confirmação interna da consentimento do Estado a estar vinculado por um compromisso internacional é uma competência do Presidente da República, em conformidade com a alínea e) do artigo 68 CRGB.

A prática que pode ser observada neste domínio demonstra, no entanto, que a interpretação proposta das disposições constitucionais nem sempre é seguida. Com efeito, em certas ocasiões, as atuações neste domínio têm sido objeto de disputa entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro em relação ao órgão ou órgãos constitucionalmente competentes para conduzir a política internacional e a assunção de compromissos internacionais.

Em termos estritamente jurídicos, existem identicamente dificuldades relativamente à distribuição da competência para a aprovação interna dos compromissos internacionais. O poder de aprovação da Assembleia Nacional Popular, nos termos da alínea h) do nº 1 do artigo 85 CRGB, parece estar confinada exclusivamente aos tratados que envolvem a participação da Guiné-Bissau em organizações internacionais, a tratados de paz, de defesa, de retificação de fronteiras e, ainda, a outros compromissos internacionais que o Governo lhe entenda submeter. Daqui resulta que os restantes tratados e os acordos internacionais parecem integrar a competência de aprovação do Governo, numa violação da lógica da reserva de poderes legislativos que foram conferidos à Assembleia Nacional Popular, em conformidade com os artigos 86 e 87 CRGB.

3.5. Moçambique

Em Moçambique, sendo o Presidente da República o Chefe de Estado, em conformidade com o nº 3 do artigo 144 CRM, a negociação dos compromissos internacionais está dividida entre o Presidente da Re-

pública e o Governo. O Governo, através do Conselho de Ministros, tem a responsabilidade de “preparar a celebração de tratados e celebrar (...) acordos internacionais, em matérias da sua competência governativa” (alínea g) do nº 1 do artigo 203 CRM). O Presidente da República é responsável por “celebrar tratados” no domínio da defesa e da ordem pública (alínea b) do artigo 160 CRM), e por “celebrar tratados internacionais” no domínio das relações internacionais (alínea b) do artigo 161 CRM). Os Artigos 160 CRM, 161 CRM e 203 CRM estabelecem que o Presidente da República e o Governo têm competência para a assinatura de todos os tratados e acordos internacionais.

A Assembleia da República tem competência para “aprovar (...) tratados que versem sobre matérias da sua competência” (alínea e) do nº 2 do artigo 178 CRM). O Governo poderá aprovar acordos internacionais sobre todas as outras matérias, referenciadas como “matérias da sua competência governativa”, em conformidade com o artigo 203 CRM. A possibilidade de a aprovação de tratados incluídos no âmbito da competência da Assembleia da República, com a exceção dos relativos “à paz e à retificação de fronteiras”, serem objeto de um referendo prévio está prevista no nº 4 do artigo 136 CRM.

A competência para denunciar compromissos internacionais está expressamente partilhada entre a Assembleia da República e o Governo em termos particularmente claros. Ao abrigo da alínea e) do nº 1 do artigo 178 CRM, está previsto que é da responsabilidade da Assembleia da República “denunciar os tratados que versem sobre matérias da sua competência”, sendo que incumbe ao Governo “denunciar acordos internacionais, em matérias da sua competência governativa” (alínea g) do nº 1 do artigo 203 CRM).

Os textos dos compromissos internacionais e dos atos internos que sejam aprovados para a confirmação interna do consentimento da República de Moçambique a estar internacionalmente vinculada devem ser objeto de publicação no jornal oficial (nº 2 do artigo 18 CRM e alínea f) do nº 1 do artigo 143 CRM).

3.6. São Tomé e Príncipe

A competência para a negociação de compromissos internacionais em São Tomé e Príncipe está distribuída entre Governo e o Presidente da República, sem que haja uma distinção clara entre acordos em forma simplificada e tratados solenes. A competência do Presidente da República para atuar em concertação com o Governo é circunscrita à conclusão de “acordos internacionais na área da defesa e da segurança” (alínea e) do artigo 82 CRSTP). O poder para a assinatura de compromissos internacionais não está expressamente atribuído, mas deve ser entendido como pertencendo ao Governo, em razão da alínea e) do artigo 111 CRSTP, na medida em que está previsto que compete a este órgão de soberania “concluir acordos e convenções internacionais”. A confirmação da manifestação interna do consentimento do Estado a estar vinculado por tratados internacionais, a ter lugar através de ratificação³⁰, é uma competência do Presidente da República, nos termos da alínea e) do artigo 82 CRSTP.

Podem ser distinguidos dois grupos em relação à aprovação interna de compromissos internacionais. Um primeiro grupo de competência exclusiva da Assembleia Nacional, em conformidade com a alínea j) do artigo 97 CRSTP, que inclui, por um lado, os tratados relativos a matéria de lei que tenha incluída na competência legislativa exclusiva deste órgão de soberania, nos termos do artigo 98 CRSTP, e, por outro lado, os “tratados que envolvam a participação de São Tomé e Príncipe em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz e de defesa”. E, um segundo grupo, de competência concorrente de aprovação da Assembleia Nacional e do Governo que inclui por exclusão todos os outros compromissos internacionais que podem vir a ser assumidos pelo Es-

³⁰ Apesar de o Direito Internacional não prever a ratificação de acordos internacionais, o n.º 1 do artigo 145 prevê que o Presidente pode requerer “a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de acordo ou tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação”. Esta redação não é compatível com a previsão da alínea b) do artigo 82 que atribui competência ao Presidente da República no domínio das relações internacionais para “ratificar os tratados internacionais depois de devidamente aprovados”.

tado. A menção no texto constitucional a tratados internacionais deve ser entendida como abrangendo tratados solenes e acordos em forma simplificada, tendo em consideração a autonomização destas duas categorias no n.º 1 do artigo 145 CRSTP, relativamente a possibilidade de ser solicitada a fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas de compromissos internacionais.

4. Breves considerações conclusivas

Nas constituições dos Estados africanos lusófonos, com exceção da Guiné-Bissau, é possível encontrar disposições especificamente dedicadas à incorporação do Direito Internacional nas suas ordens jurídicas, com particular ênfase para a produção dos efeitos jurídicos dos tratados. Relativamente às diversas fases do procedimento de conclusão de tratados, é dada uma grande importância à expressa previsão dos órgãos constitucionais que têm competência interna para a aprovação de compromissos internacionais, com destaque para as matérias relacionadas com a competência legislativa exclusiva dos órgãos parlamentares. Em contraponto, a fase inicial da negociação e da assinatura dos compromissos internacionais não é normalmente objeto de uma regulamentação significativa e adequada.

A expressão “direito internacional geral ou comum”, inspirada pelo artigo 8 da Constituição Portuguesa de 1976, pretende incorporar o direito internacional costumeiro, mas não visa abranger as normas de *jus cogens*. Em Cabo Verde e em Moçambique, a questão da posição hierárquica das fontes de Direito Internacional em relação às fontes internas de direito, com destaque para a Constituição, é expressamente regulada. Existem disposições dedicadas a um controlo de constitucionalidade, com destaque para a fiscalização preventiva da constitucionalidade, nas constituições de Angola, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe.

Os textos constitucionais da África lusófona foram fortemente influenciados pela Constituição Portuguesa de 1976 relativamente à linguagem usada na sua redação. A influência da constituição Portuguesa nos textos das constituições dos Estados de língua oficial portuguesa torna-se particularmente evidente quando é feita uma comparação com as constituições africanas inseridas na tradição francófona ou estrutura-

das de acordo com o sistema da *common law*. Tendo em consideração as matérias relacionadas com o Direito Internacional, é possível ver como a redação usada nos números 1 e 2 do artigo 8 da Constituição portuguesa é a fonte dos números 1 e 2 do artigo 13 da Constituição de São Tomé e Príncipe, dos números 1 e 2 do artigo 12 da Constituição de Cabo Verde, do n.º 2 do artigo 18 da Constituição de Moçambique, e dos números 1 e 2 do artigo 13 da Constituição de Angola. Apesar de o artigo 8 da Constituição Portuguesa de 1976 ter sido usado como modelo para a redação dos artigos relativos às fontes de Direito Internacional, deve ser posto em destaque que a aplicação substancial dessas fontes de direito pode variar em conformidade com uma perspetiva distinta da forma como o Direito Internacional modela (ou deve modelar) as decisões de natureza política no âmbito externo.

ABORDAGEM CRÍTICA E PERFUNCTÓRIA DO DIREITO NA ACTUALIDADE.

CRISE DO SISTEMA OU MÁ APLICAÇÃO SISTÉMICA DO DIREITO

GASPAR DA COSTA SOBRAL ¹

Introdução

Antes de entrar propriamente no tema, não resisto em citar as palavras, ou melhor *algumas máximas* de alguém que considero como um dos maiores advogados, no verdadeiro sentido da palavra, homem de direito, que estudou direito em Londres, que através de exemplos deixou-nos como legado para toda a humanidade, a defesa da *justiça e da não violência*, durante toda a sua vida, submetendo-se ele próprio e os seus discípulos à violência cruel permitida pelas autoridades da África do Sul sem reagirem contra a violência policial daquele país, no tempo em que vigorou o *regime do apartheid* na África do Sul. Estou a referir a Mahatma, ou tam-

¹ Todo o percurso académico superior foi feito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC): Licenciatura, pós-graduação em Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente pelo CEDOUA (Centro de Estudos do Desenvolvimento, Ordenamento, Urbanismo e Ambiente); Mestrado em Direito Público e actualmente Doutorando nesta área na FDUC. Exerce a docência na FDUNTL — Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e nas cadeiras de direito processual penal, direito administrativo e filosofia do direito.

bém conhecido como Mohandas Gandhi.² Dizia ele:

“O AMOR e a VERDADE estão tão unidos, que é praticamente impossível separá-los...”

“O AMOR é a força mais abstracta, e também a mais potente, que há no mundo”

“A arte da vida consiste em fazer da vida uma obra de arte”

“Uma civilização é julgada pelo tratamento que dispensa às minorias”³

Era um grande Homem; um grande advogado. Um grande Homem de direito, um grande jurista, fora do banalismo habitual em que tantas vezes se qualificam personalidades. Volvidos 71 anos depois da sua morte, os seus exemplos, verdadeira dimensão da sua grandeza, traduziram-se na influência que exerceu sobre várias gerações e organizações de defesa dos direitos humanos e justiça. Inspirados nos seus ensinamentos, desenvolveram lutas de índole diversa na área dos direitos humanos, nomeadamente contra o racismo. Duas grandes personalidades da história das últimas décadas, do século passado, Martin Luther King e Nelson Mandela também se inspiraram nos ensinamentos de Mahatma Gandhi, quando em vida desenvolveram lutas pela defesa da *dignidade humana*.

Duas frases pronunciadas por estas duas últimas personalidades do século passado, marcaram a vida de todos os sonhadores, aqueles que ainda pensam que os valores da *Liberdade* e da *Dignidade Humana* constituem o *fundamento* de uma luta que ainda está na ordem do dia. E para esta luta, as faculdades de direito, os homens de direito, não devem ficar de fora, ou apenas como espectadores.

A pobreza, as desigualdades e a corrupção convivem no nosso dia a dia com a opulência obscena de uma percentagem ínfima de poucas dezenas de indivíduos que se tornaram, de forma muito transparente, os

² Mohandas Karamchand Gandhi, nasceu na Índia no dia 2 de Outubro de 1869 e morreu assassinado em Nova Deli, em 30 de Janeiro de 1948, com 79 anos de idade. Para mais pormenores, consultar o site: https://www.google.com/search?q=Biografia+de+Gandhi&rlz=1C1CHBD_pt-PTPT810PT810&oq=Biografia+de+Gandhi&aqs=chrome..69i57.10027j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8

³ GANDHI, Mahatma, *citações organizadas em fichas*, Escola Secundária Martinho Árias, Biblioteca Escolar, Soure, Portugal, s.d.

donos do planeta.⁴

Dizia Martin Luther King em 28 de Agosto de 1963:

“I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the color of their skin, but by the content of their character. I have a dream today!”⁵

Luther King dizia que tinha um sonho, *de poder um dia ver os seus quatro filhos viver numa nação onde não serão julgados pela cor da pele mas pelo conteúdo do seu carácter*. A luta contra o racismo na década de 60 do século passado nos Estados Unidos da América, teve em Luther King o seu expoente máximo; aliado ao seu sonho, advogava a não violência como a melhor arma de luta contra o racismo, como Mahatma Gandhi tinha feito durante toda a sua vida. Na década de 60 do século passado, porventura, muitos nunca teriam imaginado, que em 2009, os Estados Unidos da América elegessem o seu primeiro Presidente Negro, Barack Hussein Obama, que presidiu os destinos dos Estados Unidos até 2017. Hoje, nos Estados Unidos da América, Luther King continua a inspirar brancos e negros na luta contra o racismo nos EUA.

As ideias não têm fronteiras. Felizmente. Através das redes sociais, podemos hoje, mais do que nunca, obter informações sem qualquer dificuldade, tendo apenas em atenção a fonte da informação, credível ou não. Porque, existe muito *lixo* na NET.

Nelson Mandela, homem de direito, jurista, advogado, defendeu numa fase da sua vida a violência contra o apartheid e levou grande parte da sua vida nessa luta até conseguir terminar com a *indignidade do apartheid*; mais tarde, também inspirado em Mohatma Gandhi, desenvolveu a luta pela igualdade de raças na África do Sul, contra a violência, contra o ódio entre raças humanas, como de resto, Gandhi, décadas antes tinha enfrentado o *apartheid* com coragem invulgar, na África do Sul.⁶

⁴ Apenas 80 pessoas no mundo detêm metade da riqueza mundial. Vide SOBRAL, Gaspar da Costa, *Abordagem Crítica da Justiça na Expropriação por Utilidade Pública*, tese de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Janeiro de 2017, Coimbra. Página 11

⁵ <https://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihavedream.htm>

⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=4eZ9eFjAhN8> — vídeo sobre a biografia de GANDHI, Mahatma e MANDELA, Nelson; mostram aspectos das suas lutas na África do Sul contra o apartheid; esta mancha negativa na vida da humanidade em que

A frase que ficou para a história da humanidade, um legado mais que diamantífero para todos os sonhadores, quando em tribunal, perante os juízes, proferiu em sua defesa, Nelson Mandela dizia:

*“O ideal de uma sociedade democrática e livre é um ideal para cuja concretização espero viver. Mas se for necessário é um ideal pelo qual estou disposto a morrer.”*⁷

Frases pronunciadas em contextos diferentes, de Luther King e Mandela, mas com um ponto comum, a luta contra formas diversas de discriminação, entre elas o racismo e a injustiça. Hoje é a *desigualdade social*, a *discriminação social* camuflada muitas vezes de regimes “jurídicos” especiais, em determinadas situações, que nada mais são do que *privilegios* que se abrem para determinados grupos especiais, principalmente em países com um sistema de formação académica na área jurídica ainda incipiente e instituições policiais e judiciárias pouco ou nada operativas. Com líderes que se consideram como os únicos lutadores por determinadas causas, com consciência ou sem ela, apoiando grupos de privilegiados, vão influenciando de forma negativa a vida de países, com pessoas colectivamente intimidadas de forma subtil, através dos seguidores e de uma “rede clandestina de informadores”⁸; nos países onde grassam o desemprego, a iliteracia, o medo, um sistema judiciário ineficaz e uma vida muito difícil dos seus cidadãos, é fácil aliciar com dinheiro ou emprego pessoas para defenderem líderes sequiosos de poder e mordomias; o mais grave é que, muitas vezes têm a cobertura dos países desenvolvidos que não denunciam de forma aberta e clara estas situações, com a argu-

Ghandi, mais tarde Nelson Mandela, dois homens de direito, lideraram porventura a maior luta de sempre contra a maior ofensa à dignidade humana, e acabaram por vencer.

⁷ Nelson Mandela proferiu estas palavras em Tribunal, como advogado dele próprio. Ver o site aqui indicado: https://www.ebiografia.com/quem_foi_nelson_mandela_momentos_marcantes_biografia/

⁸ Na gíria política, os informadores secretos, em português eram conhecidos no tempo da PIDE, por *bufos*; em Timor-Leste, as pessoas têm medo dos bufos, dos *MAU H'US em tétum*. Esta palavra pode ser traduzida para português como alguém que sopra, alguém que segreda a alguém alguma coisa. É uma realidade, e as ameaças veladas existem. Os líderes que são acusados, não fazem nenhuma pedagogia junto da população através dos media, o que de certa forma corrobora justificadamente as suspeitas. o medo de se exprimir livremente está instalado. Só vivendo no meio do povo é que se dá conta da situação.

mentação moribunda da soberania dos países. Diplomatas formatados nas universidades para, de forma engrenada como peça de uma máquina, alimentada pelos interesses económicos, *mecânicamente* seguirem o *politicamente correcto*, no mau sentido, porque, o politicamente correcto, conhecemos bem os resultados, e vemos todos os dias nos media as consequências:⁹ a política desastrosa mundial com países extremamente ricos e outros, extremamente pobres! Da relação desigual entre países que impõe a sua vontade aos outros que tudo fazem para os contrariar; do surgimento de grupos de privilegiados; do banditismo dos bancos; de políticos corruptos. Tudo isto *são factos; não são teoria*. O mundo de desigualdades nos países ricos; o mundo de países cuja população vive com pouco mais de 1 dólar diário,¹⁰ como é o caso de Timor-Leste; o mundo de pessoas como Cristiano Ronaldo e Messi, que ganham respectivamente mais de 90 e 100 mil dólares por dia, *porque se pensa que o mérito não tem limites*; as ideias liberais na sua pior tradução na realidade. Os seguidores ou apoiantes deste tipo de ideias consideram e colocam o *mérito* como algo a ser venerado, *qual bezerro de ouro*, perante o qual se curvam as mentes mais brilhantes das sociedades. O Direito já não regula, o direito está para as calendas, e se existe anda a reboque dos

⁹ As mentiras descaradas montadas com factos que mais tarde as investigações vieram demonstrar que eram vilmente manipulados, como o caso da *cegonha envolvida em crude de petróleo*, ou as *armas de destruição maciça*, ou o *super canhão*, acusações infundadas a Saddam Usseim, que levaram às duas guerras do Iraque.

¹⁰ Países designados pala terminologia das Nações Unidas como LDC's, ou seja, *Low Development Countries, Países menos desenvolvidos*. É infeliz este tipo de terminologia porque não permite ao povo em geral conhecer a realidade vivida das pessoas; no mundo existem pobres, muito pobres, muito pobres de tudo; ricos, muito ricos e obceantemente ricos. Independentemente de podermos conhecer ricos com consciência social ou não, estas realidades não devem ser escamoteadas com terminologias que escondem a realidade da pobreza. Existe a esperança depositada na agenda 2030 das NU, e esperemos que tenha sucesso. Pessoalmente não me parece que seja possível porque os *interesses económicos* das grandes potências mundiais das grandes multinacionais, dos bancos, parecem constituir obstáculos sérios, tendo em vista as crises sucessivas desde o século passado até aos nossos dias como: a crise de 1929, a *crise de Hong Kong*, a *crise ponto com* ou *dot com*, a crise de 2008; esta última em particular, cujos efeitos ainda se fazem sentir em vários países, nomeadamente Portugal.

interesses. Não resisto a transcrever o que disse Josserand:¹¹

“Nos nossos dias, nós tratamos com agrupamentos possantes, com empresas gigantes que elaboraram os textos das leis, e que, se os poderes públicos não interviessem para reprimir os seus apetites e o seu poder, fariam curvar diante da sua vontade uma clientela dispersa, composta de fracos indivíduos, isolados e sem defesa...”¹²

Existe uma estagnação *filosófico-jurídica*, numa larga população de juristas e advogados, encastrada e cristalizada numa amálgama de leis e princípios construídos ao longo de séculos, seguidos religiosamente pelos “fiéis”, sem a mínima preocupação em relação a resolução de cada caso concreto, questionar e reflectir sobre o verdadeiro sentido do direito que é a justiça. O *império da lei* capturou a sociedade, para gáudio dos poderosos, dos advogados em geral e sociedades de advogados, bem explicitado nas palavras de Josserand, como acabamos de ver.

Onde há harmonia, igualdade, compreensão, tolerância, convivência sã entre as pessoas, solidariedade, entreatajuda, tranquilidade, ordem imposta com justiça, consensos, Amor, como dizia Gandhi, de certeza que é terreno onde mora a Justiça. É mais fácil para qualquer um de nós apercebermo-nos da *injustiça* de forma intuitiva e com *reação instintiva*, do que a *justiça*. Porque o que é injusto toca a nossa sensibilidade, incomoda-nos, intranquiliza-nos e faz-nos sentir tristes e revoltados, perante o *facto ou acto injusto*.

O sistema jurídico actual é mais injusto do que justo! Está totalmente desajustado no quadro do desenvolvimento actual dos povos, com novas tecnologias que ajudaram eficazmente a mudar paradigmas, mas, em relação ao direito que é uma *ciência da área cultural*, teve dificuldade em acompanhar e adaptar-se à nova situação, bem patente na crise do direito que hoje se vive. Porque o direito deixou de exercer a sua função reguladora teleològicamente a apontar o caminho da Justiça. Porque o direito ao andar a reboque dos interesses dos poderosos, deixou de pensar o direito. As palavras de R. Saleilles chamam-nos a atenção para este facto, e dizia ele:

¹¹ JOSSEAND, Louis, decano honorário da faculdade de Direito de Lyon, de 1913 a 1935; foi conselheiro honorário da *Cour de Cassation*(1938); ver a biografia em https://fr.wikipedia.org/wiki/Louis_Josserand.

¹² Apud, SARAIVA, José Hermano, *O que é o Direito. A Crise do Direito*, Gradiva Publicações S.A., ISBN 978-989-616-316-7, Lisboa, Maio de 2009. Pg. 368.

*“se os juristas que têm o encargo de seguir o desenvolvimento das ideias, o não fizerem, os profanos, pelo simples facto de serem seres pensantes, fá-lo-ão por si, e então por uma forma puramente empírica e muitas vezes perigosa”*¹³

Esta situação acontece na actualidade. Já não são os juristas as pessoas que fazem as leis. São as grandes empresas e os grandes interesses instalados defendidos por grandes sociedades de advogados, como bem dizia Josseland; já não são os juristas que devem interpretar as leis, mas qualquer pessoa que saiba ler e escrever, e isso acontece na actualidade. Os juristas são formados sem uma *sólida formação teórico-filosófica*. O jurista deixou de pensar o direito¹⁴. Deixou de pensar direito! O jurista é hoje o auxiliar, o homem mandado dos grandes interesses, e já não o homem considerado desde os tempos antes de Cristo, os *Doutores da Lei*¹⁵, os primeiros da história com o título de doutor e eram respeitados e venerados¹⁶. Eram pessoas dotas de saber do seu tempo. Dizia o Professor

¹³ Apud, SARAIVA, José Hermano, *Ibidem*, Pg.242

¹⁴ Digo, *o jurista deixou de pensar o direito* e não *o jurista deixou de pensar sobre o direito*, porque o direito para o jurista é um estímulo integrante e natural do seu pensamento. É intrínseco e não algo do exterior para ser observado e depois pensado. É esta consciência de descoberta interior que hoje falta à uma boa parte dos juristas, e é precisamente esta situação que os leva a serem *cabalos mandados*, como bem expressa o sarcasmo popular, em relação aqueles que não têm ideias próprias, ou se as têm não as praticam.

¹⁵ Ver a nota seguinte

¹⁶ Costumo dizer e ensino aos meus alunos que ser-se, Dr., Mestre ou Doutor, em direito, é uma grande honra, e as pessoas não devem ter a falsa modéstia de desprezar o título! Porque o normal é que, os juristas que procuram mostrar que são pessoas normais e desprezam o título, andam sempre a procura de disfarces mal ensaiados para que não lhes chamem doutor. Mas andam sempre a procura de honrarias e mordomias. Normalmente andam sempre com ar altivo. Procuram sempre estar com os grandes. É preciso cultivar de forma genuína a humildade sem falsas modéstias, quando se é um verdadeiro homem de direito. Porque quando alguém me chama doutor, sinto historicamente o peso deste título com cerca de 2600 anos! Os primeiros com este título. Ser-se doutor é sinónimo de homem douto, homem que procura permanentemente o saber para servir e não para ser servido! Estimula-me cada vez mais a servir o outro, a torná-lo mais feliz. Vale a pena ser Dr., Mestre ou Doutor, não para se vangloriar mas para servir. Quando alguém me chama doutor, pergunto-me sempre, ou numa viagem ao meu silêncio, o que tenho feito pelos outros com o meu saber? É um exercício psicológico, é o meu alimento espiritual para a mortificação pessoal. Os doutores da lei, os escribas, existiram antes de Cristo, portanto no antigo testamento. Por isso, o homem de direito que é um homem de leis, tem este peso da história, de

Doutor João Calvão da Silva da Faculdade de Direito de Coimbra, que “*o dinheiro compra a alma*”; Hoje, advogados, juristas, professores, cada um na sua função, vêmo-los envolvidos em suspeições de alta corrupção, e o ditado que diz que “*não há fumo sem fogo*” aplica-se perfeitamente.

1. A crise do direito

Parafrazeando Amartya Sen, “*...há muita coisa transparente em relação à pobreza*”¹⁷; aproveito a frase, num atrevimento jurídico, diria que a *crise do direito é demasiadamente transparente para não se dar conta dela*. É impossível não se ver e sentir em cada consultório de advogado, nos pareceres de eminentes juristas, de pareceres de professores de Direito e outras profissões ligadas a área. Porque o ponto comum em todos é que *cada palavra, cada frase, cada texto, é produto de venda a preços inoportáveis para o pobre*. A palavra deixou de ter honra, para ser produto de negócio! A crise do direito, num plano mais epistémico, na actualidade e em língua portuguesa, já foi igualmente abordado em 2003, situando-nos na publicação do livro do Professor Castanheira Neves.¹⁸ Também o Professor José Hermano Saraiva, em 2009, escreveu sobre o assunto e é a base deste trabalho. Mas vamos aos factos, e como diz o ditado, *Contra factos não há argumento*.

séculos; É uma honra porque já naquele tempo, só os homens de lei tinham aqueles títulos. ver na Bíblia: **Antigo Testamento:** Livro de Esdras (Ezra em hebraico) 8:16; Macabeus II:6:18; **Novo testamento:** S. Mateus utilizou os termos Doutores da lei e Mestres: (22:35; 23:2; 23:23; 23:25; 23:34); S. Lucas (2:46; 5:17; 7:30; 11:45; 10:25; 10:37; 11:45; 11:52; 14:3); S. João (3:10; 7:35); Epístola de S. Paulo aos romanos 2:20; Coríntios (12:28; 12:29); Efésios 4:11; Timóteo (1:7; 2:7). Estes títulos já têm cabelos brancos; já são maduros; não necessitam de pavoneios ou falsas modéstias mal disfarçadas porque só mostra falta de consciência do peso de séculos e a inerente responsabilidade de servir o outro.

O termo *doutores da lei* apareceu pela primeira vez no Livro de Esdras, no antigo testamento da Bíblia, (Ezra em hebraico), O parágrafo 16 do capítulo oitavo reza assim: “*Então mandei procurar os chefes Eliezer, Ariel, Semeias, Elnatã, Jarib, um outro Elnatã, Natã, Zacarias e Mosolão, bem como Joiarib e Elnata, doutores da lei.*”

¹⁷ SEN, Amartya, *Pobreza e Fomes*, 1ª edição portuguesa, Terramar Editores Distribuidores e Livrários Lda. ISBN 972-710-244-1, Lisboa, Setembro de 1999, pg. 7

¹⁸ NEVES, Castanheira, *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*, Coimbra Editora, Limitada, ISBN 972-32-1156-4, Março de 2003.

2. Os factos de uma crise

Não precisamos de uma investigação exaustiva para podermos afirmar a Crise do Direito. Ela é *demasiadamente transparente*, como se disse, e só não vê quem, por variadíssimas razões, não quer reconhecer. Alguns dados apenas de *dimensão universal* demonstram sem margem para a mais pequena dúvida, o problema; a crise de 2008 é uma delas e é talvez a principal, sem falarmos por exemplo da questão, na Europa,¹⁹ em particular Portugal, em que *90% dos crimes de colarinho branco prescreveram*²⁰, segundo as declarações da Procuradora do Ministério Público Maria José Morgado, em várias ocasiões, hoje disponíveis no youtube, numa busca através do Google.

Os Bancos de Investimento Americanos, Lehman Brothers²¹ e

¹⁹ Autores que falam sobre a crise do direito: Michel Viley, R. Saleilles, Castanheira Neves, J. Hermano Saraiva, L. Recasens entre outros, referenciados no livro “O que é o Direito...” de J. Hermano Saraiva.

²⁰ Vide: <https://www.youtube.com/watch?v=dAxES6Nh2w>, este vídeo não deixa dúvidas a ninguém.

²¹ Vide: https://en.wikipedia.org/wiki/Lehman_Brothers. Um dos 4 maiores bancos de investimento dos E.U.A. entre os quais a Morgan Stanley e Merrill Lynch e a Goldman Sachs. Em 15 de Setembro de 2008, o banco Lehman Brothers estava em bancarrota e pediu socorro ao FED que é o Banco Central Americano. Este ao recusar-se a socorrer o banco, provocou a crise financeira que hoje é conhecida pela *Crise de 2008*. Esta crise provocou a insolvência em cadeia de vários outros bancos que estavam ligados ao Lehman Brothers, nomeadamente Portugal. Hoje existem muitas publicações de grande qualidade que detalham em pormenor sobre a crise. É uma leitura absorvente e para quem quiser saber mais sobre a maior crise de sempre. Vide: <https://www.google.com/search?q=respons%C3%A1veis+pela+crise+de+2008&oq=respons%C3%A1veis+crise+&aqs=chrome.1.69i57j0.22711j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

Goldman Sachs²², os *homens de pantufa*,^{23, 24} normalmente *juristas* e economistas que criaram e contribuíram para os célebres produtos tóxicos; os créditos fáceis denominados de *subprimes*²⁵, que são créditos financeiros de alto risco, concedidos a tomadores sem poder de solvência garantido, para compra de habitação própria. A crise da bolha imobiliária de 2008 teve a sua origem nesses créditos fáceis que veio deixar a descoberto toda a *fraude financeira* e os efeitos da *desregulamentação* herdados de Ronald Regan e de Margaret Thatcher. Os produtos derivados, (Swap) levaram à bancarrota bancos de todo o mundo que não se precaveram do *jogo de alto risco* em que estavam envolvidos, ou então estavam mesmo interessados porque o sistema, no caso de acontecer *uma crise sistémica* é sempre o povo quem a paga! Porque, os *juristas e economistas* envolvidos neste *banditismo global dos banqueiros* como bem dizia RAMPINI, mergulharam os respectivos países em crise como aconteceu com Portugal, Itália, Irlanda, Grécia.²⁶ Eram considerados sarcásticamente pela sigla *pig*, cujo plural *pigs* que em português significa *porcos*. Os porcos da Europa.

Vamos detalhar um pouco mais sobre a vida dos *homens de pantufa* para termos a noção da *perversidade do actual sistema jurídico-financeiro, jurídi-*

²² Vide: https://en.wikipedia.org/wiki/Goldman_Sachs é o quarto maior banco de investimento dos Estados Unidos até 2008.

²³ BONAZZA, Patrick, *Os banqueiros não pagam a crise*, 1ª edição, Guerra e Paz Editores S. A. ISBN 978-989- 8174-26-0, Lisboa, Fevereiro de 2009. Os *homens de pantufa*, são pessoas ligadas ao mundo financeiro e bancos, cujo trabalho, fundamentalmente, é a criação de produtos financeiros. Estes homens são assim denominados porque normalmente trabalham em casa e de pantufas.

Aconselha-se a leitura do livro de Federico RAMPINI com o título: *Banqueiros, História do Novo Banditismo Global*.

²⁴ O Filme O BANCO, retrata com grande clareza a vida dos bancos e dos *homens de pantufa*, com grande sentido de pedagogia junto do público que viu o filme. O filme retrata o livro de ROCHE, Marc, com o título: *O Banco, Como a Goldman Sachs dirige o mundo*.

²⁵ Ver o site: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Subprime>

²⁶ Nomes ligados à crise de 2008 porque ligados a Goldman Sachs: Mario Draghi (Italiano e actual presidente do Banco Central Europeu desde 2011); Mário Monti (ex 1º ministro de Itália 2011-2013); Lucas Papademos (ex primeiro ministro da grécia); Petros Christodopoulos (grego); António Borges (Portugal); Peter Sutherland (Irlanda). Ver: <https://www.esquerda.net/artigo/banco-goldman-sachs-liga-mario-draghi-mario-monti-e-lucas-papademos>

co-bancário, e o mundo da *alta corrupção* em que estão envolvidos *sociedades de advogados* como a Mossack Fonseca e a Appleby²⁷, para apenas citar estas duas, com grande impacto na vida de todos nós. Os *homens de pantufa*, são grandes especialistas e únicos da sua área, ligados ao mundo financeiro e bancário, cujo trabalho, no essencial, é a criação para o meio altamente competitivo entre os bancos, de *produtos financeiros*. Estes homens são assim chamados porque, normalmente, nunca saem de casa onde têm os seus escritórios, e trabalham de pantufas; o sistema fica refém desses senhores, e os bancos não têm hipóteses como escaparem-se deles, porque, quando um banco requisita os seus serviços, no sentido de criarem produtos financeiros supostamente rentáveis, eles ficam a conhecer os segredos do mesmo; para poderem criar os tais produtos para o mercado financeiro, necessitam de conhecer em pormenor a vida e o modo como opera no mercado altamente competitivo dos bancos em causa. Assim, o *perverso da situação* é que, ganham ao serem pagos pelo banco requisitante, valores astronómicos, em tempo de sucesso da instituição; e, se entretanto, o produto não for rentável no mercado, o banco fica refém deles e nada lhes pode acontecer por medo de eles revelarem os segredos. Fica assim amputada a possibilidade de o banco reagir contra eles. São pessoas que, seja em situação normal, seja em situação de crise, os seus trabalhos são pagos a preços de ouro. Um banco que se encontra em estado de insolvência, os *homens de pantufa* são chamados de novo para tentarem salvar a situação, porque conhecem como ninguém o funcionamento do sistema bancário e da alta finança. É nesta espécie de circuito fechado, numa engrenagem de alto risco para a vida de todos nós, manipulado pelos *homens de pantufa*, *grandes sociedades de advogados*, *grandes economistas e gestores da alta finança*, e *bancos* que o actual sistema funciona. E se pensarmos que, todo este circuito fechado *funciona com uma teia complexa de leis e regulamentos*, a conclusão só pode ser uma: *quem mexe em toda esta complexa legislação do mundo financeiro são as grandes sociedades de advogados*. Para quem quiser aprofundar os seus conhecimentos sobre o tema da crise de 2008, aconselha-se a lei-

²⁷ Sociedade de advogados constituída por mais de 200 advogados sedeada nas Bermudas, responsável pela criação de investimentos em offshore, de figuras políticas e empresas fantasmas nos paraísos fiscais, conhecido por *Paradise Papers*.

tura de obras de Federico RAMPINI²⁸, de Marc ROCHE²⁹. e Yanis VAROUFAKIS³⁰ entre outras.

Sejam os bancos, sejam as grandes empresas e as multinacionais, de um modo geral, o mundo dos negócios, movimentam-se na *teia complexa de leis, decretos-leis, directivas, regulamentos, despachos normativos, estatutos, regulamentos internos*, numa palavra, no mundo da *inflação legislativa*,³¹ bem conhecido dos juristas. As sociedades de advogados constituíram-se, não para defenderem a justiça, mas, a reboque dos interesses de uma minoria que se tornou dono do mundo, trabalham para os negócios do *novo banditismo global* como bem dizia Federico RAMPINI, os bancos.

Vivemos hoje mergulhados numa rede muito complexa e basta de leis³², que só mesmo os especialistas conseguem penetrar neste mundo labiríntico, e dele retirar os benefícios obscuros através de fraudes bem conhecidos e denunciados pelos jornalistas a nível mundial, que é o ICIJ.³³ Os mais de 200 jornalistas³⁴ no início, de 70 países, e mais de 100 organizações dos media a nível mundial, desenvolvem trabalhos de investigação cujo resultado conhecemo-lo como os *Panama Papers* ou os *Paradise Papers*³⁵. Investigam essencialmente sobre *os crimes transfronteiriços e corrupção mundial* dos políticos e personalidades públicas do mundo dos negócios, da cultura, do desporto, das empresas. Ficaram célebres pela publicação dos já referidos *Panama Papers*³⁶ e *Paradise Papers*. Os Panamá Papers são

²⁸ RAMPINI, Federico, *Banqueiros, História do Novo Banditismo Global*, 1ª Edição, Editorial Presença, ISBN 978-972-23-5283-3, Lisboa, Maio de 2014.

²⁹ ROCHE, Marc, *O Banco. Como a Goldman Sachs dirige o Mundo*, 7ª edição, Esfera dos Livros, ISBN 978-989-626-380-5, Lisboa, Fevereiro de 2013.-

³⁰ VAROUFAKIS, Yanis, *O Minotauro Global. Os Estados Unidos, a Europa e o Futuro da Economia Global*, Bertrand Editora, ISBN 978-972-25-3054-5, Junho de 2015.

³¹ Já CÍCERO nos chamava a atenção quando dizia: *Summum ius summa iniuria*, dito numa tradução livre, *quanto mais rigor nas leis mais injustiça*.

³² Apud. SILVA, Helena Resende da, *Crime e Punição*; as melhores citações. LAO TZU, (604-653 A.C.) filósofo chinês dizia: *Quanto maior for o número de leis e regulamentos, mais ladrões e salteadores existirão*.

³³ Vide: https://en.wikipedia.org/wiki/International_Consortium_of_Investigative_Journalists - International Consortium of Investigative Journalists.

³⁴ A lista actualizada em Junho de 2018, já indicava 392 jornalistas de investigação de todo o mundo. A lista está sempre a crescer.

³⁵ Sociedade de Advogados implicada nos Paradise Papers.

³⁶ Sociedade de Advogados com sede em Panamá implicada nos Panama Papers

um conjunto de 11,5 milhões de documentos secretos ligados a 140 políticos ao mais alto nível de mais de 50 países do mundo, ligados a *offshores* criados pela Sociedade de Advogados *Mossack Fonseca* com sede no Panamá. A *Mossack Fonseca* está ligada a uma rede de mais de 30 sociedades de advogados espalhados pelo mundo, onde o circuito do dinheiro sujo se pratica nos países conhecidos por *paraísos fiscais* e também nos países *onde reina o poder da alta finança e bancos*. Os *Paradise Papers* são, por sua vez, o conjunto de de 13,4 milhões de documentos electrónicos secretos, envolvendo investimentos em empresas de *offshores*, em que está implicada a *sociedade de advogados Appleby*. Está mais que claro o *envolvimento dos juristas* e como não podia deixar de ser o direito no seu papel interventivo na sociedade através dos seus homens com formação para serem os construtores da justiça, mas que a natureza do actual sistema os derivou para fraudes, ilegalidades, imoralidades a nível planetário, para mal de todos nós.

Qual é a ciência vocacionada para, através das pessoas com formação específica na área, ter a responsabilidade de *interpretar axiológico-jurídico-teleológico e práctico-normativamente a lei e aplica-la*, e não ler a lei e aplicá-la, *textual, lógico-silogisticamente*, que é o método tradicional comum da interpretação dos textos. Hoje, qualquer pessoa com formação superior ou não, arroga-se no direito de interpretar a lei, e há expressões muito vulgares que traduzem com bastante eloquência esta situação como, por exemplo: *está na lei; está tudo na lei*. Ou seja, o *império das leis*, que infelizmente alguns juristas confundem com o direito. Costumo dizer que *a lei é uma ferramenta de trabalho muito importante do direito, mas não é o direito*. Se a lei fosse direito, então, teríamos que mudar as Constituições de todos os países civilizados do mundo, e *todos os países que adoptam o regime democrático*, a norma constitucional que diz “...estado de direito democrático para estado de legalidade democrática”. A primazia será dada à lei e não ao Direito. *Seria a simples subsunção da realidade à lei*, o que a melhor doutrina da actualidade não acolhe. Admitamos académica e hipoteticamente esta situação como possível; a ser assim, como é que resolveríamos o problema da aplicação da lei? Aplicá-la *tout court* por simples subsunção? Ou interpretá-la previamente? Interpretá-la *textual, lógico-silogisticamente* ou *axiológico, teleológico e práctico-normativamente* como ensinam os professores Castanheira Neves e Pinto Bronze, da Escola de Coimbra? Ao interpretá-la previamente, neste último

caso, estamos a aplicar o direito³⁷ e não a lei, embora, através dela como *ferramenta* do direito e como *critério de análise*, entre outros instrumentos! Para que seja possível uma sociedade de *legalidade democrática*, teria que se entender a lei, e principalmente o legislador, como alguém que seja capaz de descrever a realidade histórica captada num determinado momento espacial e temporal a ser regulada, até ao mais ínfimo pormenor, inutilizando qualquer tipo de interpretação, *o que é totalmente impossível. A realidade é demasiadamente rica para se poder espartilhar num texto legal.* Também costumo dizer que a lei é a norma estabelecida num suporte que pode ser em papel, em Braille, (parte física) em registo electrónico, em áudio ou em vídeo, (parte virtual); por sua vez a norma é a alma (parte espiritual e invisível) da lei. A norma é uma ideia presente na mente das pessoas, *na consciência jurídica geral, com sentido regulatório de natureza obrigatória.* A lei é o que está no papel ou noutra suporte qualquer, em *forma áudio ou vídeo*, que permita ao universo indiscriminado de pessoas, pudesse ter em contacto visual, audível ou táctil (para os cegos através de caracteres em Braille,) para se saber sobre *o que deve fazer.* Se fosse possível uma sociedade de *legalidade democrática*, estaríamos juridicamente a violar o *Princípio da Justiça* numa sociedade democrática porque, se estivermos perante uma *lei injusta* e ao aplicá-la *tout court*, a sua *natureza injusta* repercute-se no caso resolvido em concreto. A lei é um instrumento do direito, um *critério*, nas palavras de Castanheira Neves e Pinto Bronze, e é apenas isso. A lei em si não é uma entidade jurídica. Precisa sempre de um suporte físico para se dar a conhecer e tornar pública através da sua publicação que determinada norma é obrigatória o seu cumprimento. Se se destruir o suporte em que ela se torna visível ou tacteada, ou ouvida, ela desaparece. A norma fica porque está na consciência jurídica das pessoas. Uma das várias facetas da crise do direito tem a ver também com este modo de *confundir a lei com o direito.* A ideia de direito não prescinde a ideia de justiça e vice-versa. É na conjugação e num olhar integrado das

³⁷ O Direito tem outros instrumentos porque é uma entidade, em si mesma, abstracta; pois ele é uma ideia, e as ideias só as delimitamos por necessidade ou conveniência. Tem uma intencionalidade regulatória, disciplinadora, de ordem, entre outras, e é de natureza obrigatória; há princípios normativos positivos, transpositivos e supra-positivos, como instrumentos de trabalho. Há jurisprudência e doutrina. O que se acaba de dizer podemos encontrá-lo nas lições do professor Castanheira Neves, em *Metodologia Jurídica*.

duas ideias, utilizando a lei como *um instrumento referencial de interpretação muito importante* que se realiza prático-normativamente a Justiça. Metaforicamente diria que a Justiça é o guia, o direito é o operário com as suas ferramentas, e a lei é o projecto de que se serve o operário com as suas ferramentas para realizar a justiça.

O *Princípio da Justiça*, em conjunto com o *Princípio da Paz* e o do *Bem Estar*, constituem os princípios orientadores de toda a política democrática na realização do *bem comum*. Para além disso, os *princípios da constitucionalidade*, da *legalidade* e da *igualdade*, são princípios que ajudam a operacionalizar a actividade administrativa, visto que, qualquer acto administrativo, regulamento ou contratos públicos não devem contrariar as normas constitucionais; e como toda a actividade da administração pública é sempre uma actividade *vinculada*, exige sempre uma *previsão legal*, de acordo com o *princípio da legalidade*. Quanto ao *princípio da igualdade*, ele é o modelador do *tratamento igual para situações iguais e tratamento desigual para situações desiguais*, um dos princípios estruturantes do direito. Onde é que podemos encontrar sinais da *crise do direito* no direito administrativo? Tive uma amarga experiência profissional na minha vida, uma história que não resisto em contar, de modo telegráfico. Trabalhei em Portugal, na altura como topógrafo, nas barragens da zona centro. Na construção das barragens³⁸ fazia-se expropriações por utilidade pública, conhecidas pela sigla

³⁸ Barragens da Capinha, Senhora da Graça (Sabugal), Meimoa ou Meimão, Toulica, Penha Garcia, Ranhados, Fagilde. Tive a sorte de, a seguir ao 25 de Abril de 1974 em Portugal, logo em 1976 fazer parte dentro da minha especialidade como técnico, do grupo de trabalho de saneamento básico que era dotar as populações de água potável, luz eléctrica e esgotos. Portugal, em 1976, e estou a falar apenas do distrito de Castelo Branco que conheço bem, não havia saneamento básico em mais de 90% das aldeias. Mesmo na cidade de Castelo Branco, não havia esgotos na zona do Castelo em 1976. Em apenas cerca de 20 anos, ou pouco mais, Portugal conseguiu a proeza de dotar saneamento básico em mais de 90% do país. Na década de 90, não posso precisar, do século passado, ainda havia uma ou outra aldeia, no Alentejo e também na zona norte, segundo notícias dadas na televisão portuguesa, que não tinha uma das partes do saneamento básico. Timor-Leste, 17 anos depois da Independência continua sem ordenamento do território; sem saneamento básico; a cidade de Díli é um grande bairro de lata em comparação com qualquer cidade pequena da Europa; escolas sem qualidade; pobreza endémica; obras faraónicas. Crianças em idade escolar e jovens a verderem mangas cortadas e ovos nas ruas; vendedores ambulantes de todo o género de produtos comercializáveis que deve dar muito pouco para o seu sustento diário

EPUP. O artº 11 actual do Código de Expropriações, (CE), de Portugal, obriga a promover negociações com os proprietários dos terrenos antes da EPUP, para a *aquisição* por via do direito privado, APVDP, vulgo, *contrato de compra e venda*, CCV; segundo o *princípio da autonomia da vontade*, um princípio *estruturante* do direito privado, qualquer contrato, (o contrato de compra e venda é a *matriz*), feito sob coação ou qualquer outra forma de pressão ou debilitamento das capacidades da outra parte contratante, o contrato é sancionado com a *nulidade*, e não com a *anulabilidade*. O que acontecia nas expropriações é que havia nas populações o medo da EPUP porque entendiam que isso lhes acarretava problemas, desde logo o medo de serem indemnizados por um valor inferior se não aceitassem o preço proposto no CCV. Existe uma *prévia pressão* junto da população, e o Estado, neste caso em particular, demitiu-se completamente do seu dever de promover a Justiça, Paz e Bem Estar das populações; as pessoas que foram expropriadas dos seus terrenos não tiveram a oportunidade de negociarem de forma livre, incluindo o direito de poder ser recusada a venda. O próprio Estado *viola* o princípio da *autonomia da vontade* de forma grosseira. Infelizmente está a acontecer em Timor-Leste, nas zonas rurais que eu tive a oportunidade de constatar! É apenas um exemplo da *crise do contratualismo* e verifica-se na administração pública. No direito privado

com alguma dignidade! Hoje, temos os dirigentes que no passado ainda tão recente, eram contra a miséria do povo, estão indiferentes aos gastos injustificáveis para os deputados, como a questão dos JEEP's de topo de gama, de cinco em cinco anos; estão indiferentes à revolta do povo, e, ainda por cima, a reprime! para privilegiar um punhado de políticos! O Xanana Gusmão *tinha razão* quando dizia que a transição para a Independência devia ser gradual, com substituição gradual dos quadros; ninguém lhe deu ouvidos e ele foi mal aconselhado por oportunistas e pessoas sequiosas de poder e de honrarias imerecidas; *O Xanana dizia que não precisávamos de tropa em Timor-Leste*; hoje estamos cheios de homens fardados sem formação militar igual ao que se pratica nos outros países civilizados. Timor está em Paz, felizmente! Não temos inimigos. Se temos, quem são? A Austrália e a Indonésia? Eles estão muito bem equipados e bem preparados militarmente! E nós? O Estado de Timor-Leste é um Estado que promove a amizade entre os povos ou a inimizade? Repito: *Xanana dizia que não precisávamos de tropa em Timor-Leste!* ELE TINHA TODA A RAZÃO. Precisamos de polícias bem formados e bem treinados para serem operacionais na luta contra a desordem, delinquência juvenil, contra o crime, na regularização do trânsito na cidade de Díli; as regras elementares de trânsito não são cumpridas! Hoje estamos por saber porque é que Xanana mudou de ideias.

temos, por exemplo o *contrato de adesão*, em que o mais forte sobrepõe a sua vontade à parte mais fraca. Os *seguros*, etc.

Até aqui, demonstrou-se que a lei não é direito, de forma clara e simples, seja pelo aspecto de que a lei é apenas uma abstracção e recorte da realidade histórico-normativamente situada no espaço e no tempo; seja porque, o caso concreto de *normas injustas*, porque mal pensadas e mal reflectidas, mal elaboradas ou mesmo mal redigidas, a simples *subsunção* da realidade a uma lei com as características enunciadas, tornaria *insuportável e grosseira a violação da Justiça*.

Toda aquela diversidade de documentos reguladores atrás indicada constitui o mundo complexo de leis que interferem na esfera jurídica de cada um de nós, no mundo dos negócios, na vida social, ou seja, na vida individual e colectiva em geral. É o Direito! É através dos seus operadores da área jurídica, os juristas, os magistrados, os advogados dos grandes escritórios das sociedades de advogados, os pequenos escritórios de advogados, e toda a rede, também ela complexa de serviços que laboram no mundo da resolução de conflitos e na aplicação das leis, que *sentimos os efeitos de uma lei justa ou injusta*, de uma lei bem ou mal interpretada na aplicação aos casos concretos.³⁹

Voltando à crise de 2008. Quem na Europa, e um pouco por todo o mundo, não conhece as célebres *subprimes*?⁴⁰ Pelo menos dos intelectuais e da classe política de então. E quem na Europa e um pouco por todo o mundo não conhece o termo *Offshore*? E o termo *swap*? A crise de 2008

³⁹ A lei pode ser injusta em duas situações: Já sai do parlamento, do governo, como uma lei mal pensada, mal reflectida e mal elaborada. Neste caso, cabe ao jurista interpretá-la axiológico-teleológico e prático-normativamente na aplicação aos problemas concretos para repor a justiça; ou então a lei é justa na sua formulação técnico-jurídica mas abusivamente interpretada para as conveniências de circunstância. Aqui é o negócio e por isso tem um *preço* e não *honorário*. É uma das facetas da degradação do direito, entre tantas outras.

⁴⁰ *Subprimes lending rate*, em português pode ser traduzido por *créditos de risco elevado*, concedidos pelas instituições de crédito e bancos a tomadores que à partida não ofereciam garantias de solvência. Os *produtos tóxicos* são produtos financeiros que têm ligação com garantias hipotecárias imobiliárias de alto risco; são pacotes financeiros em que, através de engenharia financeira muito sofisticada, juntam créditos de zero ou baixo risco (*prime lending rate*) com créditos de alto risco de solvência, (*subprime lending rate*) fazendo com eles pacotes financeiros que depois serviram para as trocas financeiras efectuadas entre os bancos produtores e outros bancos, os célebres *swaps*.

afectou de forma tão drástica a vida das pessoas, que, julgo, ninguém esquecerá aqueles três termos por muitos anos. Os bancos,⁴¹ por exemplo, e o binómio, grandes bancos/grandes sociedades de advogados especializados na criação de offshores⁴², contribuíram para a crise de 2008.

Dizia o Professor Canotilho ou Prof. Castanheira Neves⁴³ que os licenciados em direito estão preparados para trabalhar como varredores de rua até ministro e presidente de um país. Eu acrescentaria, os homens de direito, directa ou indirectamente, e diariamente, estão presentes em tudo: na gestão dos Estados, na vida económica e social, ora regulando a conduta humana, ora regulando nas mais diversas áreas da actividade humana em sociedade. *Ubi societas ibi ius* aplica-se perfeitamente neste caso. Quer isto dizer que a área científica responsável pela regulação é o direito; para regular precisa de ter a ajuda de outros conhecimentos, de outras áreas científicas ligadas a multifacetada e mundivivência da vida humana.

⁴¹ No livro de BONAZZA, Patrick, anteriormente citado em nota de rodapé, mostra com muita clareza a ligação dos bancos à crise de 2008, com a gravidade de que, quem paga as crises são sempre os cidadãos, com a justificação dos célebres e conhecidos *riscos sistémicos* que os senhores banqueiros são hábeis em produzir porque sabem, que quem paga o risco em casos de crise são sempre os cidadãos. Portanto, o sistema é perverso na sua raiz. As provas hoje, sabêmo-las através dos casos mediáticos, concretamente em Portugal com o BPN (Banco Português de Negócios); com o BPP (Banco Popular Português), com o BES (Banco Espírito Santo), para apenas citar os mais importantes.

⁴² *Offshores*, em português pode ser traduzido por *extra territorial*; as sociedades *offshores* são sociedades ou empresas, a maior parte fictícias, fantasmas, para servirem de instrumentos de lavagem de dinheiro ou de esconderijo para dinheiro sujo da corrupção pertencente a personalidades políticas e pessoas influentes, de todo o mundo. A sociedade de advogados *Mossack Fonseca*, com a sua sede principal no Panamá, ou a sociedade de advogados *Appleby*, com a sua sede principal nas Bermudas, ambas com filiais espalhadas em muitos países do mundo, ligadas a outras sociedades de advogados, e principalmente com ligação aos países ou zonas conhecidas como paraísos fiscais, como as Bermudas, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Caimão, Jersey, as ilhas Maurícias, a ilha Man, Seichelles, etc., foram responsáveis pela delapidação do património de muitos países praticados pelos bancos e políticos com sociedades de advogados especializados para os defender.

⁴³ Foi na aula de apresentação, no 1º ano da FDUC, em 1984; Um dos professores, foi. A única certeza, as palavras proferidas na altura pelo professor, que, para um aluno do 1º ano como o autor deste artigo, eram fortes demais para se poder esquecer passados 35 anos.

3. O sistema jurídico

Quando olhamos para a realidade do mundo jurídico, não vemos um sistema mas sistemas⁴⁴. existem dois sistemas fundamentais. O sistema Continental e o sistema Anglo-saxónico. O que aqui se trata, diz respeito aos dois sistemas e as suas várias derivações, que não cabe aqui explicitá-las, pois este artigo, pela sua natureza perfunctória, não se debruça em profundidade sobre os assuntos que aqui se afluam. Pretende-se tão só abrir janelas do nosso imaginário jurídico e olhar para um edifício jurídico em grave degradação. E essa degradação tem consequências visíveis como está demonstrado. Apesar disso, mais alguns factos para situarmos o problema, e julgo ser o suficiente: um mundo desnivelado entre Norte e Sul, entre pobres e ricos, entre iguais e desiguais, entre uma dezena de ricos e milhões de rotos, famintos e iletrados.⁴⁵ Os Estados democráticos desenvolvidos da Europa. entre outros, há muito ultrapassaram a questão da pobreza, mas enfrentam o problema das desigualdades, aparentemente sem solução à vista; a sul do Equador, encontramos povos, que depois de um longo período de colonização, continuam com graves problemas de pobreza das suas populações, pobreza endémica como em Timor-Leste.

O direito, ou melhor, os juristas que estão nos parlamentos de todo o mundo, têm andado a regular a reboque dos grandes interesses e estes

⁴⁴ Há vários sistemas no mundo. Neste momento temos 5 sistemas principais a saber: O denominado Direito Civil, traduzido da língua inglesa; Direito da Common Law; Direito Costumeiro; Direito Islâmico; Direito Judeu e 11 outros sistemas que resultam do cruzamento entre os cinco principais; temos ainda 8 subsistemas. Ver em: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/9/92/Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_%28en%29.png

⁴⁵ Segundo a revista “Forbes”, a famosa revista que investiga e publica anualmente sobre o mundo dos negócios e também sobre os homens, empresas e países, mais ricos do mundo. Na lista dos mais ricos do mundo para o ano de 2019, e toda a fortuna em conjunto é equivalente a 50% do património da população pobre mundial. **Ver no site:**

têm um poder forte e tudo podem pagar e aliciar para o seu mundo! Os parlamentares, os políticos, membros de governos, gente no exercício de cargos públicos importantes, no geral sem uma boa formação moral e ética, constituem os alvos preferidos, e gente sempre com advogados e juristas famosos para os defender. No terceiro mundo⁴⁶, a corrupção é quase uma instituição. A injustiça instala-se nesses países porque o sistema jurisdicional é incipiente.

O sistema actual é comparado ao Coliseu de Roma, está completamente em ruínas mas continua imponente e magestoso, atraindo a admiração de milhões de pessoas perante a sua grandeza. *Mesmo em ruínas continua a ser admirado!* O nosso sistema actual, vem sendo construído desde a fundação de Roma,⁴⁷ há mais de 2600 anos. Por isso é impossível atrever-se a romper o sistema. *A única solução é construir um novo sistema no quadro das exigências actuais.* É essencialmente uma questão de fé, e uma questão de mudança de *paradigma*. *Deslocar o eixo do sistema. As faculdades de direito do mundo terão aqui um papel importante.*

4. Má aplicação do Direito por causa do sistema ou profissionais sem escrúpulos que usam o sistema para proveito próprio?

O direito actual é um edifício jurídico que foi construído por eminentes filósofos, teóricos e grandes mestres, que ao longo de séculos ajudaram, cada um à sua medida, a sedimentar o conhecimento jurídico que hoje temos, quer em termos de teoria, doutrina e jurisprudência, quer em termos de um conjunto monumental de códigos e leis estravagantes, que, de uma maneira ou outra, traduzem aqueles conhecimentos sedimentados pelos sucessivos pensadores. Portanto, é um edifício jurídico extremamente sólido, diria mesmo, difícil de atacar ou mesmo impossível em termos teóricos, porque, seria necessário um conhecimento profundo de todas as obras ou pelo menos as mais notáveis para se poder atrever-se a tal ousadia. E isso é impossível.

⁴⁶ Prefiro o termo no mundo dos países pobres,

⁴⁷ Os historiadores continuam, através de novos dados arqueológicos tentar situar temporalmente a data da fundação de Roma. Ver em https://pt.wikipedia.org/wiki/Funda%C3%A7%C3%A3o_de_Roma

Podemos perspectivar a actual crise do direito em três tipos de consideração: a primeira é considerar que o direito é uma boa construção humano-cultural. É bom e inatacável nos seus princípios, carecendo apenas de ser melhorado na aplicação prática de acordo com as exigências reais e históricas, *não necessitando de mudança*. Outro tipo de consideração é dizer que está em crise profunda e *nessita de uma mudança radical*; Uma terceira consideração é dizer que o problema do direito não é do sistema mas antes dos *aplicadores* do direito; são pessoas mal formadas, pessoas gananciosas de dinheiro e poder, e que são capazes de tudo para realizar capital e poder, não se importando de aplicar o direito segundo conveniências pessoais usando mecanismos que o sistema permite! Ter fama de bom advogado, ganhando sempre as acções em tribunal, é sinónimo de conseguir rendas compensadoras, e isto é mais importante do que a realização da justiça. Posto o problema nos termos acabados de se referir, e em relação à primeira consideração, não restam dúvidas que o sistema é uma construção sólida, coerente, inatacável nos seus princípios mas está desajustado a realidade actual e as provas já foram referidas, embora sinopticamente, e é quanto basta para este artigo que serve apenas para espreitar sobre a realidade que estamos a tratar. Em relação à segunda consideração, é mais que evidente esta mudança radical. Apenas deixar para reflexão aos mais curiosos, dizer que a solução existe, e é possível, centrando a atenção numa mudança de paradigma. O paradigma da *desconfiança* hoje enraizado culturalmente para o paradigma *da confiança* a construir no futuro com a destruição do primeiro. As pessoas, os grupos de pessoas, os países, as sociedades humanas, todos vivem sob o signo da *desconfiança*; desconfia-se de tudo e de todos. Os que partilham a ideia de que o ser humano psicologicamente é desconfiado por natureza, é desconfiado por medo, por interesse, por segurança, não acreditam na mudança. Outros em que incluo, acham que é possível a mudança, acreditam. Estamos a falar de direito e dos seus problemas de realização da justiça em tempo útil; o paradigma da mudança da *desconfiança* para a *confiança* diz respeito ao paradigma em relação ao direito e só ao direito. Hoje como nunca, os meios de intervenção na sociedade para mudança de consciências é mais forte e eficaz, bastando olhar para o que as novas tecnologias têm feito na vida das pessoas. A questão hoje é saber como utilizar os instrumentos ao nosso

dispor para por em prática novas formas de comportamento, novas ideias, novas convicções; mais uma vez, parece urgente chamar a ajuda do pensamento de rigor, do pensamento filosófico, do hábito de refletir e perder o medo do desconhecido. Para terminar, todos reconhecem que é um assunto que exige muita e profunda reflexão. Não cabe aqui dar uma solução mas apenas espreitar curiosidades filosófico-práticas.

5. O Conceito de “bom advogado”

Nas conversas banais, quando alguém pretende um advogado, há sempre um amigo, uma pessoa de ocasião, um familiar, um colega de trabalho que nos aconselha um advogado, adjetivado de bom. E ser bom advogado é equivalente àquele advogado que ganha a maioria das acções em tribunal, ou então aquela sociedade de advogados que tem muitos especialistas de várias áreas do direito que é procurada pelas grandes empresas e pessoas influentes da sociedade civil; normalmente grandes empresários, banqueiros e políticos. Ultimamente, em Portugal, ficaram famosos e mais conhecidos os advogados do ex-primeiro ministro José Sócrates, do Armando Vara, (ex-ministro), do Ricardo Salgado (ex-banqueiro), só para citar estas três figuras cimeiras da sociedade portuguesa. Normalmente são advogados muito procurados. O povo (zé povinho⁴⁸) não tem poder económico para poder contratar estes advogados. É este facto que me permite classificar *a advocacia como um negócio do verbo*.

Ser bom advogado é ter a capacidade de manipular os instrumentos jurídicos existentes no sentido de demonstrar a justiça onde não há, quando a sombra do dinheiro se torna acompanhante inseparável. Bom advogado é ter uma boa língua prestidigitadora das palavras nas barras dos tribunais. Ter boa retórica.

⁴⁸ *Zé povinho* é a caricatura de natureza satírica, criada por Rafael Bordalo Pinheiro em 1875. Representava a classe trabalhadora portuguesa, pobre e explorada pela classe dominante.

6. As sociedades de advogados versus offshores

As *sociedades de advogados* constituem formas de organização dos sistemas jurisdicionais actuais que permitem, em termos do exercício da profissão liberal de advogado, de se constituírem firmas ou sociedades. A “*indústria do verbo*”⁴⁹, na minha convicção, é a melhor forma de classificar as sociedades de advogados. São autênticas indústrias e o modo de se organizarem para poderem ter o maior número de clientes possíveis, assemelha-se à gestão de uma empresa industrial. Para o efeito, as *sociedades de advogados*, recrutam os melhores advogados e os melhores alunos junto das faculdades de direito, com o objectivo de criarem gabinetes jurídicos com as várias especialidades na área do direito, apresentando uma imagem de competência junto da população. Estas sociedades de advogados são dirigidos por advogados experientes, professores universitários; conhecem como ninguém a teia complexa de leis, e, como dizia o Doutor Paulo Morais,⁵⁰ os advogados no parlamento português faziam daquele espaço os seus escritórios das sociedades de advogados onde

⁴⁹ Chamo ***indústria do verbo***, porque, de facto, o modos operandi é comparável a uma empresa industrial. Possuem matéria prima, o *verbo*, tal qual como qualquer indústria, e é trabalhado por cada um; a particularidade é que, esta matéria prima é espiritual e cultural, pertencente em exclusivo a cada trabalhador; possuem trabalhadores, (os advogados que trabalham nessas sociedades de advogados) como qualquer sociedade industrial; possuem especialidades, tal qual uma empresa industrial com as várias especialidades; tem como finalidade o lucro, o mesmo objectivo das empresas industriais ou de qualquer outra empresa. É evidente que o exercício da profissão de advocacia se insere no sector de serviços, pròpriamente na prestação de serviços. Com a constituição das sociedades de advogados, “industrializou-se” a *palavra*. O conjunto de letras, palavras, frases e textos, já não servem apenas para a comunicação, entre homens com carácter e dignidade; no caso do direito, em diálogo construtivo para a descoberta da verdade e construção da justiça, mas antes para a disputa que é querida pelo sistema, cuja intencionalidade é reductiva a ideia de ganhar a disputa e com ela angariar prestígio e clientela. É uma das facetas da degradação do direito.

⁵⁰ Ver a biografia do Prof. Doutor Paulo Morais em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Paulo_de_Morais

trabalhavam com fortes ligações aos interesses privados, como por exemplo os bancos. O nome do ex deputado Miguel Frasquilho, era na altura dado como exemplo. da promiscuidade do interesse privado e interesse público. Mais uma vez são os juristas os que, ao serem eleitos pelo povo, em vez de se dedicarem a trabalhar para aqueles que neles depositaram a confiança, usam o nome do povo para os seus interesses ilegais, imorais e antiéticos.

7. A utopia da mudança de paradigma: Confiança no sistema ou nos juristas

Confiança no sistema ou nos juristas? Qual a situação que enfrentamos actualmente? Infelizmente, poucas pessoas acreditam nos juristas. No sector da advocacia a situação é péssima! O sarcasmo popular e não só, começa a conquistar sectores importantes dos homens da cultura, e não é invulgar encontrar programas televisivos que se dedicam ao problema, onde, baseados em casos concretos do dia a dia das pessoas, vão mostrando as falhas e a confusão que reinam no mundo da justiça, entre os seus operadores e as instituições, os tribunais e serviços afins.

A *mudança de paradigma* não é tarefa fácil pela complexidade que ele envolve. Afinal o que é um paradigma? Numa sociedade organizada existe paradigma ou existem paradigmas? Vamos tentar mostrar e principalmente reflectir um pouco mais sobre o sentido e significado do paradigma ou paradigmas de que queremos ter como referência para a nossa reflexão, sobre o tema que estamos a tratar, que é *a crise actual do direito*, sem preocupações de uma investigação e análise profunda, dada a natureza perfunctória deste artigo. Por isso, vamos apenas oferecer pistas de estudo, pois o tema será para uma tese de doutoramento. Paradigma é, conforme vários dicionários da língua portuguesa, um *modelo*. Mas qual é o *modelo* ou *paradigma* que o direito tem actualmente na sua raiz, e que está a dificultar a sua mais que urgente invenção ou reinvenção de *outro modelo* capaz de responder com eficácia as *exigências das sociedades actuais* em que se quebraram fronteiras, distâncias, lentidão de processos; e que as redes sociais vieram globalizar ideias, sentimentos, modos de ser e de estar em sociedade, hábitos nos vários aspectos da vida individual e colectiva? É claro que existem paradigmas dada a multifacetada vida indivi-

dual e colectiva em sociedade. Mas *o direito, uma ciência da área cultural, tem o seu paradigma*, o modelo que o molda e que nos permite reconhê-lo como algo útil e necessário para a vida colectiva em sociedade! Como ciência cultural que é, envolve questões culturais, envolve novos padrões de comportamento e de relação entre as pessoas, envolve valores, sentimentos, sentido de responsabilidade, seriedade, verdade, imparcialidade, transparência, dedicação, AMOR, entre muitos outros valores importantes, seja no aspecto moral, seja nas relações entre pessoas ou ainda nos aspectos de integração da pessoa na sociedade. Estes últimos *três aspectos da vida, o indivíduo, o indivíduo e a sua relação com os outros e a sua integração no grupo*, o direito respondeu com a sua forma de intervir em sociedade com o Direito Privado e o Direito Público e olha para a Moral como algo de individual e subjectivo. O primeiro trata da *relação entre pessoas*, os seus negócios e os seus interesses; uma relação contratual. O segundo trata da integração da pessoa dentro do grupo, onde predomina a relação *extracontratual*.

Quando a autoridade é corrupta e reprime quem o reprova, não é exemplo em que se possa confiar, *não existe confiança* e não se cria condições de ela surgir. Será uma tarefa de gerações para mudar? Sim! Muitas gerações? Talvez! Impossível? Não! Para haver mudança de paradigma, primeiro que tudo é saber se qualquer sociedade possui um paradigma, ou paradigmas? Na nossa tarefa queremos descobrir qual o paradigma que acolhe a adesão de toda a população, e qual o seu reflexo no direito? Os seus efeitos no mundo jurídico em especial? A necessidade de mudança de paradigma só será útil se vier a contribuir para uma revolução, repito, uma *revolução no mundo jurídico* não no sentido de melhorar o sistema, porque os crenes do actual paradigma continuam a acreditar na intocabilidade do sistema e têm razão; acreditam que é possível remendar um sistema que está cheio de remendos; quem consulta regularmente o site da procuradoria geral distrital de Lisboa, chegará facilmente a esta conclusão, porque, a actualização dos diplomas, constituem remendos intermináveis, é um *terço interminável*; o actual sistema é meticulosamente construído ao longo de séculos e tem raízes muito profundas. Aventurar-se a destruir um sistema com estas características é tarefa impossível. O direito é uma ciência e isto significa que há um objecto sobre o qual incide o estudo. Não há ciência sem objecto! Conhecemos

o objecto da ciência do direito: a lei, esta *ferramenta* importante para a construção da justiça. Mas é uma ferramenta ou um instrumento. É só isso! Temos depois a jurisprudência e a doutrina, que são aspectos do pensamento analítico de aplicação prática da lei. Fica de fora a *filosofia do direito*. O momento de transcendência, onde cabe o sonho ou a utopia da mudança de paradigma. É o apontador de outro caminho possível embora difícil, para salvar o terreno pântano-lodoso, descaracterizado, em que mergulhou o direito actual, com crises atrás de crises, sem saída à vista, e cada vez mais motivo de satirização humilhante por parte da população em geral. A mudança de paradigma só pode ser uma: *desconfiança para confiança!* Confiança no sistema, confiança nos juristas! O sistema actual assenta no *negócio do verbo*; passará a outro sistema em que se *abandone o negócio* e o *direito seja uma missão!* E seja exercido por homens *sem o espírito de comerciante*. Este é o *sonho de uma utopia* que se acredita ser possível. *Confiança nos juristas* e criar um *sistema que suscite confiança*. O vírus da desconfiança reina onde há condições favoráveis. A cultura pode ser modificada com a educação e hoje existem meios tecnológicos que nos podem ajudar de forma muito eficaz. É um estudo estimulante e será gratificante assim o espero no estudo que irei realizar na minha formação académica.

8. A escolha difícil mas não impossível da via alternativa à crise

Como foi dito, é impossível beliscar que seja, o sistema jurídico actual. É sólido, é inatacável no seu conjunto como sistema, é monumental, é um *bunker* da inteligência humana; é ainda admirável por milhões de seguidores, e vai caminhando moribundo, mas a sua ruína é demasiadamente visível e transparente para todos, bem ilustrada nos ditos sarcásticos do povo: o direito anda torto; o direito é para defender os ricos e poderosos; o direito é para os vigaristas; o direito é para defender os criminosos; os advogados são ladrões, e é uma ladainha interminável! Como é que reconhecemos a sua ruína, e quais são os elementos ou aspectos da sua existência que nos levam a dizer que está em crise, e que necessita de ser substituído por outro sistema para torná-lo mais consentâneo com a sua existência e razão de ser que é a *realização da justiça para todos*. Onde, quando, como surgiu esta crise? Se em todas as épocas

houve sempre críticas em relação ao direito, a crise do direito está referenciada no tempo conforme o professor J. Hermano Saraiva, a partir do segundo quartel do século xx;⁵¹ vários autores alertaram para a crise do direito; entre os autores por ele citados, figuram os franceses como Duguit, Hénaff, Tanon, Le Roi, Charmont, Davy, Josserand, Gaston, Morin, e sobretudo, George Ripert; em língua espanhola muitos juristas, principalmente da América do Sul, citando apenas os nomes de Legaz e Lacambra, Recásens Siches, e muitos outros; autores italianos, como Ruggiero, Carnelutti, Betti, Del Vechio, Calamandrei, Capograssi; em língua portuguesa temos Cabral de Moncada, Marcelo Caetano, Castanheira Neves, J. Hermano Saraiva. Como está bem clara, a crise do direito não é apenas de agora; tem vindo a agravar-se e está actualmente numa situação de degradação de tal ordem que é comparável, para mim, em metáfora, ao Coliseu de Roma. O direito actual, na prática está completamente em ruínas: os processos amontoados em tribunais nas prateleiras; a prescrição dos processos de crimes de colarinho branco; uma justiça caríssima; uma justiça muito lenta; o apoio judiciário que é uma autêntica caricatura da justiça; o princípio da igualdade de armas que não funciona, ou melhor, funciona em grau de desigualdade acentuada; o Princípio da segurança jurídica funciona a favor dos crimes graves de corrupção que envolvem personalidades do mundo político, empresarial, da cultura e do desporto com poderio económico, que contratam os “melhores advogados” para os defender, entre muitas outras situações. A crise é visível e sentida, é muito transparente! como o Coliseu de Roma; embora em ruína, continua a ser admirado por milhões de pessoas. É o tal *bunker* da inteligência humana impossível de ser rompido! Se é impossível, qual a solução?

9. As vias possíveis do sistema para evitar a má aplicação do Direito.

Que vias possíveis para evitar a má aplicação do Direito? Qual o diagnóstico da situação actual, se é que existe este fenómeno da má aplicação? Será má aplicação do Direito, ou antes aplicá-lo de acordo com as conveniências estimuladas pelo poder económico do cliente? Que

⁵¹ Ibidem SARAIVA, J.Hermano, pg.250 ss.

clientes são estes? O cidadão comum, ou os cidadãos da classe política, ou dos sectores altamente privilegiados da população, como acontece em Portugal em relação aos *crimes de colarinho branco*?

Estas perguntas encerram as dúvidas correntes, seja do cidadão comum, sejam de juristas de grande craveira intelectual como o Professor J. Hermano Saraiva, e também outras figuras em língua espanhola, francesa e italiana atrás citadas. O diagnóstico vem sendo feito ao longo das últimas décadas, falta a solução! A crise dos códigos, só para dar um pequeno exemplo, a última revisão feita no dia 12 de Fevereiro do corrente ano do Código Civil Português, em comparação com a versão original foram eliminados 46 artigos ou seja, da versão original com 2380 artigos para versão actual com 2334; por outro lado, em relação ao código de processo civil, da versão original para a versão actual, foram eliminados 443 (quatrocentos e quarenta e três artigos!). Actualização feita com a Lei 41/2013 de 26 de Junho.

Não é fácil responder à 1ª questão atrás formulada! Mas podemos começar desde logo, pela formação e selecção dos futuros candidatos a ingressar no curso de direito; que tipo de perfil é admitido para o curso? o sistema actual cria *comerciantes do verbo*; cria negociantes da palavra! é curioso que o professor J. Hermano Saraiva, no capítulo dedicado à *Crise do Direito*, tivesse logo dedicado o *capítulo I, Incertezas e interpretações, no seu nº 1, à advocacia e filosofia*! Sendo ele próprio advogado por um longo período da sua vida, conheceu bem esta realidade e as suas críticas constituem uma contribuição valiosa no sentido de resolver o problema da aplicação do direito. Há má aplicação do direito? É óbvio que haverá alguma má aplicação do direito, pois toda a obra humana não é perfeita no sentido absoluto. Mas o sistema actual permite a aplicação segundo as *conveniências do negócio*; Também é claro, que no meio do negócio, haverá oásis, isto é, de pessoas que se dedicam de facto a defender a justiça. Mas os casos mediáticos em Portugal mostram a falência total do sistema, e está bem patente nos *tais 90% dos crimes de colarinho branco que prescreveram*. Tudo tem a ver com um sistema que não se previne em termos de apresentação de provas em tribunal, provas tantas vezes marginais que constituem incidentes processuais para eternizarem os processos até a sua prescrição. O caso Sócrates, Ricardo Salgado, Armando Vara, segundo as provas já conhecidas pela imprensa e não contestadas,

demonstrou-se que utilizaram offshores e criaram empresas fantasmas para esconderem o rasto o dinheiro. Em boa verdade, isto é nitidamente, pelos factos, independentemente das pessoas em causa, no mínimo, pessoas desonestas! Não são sérias! É o juízo de valor que qualquer mortal faz.

Como o título deste artigo evidencia, é apenas uma abordagem perfunctória sobre este assunto da Crise do Direito. Não é um assunto fácil de ser tratado num artigo com esta característica; É de facto uma pequena sinopse sobre o assunto que tem a dignidade para ser investigado em profundidade numa tese de doutoramento, que, se a tanto *o engenho e a arte* me acompanhar, será abordada na minha tese de doutoramento. Para finalizar, não resisto outra vez de transcrever um texto de Michel Viley, professor de Filosofia de Direito na Sorbone em relação ao pensamento positivista, que representa o pensamento dominante na actualidade, embora comece a surgir em força outra forma de pensamento nos novos juristas:

“Fazer Filosofia do direito é inútil, e esta é a mais mortal das censuras. A França tem necessidade de técnicos, como a Rússia ou os Estados Unidos. Não pode deixar atrasar-se na corrida da produção. De futuro será condenada toda a actividade que não se possa traduzir num acréscimo de automóveis, metralhadoras e frigoríficos. As chances de a filosofia do direito receber parte nos créditos de investigação científica são reduzidas nesta perspectiva. Mas sobretudo, a filosofia parece à maior parte dos juristas um modo de pensar antiquado: para que serve obnubilarmo-nos a dissertar sobre os princípios, a justiça, o direito natural, o silogismo jurídico, os direitos da pessoa humana? Não conseguimos mais que perder-nos em problemas insolúveis e em abstrações irrealis. Graças a Deus, ou mais exactamente graças à ciência positiva, dispomos actualmente de outras técnicas de investigação intelectual. Como dizia o ministro da Educação Nacional, já não estamos no tempo de S. Tomás: pretende-se ir direitos ao concreto, e não tratamos senão de assuntos precisos, de realidades positivas. Caminhos-de-ferro, camiões, seguros, são os verdadeiros assuntos dignos de estudo; a justiça, a lógica, a liberdade? Isso são ideologias, mitos, não são objectos da ciência.”⁵²

Este texto representa em súpula, a situação actual de uma grande percentagem de juristas. Este facto também está diagnosticado e muito bem, pela obra de referência do professor Castanheira Neves, já

⁵² Apud, SARAIVA, José Hermano, *O que é o Direito. A crise do Direito e outros estudos jurídicos*, 1ª edição, editor: Guilherme Valente, Gradiva, ISBN: 978-989-616-316-7, Lisboa Maio de 2009. Pg. 242

citado, “A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia”.

Não é de certeza uma tarefa fácil contrariar esta tendência! Impossível não é! A título apenas para reflexão, dizer que o estado actual só tem uma saída possível. Não há alternativa. Esta saída tem a ver com mudança de paradigma geral que é *a cultura global da desconfiança para uma outra que assente na CONFLANÇA!* É possível? Claro que é! Eu acredito. Seja numa geração ou dez ou vinte gerações, séculos de mudança... sim! porque não? Nos finais do século passado e já neste, coisas impossíveis tornaram-se possíveis. Há que estudar e refletir individual e colectivamente sobre as formas de, em cada obstáculo que apareça, procurar soluções de ultrapassá-lo. Na área do direito os sinais de que esta tarefa de *mudança de paradigma é possível*, começa a despontar no horizonte! O que é a *arbitragem*⁵³ senão a ideia de uma justiça mais célere assente na *confiança*? Seja na sua forma *institucional*, seja na sua forma *voluntária*, mais nesta última, a *ideia da confiança* preside à solução do conflito. Existe actualmente no mundo formas muito expeditas de realização da justiça, nomeadamente em Timor-Leste, no interior, longe dos tribunais, de forma muito eficaz, assente apenas na *confiança* de quem julga, normalmente no chefe da aldeia ou no chefe de suco!

Será que o direito deixou de *pensar o direito* e deixou de sonhar? Gosto muito de usar metáforas para dizer de forma eloquente aquilo que se passa na realidade: já escrevi que o direito actual é comparável também a avestruz. Não para enfiar a cabeça na areia, mas para dizer que é um animal possante, que em idade adulta não tem predadores. *Tem asas mas não voa*, e nem sequer se atreve a tentar voar. Voar aqui representa o sonho dos que ainda acreditam que a mudança é possível. Pela simples leitura deste artigo chega-se facilmente à conclusão de que é um trabalho de constação da realidade e algumas convicções de momento

⁵³ A *arbitragem* é uma forma de resolver conflitos em que as partes, através de uma *cláusula compromissória*, convencionam a resolução de um futuro conflito surgido no âmbito de um contrato, por meio de um tribunal arbitral. Há duas formas de realizar a arbitragem: a *institucionalizada* e a *voluntária*. Nesta última é onde as partes escolhem os juizes da sua confiança e não há a obrigatoriedade de eles serem juristas. Bastam pessoas com capacidade e de escolha livre; Para informações mais detalhadas consultar o dicionário jurídico de Ana Prata, volume I, 5ª edição, pg. 152 e ss.

do seu autor. Por isso este trabalho fornece apenas pontos de reflexão porque não cabe aqui fazer o estudo aprofundado, dada a extensão e o volume de trabalho que envolve, só possível em sede de uma tese de doutoramento ou talvez mais. Não só em direito mas noutras áreas científicas das humanidades. É um tema estimulante para investigar.

10. Conclusão

As consequências do sistema actual conhecemo-las bem. Está à vista de todos! Falta a solução! E esta solução, à partida é difícil mas não é impossível. A solução estará num sistema onde o *paradigma da desconfiança* será substituído pelo *paradigma da confiança*! Os sinais da mudança já se despontaram no horizonte! Precisamos apenas de agarrá-los e dar continuidade, com muito trabalho, estudo, e principalmente reflexão. Para isso, a Filosofia do Direito terá no futuro uma tarefa importante! Os situacionistas jurídicos descritos no texto de Michel Viley não terão lugar no futuro porque serão as avestruzes que têm asas mas não voam. Não sonham num mundo melhor para a justiça e para o mundo. Estão de olhos fechados perante *crimes que foram cometidos pelos comerciantes da indústria do verbo*, com consequências a nível planetário, como bem mostram as sociedade de advogados Mossack Fonseca e Appleby.

O cansaço de uma justiça complicada, traduzida em milhares de páginas que desafia a paciência, a capacidade, a inteligência, o descanso, a dedicação dos magistrados, é generalizadamente reconhecido por todos, juristas e não juristas. Os diagnósticos estão feitos, e se não, pelo menos há o reconhecimento de uma crise que se instalou e começou por ser reconhecida nos anos trinta do século passado. Portanto, o problema não é a existência da crise, pois ela é evidente aos mais desatentos. O problema é a solução. Para esta solução concorrerão novas formas de selecção de acordo com um determinado perfil dos futuros alunos para cursarem direito. Não para serem comerciantes mas para terem a convicção de que a justiça é uma MISSÃO. Uma nova cultura que envolve a sociedade no seu todo. Uma mudança em que as escolas desde o pré-escolar até a universidade deverão ser no futuro verdadeiros centros de educação para valores como a justiça, o respeito escrupuloso do outro, a tolerância, o respeito pelas minorias, a educação para a arte, uma educação

em que o privilégio é substituído pela solidariedade e pela partilha; as crianças terão a oportunidade de aprenderem que a maior arte é começarem a aprender que *a arte da vida é fazerem da vida uma obra de arte* como dizia Mahatma Ghandi. Que *o Amor é a força mais abstracta e também a mais potente que há no mundo. Que o Amor e a Verdade são tão unidos que é impossível separá-los*. E para finalizar com chave de ouro, repetir duas das citações iniciais transcritas no início deste texto, de Ghandy: *Uma civilização é julgada pelo tratamento que dispensa às minorias; o AMOR e a VERDADE estão tão unidos que é impossível separá-los*.

Bibliografia

- NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filofia de direito no contexto da crise global da filosofia*, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia jvrídica, 72, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, ISBN 972-32-1156-4, Coimbra 2003.
- NEVES, António Castanheira, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, lições para o 1º ano de Direito da FDUC, 1971-1972, fascículos policopiados, João Abrantes, coimbra 1971.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 5ª edição, 2ª reimpressão, Volume I, Edições Almedina S.A., ISBN: 978-972-40-3393-8, Setembro de 2009.
- SARAIVA, José Hermano, *O que é o Direito, a Crise do Direito e outros Estudos*, Gradiva Publicações S.A., ISBN: 978-989-616-316-7, Lisboa 2009.
- SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Edições Almedina S.A., ISBN: 978-972-40-4801-7, Março de 2012.
- SEN, Amartya, *Pobreza e Fomes*, Terramar Editores, Distribuidores e Livreiros Lda. ISBN: 972-710-244-1, Setembro de 1999.
- ROCHE, Marc, *O Banco. Como a Goldman Sachs dirige o mundo*. 7ª edição, Esfera dos Livros, ISBN: 978-989-626-380-5, Lisboa, Fevereiro de 2013.
- RAMPINI, Federico, *Banqueiros. História do novo banditismo global*, 1ª edição, Editorial Presença, ISBN: 978-972-23-5283-3, Lisboa, Maio de 2014.

PRATA, Ana, c/colaboração: CARVALHO, Jorge, *Dicionário Jurídico*, Vol. I 5ª edição, Edições Almedina, ISBN: 978-972-40-3393-8, Coimbra, Seteembro de 2009

PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico. Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª edição, Vol. II, Edições Almedina, ISBN: 978-972-40-3765-3, Coimbra 2009.



A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO AO BOM NOME E À IMAGEM NO ESPAÇO DAS MÉDIAS SOCIAIS

GUIDO LOPES¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A consagração constitucional do direito ao bom nome e à imagem enquanto direitos fundamentais; 2. O direito ao bom nome e à imagem como direitos de personalidade; 3. O confronto entre o direito ao bom nome e à imagem com a liberdade de expressão e imprensa; 4. A tutela civil do direito ao bom nome e à imagem; 5. A tutela penal do direito ao bom nome e à imagem; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

O problema de direito ao bom nome e à imagem tem-se vindo a colocar em todos os ordenamentos jurídicos. Fruto da expansão da globalização, do avanço tecnológico, da tecnologia-multimédia e da internet, nomeadamente nas mídias sociais, a garantia desses direitos é colocada em risco independentemente de serem, ou não, considerados como direitos fundamentais e direitos de personalidade das pessoas. No espaço das mídias sociais, como lugar pouco físico e sobretudo virtual/digital, podem ocorrer violações aos direitos das pessoas por via digital como o direito ao bom nome e imagem dos indivíduos e a emissão de mensagens racistas, palavrões, difamações, etc. Por esta razão o sistema jurídico tem um papel importante na proteção dos indivíduos de agressões aos seus direitos cometidas por meio pela utilização das novas tec-

¹ Licenciado em Direito pela Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

nologias, ou em consequências do uso das mídias sociais. Por outro lado, as novas tecnologias têm potenciado novas formas de lesão de direitos, designadamente de direitos fundamentais ancorados na dignidade da pessoa humana. O direito ao bom nome e à imagem constitui a privacidade das pessoas e podem estar em conflito com o exercício do direito à liberdade de expressão e imprensa².

Hoje, a privacidade das pessoas assume particular importância para o ser humano, pertencente a um grupo que quer preservar a sua identidade, seja ela pessoal, cultural, política, económica ou mesmo a sua própria naturalidade. Com efeito, a privacidade é algo pessoal, algo que pertence à pessoa — e só a ela — não a outra. A privacidade constitui-se não por qualquer outro elemento ou característica, mas por um “*quid*” inerente e próprio de cada indivíduo que vive no seio dos outros indivíduos³. Por outro lado, numa sociedade informatizada, consumista e globalizada o bom nome e imagem das pessoas é, por vezes, difícil de manter isolado da influência e interferência do mundo e dos interesses exteriores que, por todos os meios, entram na vida do ser humano, incluindo as mídias sociais. Estes não podem ser instrumentos ilícitos sob pena de perderem parte da sua legitimidade social⁴. Naturalmente as pessoas têm direito à sua privacidade, têm direito à não interferência por outra pessoa na sua privacidade, têm direito ao seu pequeno mundo que cria, que pensa e onde entra o seu núcleo de imputação de vontade para a sua vida⁵.

Portanto, a proteção do bom nome e da imagem das pessoas é hoje um fenómeno muito discutido porque, pelas mídias sociais, principalmente na rede social *Facebook*, sem conhecimento e autorização do titu-

² CATARINA SARMENTO CASTRO, *Direito à Internet*, cyberlaw, vol. 1, no. 2, edição n.º II — junho de 2016, revista científica sobre cyberlaw do centro de investigação jurídica do ciberespaço — cijic — da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Disponível em WWW:< URL <<http://blook.pt/publications/publication/03a-8c107da43/>> pp. 6-11

³ ADALBERTO DA COSTA, *O Direito à Imagem*, in Revista da Ordem dos advogados, Volume: Ano 72 IV — Out/Dez 2012, Disponível em WWW:< URL <<http://www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abb1a8210c4%7D.pdf>> p.1364.

⁴ DIOGO LEITE CAMPOS/DANIEL FREIRE E ALMEIDA, *O Direito ao bom nome e à reputação e a “internet”*, Vol. XVIII, n.º 1 /n.º 2 , Galileu- Revista de Economia e Direito, 2012, p. 95.

⁵ Cfr. IDEM, *ibidem*, na mesma página.

lar do nome e imagem, ocorrem divulgações de imagens que podem ser captadas por um celular (ou qualquer meio tecnológico), editadas e manipuladas constituindo ofensa na ordem moral e ordem pública. Os titulares sofrem danos porque as suas imagens se espalharam por todo o lado enquanto a sua proteção é constitucionalmente consagrada.

O fenómeno que mais recorrente em Timor Leste é a difamação, insultos aos líderes nacionais e aos titulares dos órgãos da soberania por posições políticas e cores partidárias por pessoas desconhecidas que utilizam as médias sociais mesmo que este espaço tenha a função de unir o mundo e mudar o ativismo político⁶. Afetam também os cidadãos em geral por vinganças por razões diversas, publicam e divulgam as imagens das pessoas e ao mesmo tempo insultam-nas com palavrões junto da identificação do nome que podem levar os seus titulares a sofrerem danos morais. Portanto, este artigo visa levar-nos a conhecer a tutela do bom nome e imagem pela ordem jurídica constitucionalmente, civilmente e penalmente consagrada.

1. A consagração constitucional do direito ao bom nome e direito à imagem enquanto direitos fundamentais

O direito ao bom nome e direito à imagem está consagrado na Constituição da República Democrática de Timor-Leste — adiante CRDTL — nos termos do art.º 36.º que consagra “*Todo o individuo tem direito a honra, ao bom nome e a reputação, a defesa da sua imagem e a reserva da sua vida privada e familiar*”. A norma Constitucional prevê expressamente que todas as pessoas têm direito a ser respeitadas por outras, independentemente do nome e da imagem; são direitos ligados à intimidade privada individual, direitos de personalidade da pessoa⁷ e são

⁶ FRANCISCO RUI CÁDIMA, *O Facebook, As Redes Sociais e o Direito ao Esquecimento* / In: *Informação e liberdade de expressão na Internet e a violação de direitos fundamentais*: comentários em meios de comunicação online/[coordenação da obra] Gabinete Cibercrime da Procuradoria-Geral da República; [revisão e paginação de texto] Imprensa Nacional-Casa da Moeda-[Lisboa]: INCM-Imprensa Nacional-Casa da Moeda, [copy. 2014]. — p. 67-90 ; 24 cm. — (Direito, jurisprudência e doutrina). — ISBN 978-972-27-2319-0.

⁷ PEDRO CARLOS BACELAR DE VASCONCELOS, *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdi-

direitos que fazem parte do cardápio de direitos fundamentais designadamente os direitos, liberdades e garantias pessoais constitucionalmente consagrados.

Os mesmos direitos são internacionalmente reconhecidos, tendo obtido consagração expressa no art.º 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 que expressa que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à protecção da lei”. Esta norma internacional vincula todos os Estados, incluindo Timor-Leste como um dos membros da Organização das Nações Unidas (ONU). Como sabemos a DUDH é automaticamente aplicável no ordenamento jurídico timorense, com base no artigo 9.º CRDTL o qual constitui uma cláusula de receção automática. Pois, temos em primeira vista, o que distingue os direitos humanos e direitos fundamentais. Segundo GOMES CANOLTILHO e VITAL MOREIRA, o primeiro refere-se aos direitos de todas as pessoas ou coletividade de pessoas independentemente das sua posição jurídica no ordenamento político estadual e como também direitos válidos para todos os povos em todos os tempos que têm uma dimensão jusnaturalista universalista⁸. O segundo refere-se aos direitos que são positivados e consagrados constitucionalmente⁹, são direitos do Homem juridicamente e institucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente e por fim são direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica¹⁰. Já JOSÉ ALEXANDRINO MELO acrescenta que os direitos humanos são direitos que se referem às situações jurídicas resultantes da natureza ou condição do ser humano que o direito internacional reconhece e os direitos fundamentais são direitos de expressão constitucional que designam as situações jurídicas fundamentais das pessoas reconhecidas pela Constituição¹¹. Porém, temos em consideração que

ciplinar Escola de Direito da Universidade de Minho, 2011 ,p.149

⁸ J.J GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 393. .

⁹ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, P. 240.

¹⁰ Cfr. J.J GOMES CANOLTILHO, *Direito Constitucional e Teoria*, *ob.cit.*, p.393.

¹¹ JOSE DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Principia, 2007, p.30.

estes dois direitos têm a sua semelhança em virtude de que os dois são de origem dos valores éticos como a justiça e igualdade, mostrando as características à natureza humana em que a sua finalidade é a dignidade da pessoa humana¹². Nesta senda, o Estado é incumbido de exercer os seus deveres previstos pela Constituição de forma a proteger e garantir os direitos dos cidadãos em qualquer espaço ou meio, principalmente nas médias sociais. Desta forma, revela-se necessária a criação de regras jurídicas materiais para que conduza essa instituição de direitos segundo com as suas regras inerentes¹³. A tutela constitucional do direito ao bom nome e imagem é uma forma de definição constitucional dos estatutos jurídicos de cada pessoa por via da atribuição dos direitos fundamentais ou reconhecimento desses direitos com intuito de assegurar a dignidade essencial da pessoa humana, mas sempre através da previsão das normas e a proteção de aspetos específicos ou de zonas determinadas da existência e da atividade humana¹⁴.

Segundo MIRANDA, esses direitos são direitos da primeira vista *prima facie*, direitos próprios que ligam a identificação pessoal como uma pessoa e que tem a sua personalidade jurídica. Também são direitos de base da situação jurídica das pessoas e por fim são direitos que originam a tutela jurídica da vida humana, principalmente a dignidade¹⁵. O mesmo autor ainda acrescenta que os direitos, liberdades e garantias pessoais são direitos, por natureza, de autonomia de manifestação e individualização da pessoa; impõem o respeito na esfera própria e na esfera de outras pessoas como limitação aos poderes públicos do Estado porque são os

¹² BÁRBARA NAZARETH OLIVEIRA/CARLA DE MARCELINO GOMES/RITA PASCOA DOS SANTOS, *Direitos Fundamentais em Timor-Leste-Teoria e Prática*, PDHJ- *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra e Dili, 2014, p.32.

¹³ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, p.60

¹⁴ Cfr. IDEM, *ibidem*, P. 108.

¹⁵ JORGE MIRANDA, *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa* — Disponível em WWW:<URL <https://www.google.com/search?q=jorge+miranda+a+consagracao+constitucional+dos+direitos+me..69i57.77567j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> p.109.

direitos que revelam a essência da pessoa¹⁶. Para melhor compreendermos, os direitos fundamentais entendem-se como os direitos que têm relação com o poder, que têm incidência publicista e pertencem o domínio constitucional¹⁷.

Sendo assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem que a imagem e bom nome representam civilisticamente os direitos de personalidade, impõem a todos o dever de proteger a esfera nuclear das pessoas e sua vida¹⁸. Por outro lado, RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, de acordo com as suas perspetivas, consideram que o direito ao bom nome e à imagem visam garantir a autonomia na disponibilidade da imagem de cada um, independentemente de estar ou não diretamente em causa o bom nome e a reputação das pessoas e independentemente de estar ou não em causa a vida privada e familiar. Traduz-se, assim, num direito ao controlo da utilização dos registos da própria imagem e implica igualmente, um direito à autodeterminação da imagem exterior¹⁹.

Assim, a tutela constitucional do direito ao bom nome e direito à imagem através das normas materiais infra-constitucionais garante as posições jurídicas-subjetivas universais e permanentes que ligam diretamente com a dignidade das pessoas, integridade moral-física e intimidade privada. Não permitindo que através dos espaços das médias sociais se ponha em causa as suas posições. São, portanto, as exigências básicas, atributos jurídicos e primeiras ideias da dignidade da pessoa humana²⁰⁻²¹.

¹⁶ Cfr. IDEM, *ibidem*, p. 122

¹⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.62.

¹⁸ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Da Republica*, *ob...cit.*, P.461.

¹⁹ Cfr. RUI MEDEIROS/ANTÓNIO CORTÊS, anotação ao art.º 26,º in JORGE MIRANDA- RUI MEDEIROS, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 618 — 619

²⁰ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, *ob... cit.*, pp. 87-88.

²¹ Cfr. IDEM, *ibidem*. P. 102.

2. O direito ao bom nome e à imagem como direitos de personalidade

Em primeiro lugar temos de saber o que é a personalidade. Entendemos que a personalidade é tudo aquilo que se refere à individualidade de uma pessoa humana. É aquilo que a pessoa tem, ou seja, é inerente ao indivíduo e, para cada um, e na mesma forma, é aquilo que faz a distinção entre uma pessoa (em si próprio) com outra pessoa. Não é só isto a personalidade; também não é apenas uma apreciação de uma representação pura mas é uma representação do ser, intimamente ligada à pessoa em virtude de um resultado da formação de um processo de tempo ou decurso do tempo porque a pessoa nasce quer perdurar no espaço e no tempo²². Para KANT a personalidade é como “*o homem é pessoa, no que tange aos seus deveres em confronto alheio, e é personalidade (humanidade) no que se refere aos deveres, nos confrontos consigo mesmo, uma personalidade cuja moralidade constitui a dignidade do homem, na qual a autonomia é o fundamento*”. Ele ainda acrescenta que a personalidade se refere ao Homem isto é, ser pessoa em si própria e vai ter o fim em si mesmo, que faz nascer a sua dignidade como um ser no mundo ou universo. Por esta razão o Homem tem o dever de respeitar os outros à sua semelhança; reciprocamente os indivíduos são obrigados a respeitarem-se uns aos outros²³. Assim, a personalidade é sempre colocada na individualidade pessoal, na sua identificação e posição pessoal através do nome e da imagem que se distingue em torno de uma comunidade no espaço e até numa sociedade.

É importante saber a dialética dos direitos de personalidade. Considerando que são direitos que servem a pessoa singular ou individual, eles dão corpo à individualidade única a cada pessoa e, ao mesmo tempo, permitem a defesa perante os interesses da coletividade organizada, designadamente o poder económico, político entre outros que podem colocar em causa esses direitos²⁴. Naturalmente, os direitos de personali-

²² ADALBERTO DA COSTA, *O direito à imagem, ...ob. cit.*, pp. 1353-1355.

²³ Cfr. IDEM, *ibidem*, p. 1355.

²⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral*, Tomo III, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2007, P. 96.

dade estão sempre enraizados em bens, que não são quaisquer bens como se refere, as coisas, mas são bens que em concreto podem satisfazer as necessidades inerente para a própria e para outras pessoas. Os bens colocados aqui têm relação com a convivência do ser humano no aspeto espiritual-moral e social, nomeadamente a honra, o nome, a imagem e a intimidade. Por isso se identificam os direitos de personalidade como os direitos que observam a característica específica de uma pessoa²⁵.

Os direitos de personalidade são considerados como direitos absolutos que têm o efeito *erga omnes*, permitindo que uma pessoa seja titular do nome e da imagem, exigindo a toda e qualquer pessoa ou um determinado sujeito inter-partes que siga as condutas necessárias à sua efetivação, como o respeito dos direitos que outras pessoas têm. Os direitos de personalidade têm a sua natureza não patrimonial, o seu efeito não tem finalidades económicas mas, em princípio, podem ser avaliados pecuniariamente; um nome e imagem, quando dotados de autorização dos seus titulares, podem ser lançados no mercado e também nos casos de violações pode originar a sua reparação por dinheiro²⁶. Mas, relativamente ao nome, em princípio, sempre se relaciona com a firma ou nome da empresa/sociedade comercial²⁷.

Segundo MENEZES CORDEIRO, os direitos de personalidade estão divididos em dois: gerais e especiais. É geral porque o seu horizonte é a protecção geral dos bens da personalidade como o direito à vida e à honra contudo sempre acompanhado com os direitos subjetivos e especial porque só se dedica para o direito ao nome e à imagem mas a sua protecção é igual²⁸. MIRANDA, na sua posição considera que os direitos de personalidade pressupõem direitos que têm relações com a igualdade, tem incidência privativa e domínio de Direito Civil²⁹.

Assim, o direito ao nome é uma representação linguística de um ser humano que pode ser vocativa e distintiva. Vocativa por razão de que

²⁵ Cfr. IDEM, *ibidem*, pp. 96-99.

²⁶ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4^a edição, coimbra editora, Coimbra, 2005, pp.208-209.

²⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob...cit.*, pp. 103-105.

²⁸ Cfr. IDEM, *ibidem*, p p. 153.

²⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito, ob...cit.*, p.62..

permite designar uma pessoa que usa e distintiva porque faculta uma distinção com outro ou demais pessoas³⁰. Por outro lado o direito à imagem é um direito de personalidade que permite uma identificação imediata de uma pessoa que se trate, enquanto uma forma de tratamento dado à própria pessoa. Portanto, a imagem tem a sua existência no palco dos bens da personalidade porque a sua tutela jurídica não deixa os valores de todos eles responsáveis e merecedores em qualquer espaço do universo incluindo nas mídias sociais.

3. O confronto entre o direito ao bom nome e direito à imagem com a liberdade de expressão e de imprensa

Na verdade, há sempre conflitos entre direitos individuais — colisão de direitos — porque a norma Constitucional assegura esses direitos concomitantemente mas, em concreto, os direitos individuais estão sempre em contradição³¹. Nesta medida, naturalmente, o Homem é um ser cultural, responsável pela harmonização e defesa dos direitos individuais. Os direitos fundamentais individuais não são o único valor numa comunidade estando em relação com os direitos de outra pessoa, direitos da coletividade e valores diversos e distintos que devem ser garantidos mutuamente porque a situação da vida concreta é complexa e geradora de conflitos.

Uma colisão de direitos pressupõe que, em concreto, a realização ou exercício de um direito gera um impedimento em relação ao exercício de outro direito mas também do próprio direito porque, hipoteticamente, tem a sua solução como se refere quais os direitos que davam prioridade “*prior*”. Por exemplo: primeiro realiza o direito ao bom nome e à imagem ou realiza a liberdade de imprensa e de expressão? Também a solução tem de ser recíproca (reciprocidade) entre estes direitos. Nesta situação tem de se considerar que a norma constitucional sempre tem a sua tutela. Por este motivo, devemos, em primeiro lugar, identificar os bens jurídicos protegidos e a sua extensibilidade por normas constitucionais. Assim, seguindo com o princípio da unidade da Consti-

³⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob...cit.*, p. 153 e p.193.

³¹ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais, ob...cit.*, p.220.

tuição ou princípio da unidade hierárquico-normativa, verificamos que o direito ao nome, à imagem, liberdade da imprensa e da expressão (constitucionalmente consagrados) são direitos que têm o mesmo valor³². Assim, o direito à informação ou a liberdade de imprensa e liberdade de expressão podem entrar em conflito com o direito ao bom nome e direito à imagem ou à intimidade da vida privada³³⁻³⁴.

Também o avanço da tecnologia de informação, desigualmente a criação de jornais diários, a partilha, ou seja a divulgação, de informação nas mídias sociais e pela sua grande difusão, pode ameaçar a vida das pessoas, facilitando a difusão dos ataques ao bom nome e à imagem quando contendo materiais sobre escandalos, crimes, problemas de adúlteros etc.³⁵. No espaço das mídias sociais a liberdade da imprensa e de expressão termina quando se inicia o direito à privacidade³⁶.

Para evitar os conflitos deve considerar-se a sua resolução não pelas regras ou normas mas pelos princípios que irão sempre analisar os direitos da *prima facie* pois já são direitos definitivos. Isto se tal for permitido pelos casos concretos e na medida das condições factuais e jurídicas. Esta situação obriga a que seja preciso harmonização entre os direitos em conflito, alcançando pelo consenso prático nos casos concretos. Para esta harmonização devem ainda respeitar-se os princípios constitucionais — como o princípio da proporcionalidade — e também a relação de prevalência entre esses direitos numa circunstância dos casos concretos com o intuito de obter uma solução justa em sede das leis gerais como nas leis criminais e civis³⁷.

³² RENATO LOPES MILITÃO, *A Formulação de Juízos de Valor Desonrosos com Suporte Factual, Perante a Incriminação da Difamação*, in Revista de Ordem dos Advogados, ano 75, 2015 Disponível em WWW:< URL < https://issuu.com/revistaoa/docs/roa_ano75_-_jan_jun2015_doutrina, pp. 157-160.

³³ Cfr. IDEM, *ibidem*, pp. 108-109 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob...cit.*, p.97

³⁴ IOLANDA A.S RODRIGUES DE BRITO, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, 1ª edição, Coimbra Editora-Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2010, pp.52-53.

³⁵ DIOGO LEITE CAMPOS/DANIEL FREIRE E ALMEIDA, *O Direito ao bom nome, ob...cit.*, p. 91.

³⁶ Cfr. IDEM, *ibidem*, p.95.

³⁷ RENATO LOPES MILITÃO, *A Formulação de Juízos, ob...cit.*, pp.161-165

A liberdade de expressão é uma liberdade que, de acordo com o ponto de vista aforístico, é um elemento essencial para a realização do princípio democrático e do princípio do pluralismo de expressão. Essa liberdade é uma forma de efetivação e aprofundamento da democracia política, da democracia participativa, da democracia económica, social e cultural onde a manifestação livre, aberta, descomplexada, desinibida e exaustiva do pensamento revela um interesse social. A liberdade de expressão também assume uma função democrática e social decisiva e, ao mesmo tempo, é uma forma de fazer evoluir novas abordagens, perspectivas, ideias, valores, que servem para transformação da ideologia dominante e, por fim, para a evolução do pensamento social e da sociedade³⁸. A liberdade de expressão, consagrada que está no artigo 40.º da CRDTL³⁹, dá a cada pessoa a possibilidade de expressar e divulgar livremente as suas ideias e pensamentos relativos a qualquer questão através de qualquer meio ou espaço⁴⁰. Essa liberdade faz parte dos direitos humanos conforme estipulado no artigo 19.º da DUDH de 1948⁴¹. MENEZES CORDEIRO acrescenta que a liberdade de expressão não é um direito de personalidade, contudo é uma permissão genérica⁴². Na perspectiva de GOMES CANOLTILO é um direito que faz parte dos direitos fundamentais de garantias institucionais⁴³. É, assim, com tais argumentos, que poderemos considerar que a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais das pessoas num Estado de Direito democrático como é Timor-Leste.

³⁸ Cfr. IDEM, *ibidem*, pp. 152-153.

³⁹ O art.º 40.º da CRDTL, expressa que “*Todas as pessoas tem direito a liberdade de expressão e ao direito de informar e ser informados com isenção; O exercício da liberdade de expressão e de informação não pode ser limitado por qualquer tipo de censura; O exercício dos direitos e liberdades referidos neste artigo e regulado por lei com base nos imperativos do respeito da Constituição e da dignidade da pessoa humana*”

⁴⁰ Cfr. PEDRO CARLOS BACELAR DE VASCONCELOS, *Constituição Anotada, ob...cit.*, p.161.

⁴¹ O artigo 19.º da DUDH expressa que “*Todo o ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão ; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transformar informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras*”

⁴² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, ob...cit.*, p.100.

⁴³ J.J GOMES CANOLTILO, *Direito Constitucional e Teoria, ob...cit.*, p.397.

Uma forma de concretizar essa liberdade é com a aprovação da lei da comunicação social (LCS) aprovada pela lei n.º 5/2014 de 19 de novembro. Esta lei garante que todos os cidadãos têm a liberdade de exprimir e divulgar as suas ideias através dos meios de comunicação social nos termos do artigo 9.º da LCS⁴⁴ mas proíbe a divulgação de agitações e perturbações por ideias políticas, filosóficas, religiosas. Nessa liberdade podemos entender que existem três elementos: o direito a informar, direito de se informar; e o direito de ser informado.

Mas existem ainda dois argumentos que estribam essa liberdade. O primeiro é o direito de se *exprimir* livremente o respetivo pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, sem impedimentos nem discriminações. E o segundo é o direito de se *divulgar* livremente o respetivo pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio sem impedimentos e discriminações. Assim, no que concerne a essas duas situações podemos dizer que uma pessoa tem a faculdade de fazer chegar as ideias a uma determinada pessoa e também num número indeterminado de pessoas — ou seja ao público — desde que não haja impedimentos nem discriminações⁴⁵. Neste contexto a LCS, mesmo tratando especificamente da liberdade da imprensa, está igual e intrinsecamente ligada à liberdade de expressão. Assim, há limites ao exercício dessa liberdade quando se põe em risco o direito à honra, ao bom nome, a reputação, a privacidade, a presunção da inocência, o segredo da justiça e o segredo do Estado nos termos previstos no artigo 11.º da LCS.

Assim, também é importante saber especificamente: o que é a liberdade de imprensa? Esta liberdade está constitutivamente consagrada no artigo 41.º da CRDTL, expressa que “É garantida a liberdade de imprensa e dos demais meios de comunicação (...) nos termos da lei”⁴⁶. A liberdade de imprensa tem uma ligação direta com a liberdade de expressão, ou seja, é uma subdimensão da liberdade da expressão⁴⁷ como consta também no artigo 19.º da DUDH (*cf. supra* nota n.º 40). Esta li-

⁴⁴ O meio da comunicação social é o veículo que permite a divulgação regular da atividade jornalística, sob a forma impressa ou eletrónica. *v.* Artigo 2.º al.j) da LSC.

⁴⁵ Cfr. RENATO LOPES MILITÃO, *A Formulação de Juízos, ob.cit.*, p.153.

⁴⁶ Cfr. artigo 41.º CRDTL

⁴⁷ Cfr. IOLANDA A.S RODRIGUES DE BRITO, *Liberde de Expressão, ob.cit.*, p, p.31.

berdade é mais dedicada à criação dos órgãos da comunicação social e à sua liberdade, a criação dos jornalistas, assegurar os destinatários da informação, a sua independência e objetividade, garantir a proteção da liberdade de expressão, a proibição de censura e garantir aos cidadãos o direito ao acesso às fontes de informação pelos meios e órgãos de comunicação social⁴⁸.

Nos termos da LCS, pelo seu artigo 1.º, visa-se “*Garantir, proteger e regular o exercício da liberdade de informação, imprensa e dos meios de comunicação social*”. Com este preceito a liberdade da imprensa deve servir para garantir os direitos do cidadão no acesso à informação, a ser informado e divulgar informação como consta artigo 7.º da LCS. Para concretizar isto, cabe sempre aos órgãos de comunicação social — através da atividade jornalística — informar os cidadãos com base na prerrogativa constitucional, independência, objetividade e sigilo profissional de acordo com o artigo 8.º da LCS⁴⁹. Na realização desses direitos, os jornalistas ou órgãos da comunicação social têm de respeitar a dignidade humana, a honra e consideração das pessoas e os demais direitos de outras pessoas, não podendo fazer referências discriminatórias sobre a raça, religião, sexo, preferências sexuais, doenças, convicções políticas e condição. Tudo nos termos previstos no artigo 4.º alíneas b) e c) da LCS. Neste sentido, a divulgação das informações por médias sociais — que sempre cabe aos jornalistas ou órgãos da comunicação social — não significa que o cidadão em geral não possa divulgar informação nas médias sociais. O indivíduo tem direito a se expressar, mas tal não constitui direito absoluto. É necessário que os competentes órgãos do Estado estabeleçam um quadro regulatório suficiente que facilite a defesa dos direitos individuais como o direito à imagem e ao bom nome dos cidadãos. Por exemplo, através da criação da lei do cibercrime.

⁴⁸ Cfr. PEDRO CARLOS BACELAR DE VASCONCELOS, *Constituição Anotada, ob...cit.*, p.164.

⁴⁹ Para mais compreensível, a liberdade da imprensa tem função para a promoção e circulação de informação e na formação da opinião pública e da vontade pública, assegurando que as informações seja de forma rápida em prol dos aqueles que visam receber e garante o pluralismo de pensamentos e opiniões, **cfr.** IOLANDA A.S RODRIGUES DE BRITO, *Liberdade de Expressão, ob...cit.*, p.32.

4. A tutela civil do direito ao bom nome e à imagem

O direito ao bom nome e à imagem estão tutelados civilmente, enquanto direitos de personalidade; estão previstos nos artigos 69.º e 76.º do Código Civil (CC). Estes direitos constituem a honra das pessoas que representam e o valor fundamental da dignidade da pessoa humana⁵⁰. O direito ao nome está previsto no artigo 69.º do CC que dispõe que toda a pessoa tem direito de usar o seu nome completo e abreviado. É proibido a uma pessoa ilicitamente apropriar-se do nome de outra pessoa com fim de prejudicar o nome desta pessoa⁵¹. Também o artigo 418.º do CC prevê que quem, de qualquer maneira, espalhar facto, prejudicar o bom nome e causar dano a outra pessoa é responsável no ressarcimento dos danos. O sistema jurídico assegura os direitos das pessoas protegendo o seu nome de atos antijurídicos em situação de divulgação dos nomes das pessoas nas médias sociais quando portadoras de informações e/ou acusações falsas. Por exemplo: a difamação.

Estes são considerados violações de direitos e, causando danos, podem originar as suas reparações, que podem ser em dinheiro⁵². A lei protege o nome, como um sinal através do qual se designa uma pessoa e pelo qual essa pessoa é individualizada não só para si mesma, mas também a sua relação num grupo, na família a que a pessoa pertence. Existem três (3) teorias que fundamentam o direito ao nome, *como teoria de direito à propriedade, a teoria do nome da obrigação e instituição de polícia civil e teoria do nome como um direito de personalidade*. Há uma questão de interesse público na proteção do nome individual e, portanto, incumbe ao Estado preservar e defender os nomes das pessoas em ordem à proteção da sua própria identidade nacional e da sua organização social. Por fim, o direito ao nome tem o seu efeito *erga omnes*, não permite fazer uma estimação (ou seja: não

⁵⁰ IDEM, *ibidem*, p.37.

⁵¹ Cfr. Artigo 69.º CC expressa que “*Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins; O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decreta as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito*”

⁵² Cfr. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral*, *ob...cit.*, pp. 209-210.

é passível de ser avaliado em dinheiro), é imutável e também não pode ser alterado exceto nas específicas situações previstas na lei⁵³.

Neste sentido, as condutas que ofendem o nome das pessoas têm a possibilidade de constituir os seus autores em responsabilidade civil pelos danos sofridos no âmbito dessa atuação. Os requisitos legais para a responsabilidade civil incluem a ilicitude (cfr. o artigos 417.º e 418.º CC)⁵⁴. A ilicitude é um comportamento antijurídico, ou seja, contrário à lei. Assim, a violação do direito ao nome, conforme previsto nos termos do artigo 69.º do CC, pode gerar responsabilidade civil pelos danos sofridos em virtude de ato cometido por uma pessoa. Para a concretização do ressarcimento dos danos e respetiva penalização — a fim de evitar os comportamentos ilícitos — torna-se necessário que os órgãos do Estado com competência legislativa constituam regras materiais completas, incluindo as regras processuais. Relativamente à tutela civil do direito à imagem, o artigo 76.º do CC dispõe que a imagem das pessoas não pode ser divulgada, lançada, editada sem autorização do seu titular. Há, todavia, situações em que a imagem de uma pessoa pode ser divulgada ou lançada como a situação de uma pessoa assume um cargo político (figura pública); por exemplo um Primeiro-Ministro, os Ministros, nas situações em que a pessoa é perseguida pelas autoridades policiais por razões da justiça, nos termos da lei⁵⁵. Por esta razão, incumbe ao titular da

⁵³ Cfr. ADALBERTO DA COSTA, *O Direito à imagem, ... ob. cit.*, pp.1360-1362.

⁵⁴ Artigo 417.º CC dispõe que *“Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação; Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”*. e acrescenta ainda o artigo 418.º CC dispõe que *“Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados”*.

⁵⁵ Cfr. Artigo 76.º CC expressa que:

“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do Artigo 68º, segundo a ordem nele indicada; Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente; O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”

imagem o recurso a todos os meios de defesa contra ataques ou divulgações não autorizadas, injustas ou distorcidas. Estes meios são sempre meios legais assegurados e estabelecidos pelos órgãos competentes do Estado. Assim, as imagens das pessoas não podem ser utilizadas de forma distorcida mas devem corresponder à realidade e salvaguardar a dignidade e a honra da pessoa representada e exposta nas mesmas⁵⁶. Para reforçar esta argumentação há duas (2) teorias base: 1. *a teoria do direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada*; 2. *a teoria do direito à própria imagem e o direito a liberdade*. Para a primeira teoria, o direito à imagem está ligado à ideia da proteção à intimidade ou reserva à vida privada e para a segunda teoria a divulgação ou exposição da imagem pessoal deve pertencer ao poder de autodeterminação de cada indivíduo, isto é, cada indivíduo deve ter liberdade de escolher se o seu retrato deve ou não ser usado por terceiros. O direito à imagem tem a sua característica de direito de personalidade em geral que constitui um direito subjetivo de caráter privado e natureza absoluta. Concede-se ao titular a faculdade exclusiva de reproduzir e difundir a sua imagem com caráter comercial, impedir outrém de reproduzir, difundir ou publicar a sua imagem sem o seu consentimento. O direito à imagem como direito de personalidade apresenta-se em duas vertentes convergentes: uma *positiva*, porque confere uma faculdade, outra *negativa* porque impede a utilização de imagem por terceiros sem autorização. Não só isto é uma forma implícita auto responsável, no sentido de que a pessoa quando abusa no uso ou na utilização da sua imagem é responsabilizada pelo ordenamento jurídico, do mesmo modo que quando outros o fazem de igual modo se pode falar em responsabilidade pela utilização abusiva ou imagem ilícita com ou sem autorização⁵⁷.

⁵⁶ FERNANDO BRITO, *Legitimidade da captura de imagem pelo cidadão de elementos policiais em serviço*, Tese de dissertação de mestrado em ciências policiais no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Disponível em WWW:< URL <<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/15531/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20Fernando%20Brito.pdf>>, p. 13.

⁵⁷ Cfr. ADALBERTO DA COSTA, *O Direito à Imagem, ...ob. cit.*, pp. 1371-1372. Há ainda muitas teorias que fundamentam do direito à imagem pelo mesmo autor como os seguintes : *a teoria negativista* —os seus seguidores negam a existência do direito à imagem (rosmini, Piola, Caselli, schuster); *a teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra* — para esta teoria, a protecção a dar ao direito à imagem é

O direito ao nome e à imagem são sempre juridicamente tutelados civilmente, permitindo aos seus titulares a faculdade de requerer as providências adequadas para salvaguardar esses direitos que, por recurso ao instituto da responsabilidade civil, evitam a ameaça, consumação de ofensa ou violação no espaço das médias sociais sobre esses direitos⁵⁸⁻⁵⁹.

5. A tutela penal do direito ao bom nome e à imagem

O direito ao bom nome e a imagem são, em princípio, tutelados penalmente. Porém, é controverso que esses direitos, enquanto protetores da honra das pessoas e dotados de uma especial complexidade, possam ser defendidos pelo direito penal; este é um campo de atuação onde o direito penal, *ultima ratio* do sistema jurídico, terá dificuldade em intervir de uma forma positiva, ainda que se trate de proteger bens jurídicos. Por outro lado, alguns defendem que a incriminação da violação do bom nome e imagem visa tutelar estes enquanto bens jurídicos fundamentais, essenciais à personalidade ética-jurídica de um indivíduo e à conservação

feita não directamente, mas através do direito à honra a que o direito à imagem constitui uma faceta ou resultado; **a teoria do direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo** — para os seus defensores, o direito à imagem é uma extensão do direito sobre o próprio corpo, pelo que o direito à imagem está em relação ao corpo como o direito ao nome está em relação à pessoa; **a teoria do direito à própria imagem como espécie do direito à identidade pessoal ou teoria da identidade** — para os seus defensores, existe um paralelismo entre a imagem e o nome das pessoas já que ambos possuem uma função identificadora do ser humano, pelo que o direito à imagem seria a expressão do direito à individualidade; **a teoria do património moral da pessoa** — para esta teoria, o direito à imagem pessoal deve integrar-se juntamente com os demais direitos de personalidade, no património moral do indivíduo. Diríamos que a expressão “património moral do indivíduo” não é de todo correcta em face da natureza da matéria em análise, antes deveria tal expressão ser substituída pela expressão “imagem pessoal” ganhando assim toda a consistência que merece. Na verdade, aceitamos tal teoria com esta correcção, já que efectivamente a imagem integrada com os demais direitos de personalidade, constitui de facto o que podemos chamar com propriedade o direito à imagem pessoal, encontrando-se aqui o seu fundamento. Por último, **a teoria do direito autónomo à luz do direito positivo** — para esta teoria, o direito à imagem funda-se na lei civil e só nela, pelo que o direito à imagem só existe enquanto previsto na lei.

⁵⁸ Cfr. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral*, *ob.cit.*, pp. 209-210

⁵⁹ Cfr. IOLANDA A.S RODRIGUES DE BRITO, *Liberde de Expressão*, *ob.cit.*, p.109-111

e bom funcionamento de uma sociedade democrática. Tais direitos são irrenunciáveis e realizam quer interesses das pessoas quer da sociedade, assegurando a verdade das imputações informais⁶⁰. Portanto, a norma penal existe para proteger os bens jurídicos da sociedade pelo que é uma expressão de um interesse, da pessoa ou comunidade, na manutenção ou integridade de certo Estado objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso⁶¹.

Assim, de acordo com a experiência portuguesa, o bom nome e a imagem estão protegidos pela norma incriminadora. A violação do direito ao bom nome e à imagem pode constituir crime de difamação, injúria, publicidade e calúnia e gravações e fotografias ilícitas⁶² porque

⁶⁰ Cfr. IDEM, *ibidem*, pp.38-39 *apud* COSTA ANDRADE, *Liberdade da Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Prespetiva Jurídico-Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p.82; A honra representa, assim, um objecto ideal em que a lesão se dá apenas no ataque à pretensão de respeito decorrente daquele valor, pretensão essa, pois, que constitui o real objecto de acção dos crimes de difamação e injúria. E aqui reside já uma das fragilidades desta construção: o esvaziamento do bem jurídico da honra. Na verdade, demasiadamente identificado com a dignidade pessoal — que pertence por igual a todas as pessoas e, portanto, não cria nem permite identificar as diferentes densidades normativas que sempre surge detectar em qualquer bem jurídico, **Cfr.** COSTA FARIA, 180.º: **in** JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 606-607; Cfr. IOLANDA A.S RODRIGUES DE BRITO, *Liberdade de Expressão, ob.cit.*, pp.242-244 **apud** COSTA ANDRADE, *A dignidade Penal e a Carência tutela penal, como referências de uma doutrina teleológica do crime*, RPCC, N.O 2, 1992, p.178.

⁶¹ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal:Parte Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.114.

⁶² Artigo 180.º do Código Penal Português(CPP) n.º 1, "Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias"; Artigo 181.º do CPP "Quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias; Tratando-se da imputação de factos, é correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo anterior"; Artigo 182.º "à difamação e à injúria verbais são equiparadas as feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão"; Artigo 183.º do CPP "se no caso dos crimes previstos nos artigos 180º, 181º e 182º: a) A ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação; ou, b) Tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação;

consideraram-se atos ofensivos à honra, à intimidade da vida privada e bens jurídicos das pessoas⁶³ em virtude de uma imputação de um juízo ou opinião. Por exemplo, o João disse que o Manuel roubou o seu carro, mas na verdade não foi o João que praticou esse ato. Para MOTA PINTO, a violação do direito ao bom nome considera-se uma violação de direitos de personalidade que pode levar até um facto ilícito criminal⁶⁴. A violação desses direitos pode dar-se através de quaisquer meios (imprensa ou médias sociais, por exemplo).

A norma penal timorense não tipifica alguns desses atos como crime. Encontram-se estipulados os crimes de devassa, violação de segredo, violação de domicílio e violação de correspondência ou de telecomunicações (**cfr.** Os artigos 183.º — 187.º do Código Penal Timor-Leste-CP). Assim, está dificultada a penalização dos atos típicos ilícitos que ofendem o direito ao bom nome e à imagem no espaço das médias sociais que têm fonte aforística no *nullum crime sine lege* nos termos do artigo 31.º n.º 2 CRDTL e artigo 1.º n.º 1 do CP⁶⁵. Porém, WAREN e BRANDEIS, defendem que a ordem jurídica podia e devia sancionar e penalizar as invasões ou violações na privacidade das pessoas porque causa danos morais, angústia aos indivíduos. Partindo do princípio de

as penas da difamação ou da injúria são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo; 2 — Se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa não inferior a 120 dias". E o artigo 199.º do CPP "1 — *Quem sem consentimento: a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou (São palavras cujo contexto não se destina a fins públicos. Ex: gravar aulas do professor sem o consentimento deste); b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que licitamente produzidas; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias; 2 — Na mesma pena incorre quem, contra vontade: a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos. 3 — É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 197.º e 198.º*".

⁶³ MANUEL COSTA ANDRADE, artigo 199.º: *in* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricens, ob...cit.*, p.818

⁶⁴ Cfr. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral, ob...cit.*, p. 209.

⁶⁵ A artigo 31.º n.º 2 CRDTL "*Ninguém pode ser julgado e condenado por um acto que nao esteja qualificado na lei como crime no momento da sua pratica, nem sofrer medida de seguranca cujos pressupostos nao estejam expressamente fixados em lei anterior*" e o artigo 1.º n.º 1 CP "*Nenhuma acção ou omissão pode ser qualificada como crime sem que lei anterior à sua prática a defina como crime e comine a respectiva pena*".

que a lei dispõe de mecanismos para proteger os direitos de cada pessoa, uma nova proteção penal da privacidade é importante num sistema que tem tendência à indemnização aos indivíduos que veem a sua privacidade ser ofendida⁶⁶.

Na lei penal timorense há um tipo legal de crime de denúncia caluniosa previsto no artigo 285.º n.º 1 CP⁶⁷. Este tipo legal cumpre-se quando alguém, publicamente, por qualquer meio, divulgar, denunciar ou expressar opiniões falsas com o intuito de ofender a honra (o bom nome) das autoridades públicas a fim de ir contra a realização da justiça. A lei penal criminaliza quando o titular apresenta uma queixa perante a autoridade competente.⁶⁸ Em Timor-Leste, a dificuldade que existe em proteger penalmente estas violações deve-se ao facto de não existir um tipo legal específico para criminalizar estes atos ilícitos. Conforme exposto anteriormente, as pessoas continuam a praticar atos violadores dos direitos ao nome e à imagem através dos meios eletrónicos (ciber-crime), mesmo que esses direitos sejam bens jurídicos protegidos pela lei ou direito em geral. Por isso, revela-se necessária a criação de regulamentos processuais que dotem as autoridades judiciárias de todos os meios e condições tecnológicas adequadas para exercer as suas funções de maneira célere e eficaz como através. Com estes serviços vão conseguir identificar os autores da violação porque, pela prática, nem sempre os autores são conhecidos⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. DIOGO LEITE CAMPOS/DANIEL FREIRE E ALMEIDA, *O Direito ao bom nome ob..., cit.*, p. 92.

⁶⁷ Artigo 285.º n.º 1 CP “*Quem, por qualquer meio, perante autoridade ou publicamente, com a consciência da falsidade da imputação, denunciar ou lançar sobre determinada pessoa a suspeita da prática de um crime, com a intenção de que contra ela se instaure procedimento criminal, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa*”.

⁶⁸ As mídias sociais consideramos também um espaço público de coesão social à discussões democráticas e bem como uma continuar uma plataforma de informação, entretenimento como comunicação, comercio e governança, mas este espaço também pode trazer problemas jurídicas independentemente da segurança eletrónica, pornografias infantil, crimes contra a honra(direito ao bom nome e à imagem), direitos autorais, políticas extermistas, conflitos de comercio eletrónico e etc..Cfr. DIOGO LEITE CAMPOS/DANIEL FREIRE E ALMEIDA, *O Direito ao bom nome ob..., cit.*, pp.99-100.

⁶⁹ Cfr. IDEM, *ibidem*, pp. 106-109 e p.137.

Portanto, o Direito, enquanto regulador das relações sociais, tem de ser mantido e é necessária uma certa ordenação para a resolução deste problema porque a ofensa do direito ao bom nome e à imagem das pessoas nas mídias sociais é um dos desafios jurídicos que o direito timorense tem pela frente.

Conclusão

O avanço da tecnologia e da informática no mundo de hoje propicia o desenvolvimento de diversos meios para a captação, a manipulação e a divulgação da imagem e nome das pessoas que facilita a ameaça de lesão e a efetiva violação desses direitos no espaço das mídias sociais. Sendo assim, estes direitos são protegidos pela nossa lei fundamental (CRD'TL), concomitantemente com outros direitos, liberdades e garantias de caráter pessoal que constituem vários direitos de personalidade contemplados na lei civil.

A proteção do direito ao nome e à imagem implica uma análise do confronto desses com outros direitos. Há uma colisão de interesses de maneira que a solução do caso concreto dependerá de uma adequada ponderação dos direitos envolvidos; por conseguinte são direitos de personalidade especiais que conferem aos seus titulares o controlo, a captação e reprodução do seus nomes e imagens, detendo, em exclusivo, a possibilidade da sua disponibilização e também o direito à autodeterminação do nome e à imagem no exterior.

O direito ao nome e à imagem são civil e penalmente protegidos, caso o uso dos nomes e as imagens nas mídias sociais não seja feito de modo correto, justificado, o mesmo é caracterizado pela obrigação de indemnizar os danos morais sofrido pelas vítimas. Torna-se necessário provar o prejuízo pelo lesado e também penalizar as condutas ilícitas das pessoas a fim de evitar a violação desses direitos nas mídias sociais.

Enfim, compreende-se que as novas tecnologias tornam mais visível o potencial lesivo de cada indivíduo. De forma a que se promova um equilíbrio na proteção dos direitos de personalidade, torna-se fundamental elaborar novas abordagens dentro do Direito e realizar uma revisão das práticas sociais adotadas por forma a elevar a sociedade timorense a um Estado de Direito mais digno e harmonioso, garante dos direitos cidadãos.

Bibliografia

- ALEXANDRINO, Jose Melo, Direitos Fundamentais: Introdução Geral, Principia, 2007.
- ANDRADE, Manuel Costa, Liberdade da Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: Uma Perspetiva Jurídico-Criminal, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- BRITO, Iolanda A.S. Rodrigues, Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas, 1ª edição, Coimbra Editora-Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.
- BRITO, Fernando, Legitimidade da captura de imagem pelo cidadão de elementos policiais em serviço, Tese de dissertação de mestrado em ciências policiais no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Disponível em WWW:<URL<<https://comun.rcaap.pt/bitstream/10400.26/15531/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20Fernando%20Brito.pdf>>.
- CAMPOS, Diogo Leite/ALMEIDA, Daniel Freire, O Direito ao bom nome e à reputação e a "internet", Vol. XVIII, n.º 1 /n.º 2, Galileu-Revista de Economia e Direito, 2012.
- CANOLTILHO, J.J Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003;
- CANOLTILHO, J.J Gomes/MOREIRA, Vital, Constituição Da República Portuguesa Anotada, 4.ª edição, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CASTRO, Catarina Sarmiento, Direito à Internet, cyberlaw, vol. 1, no. 2, edição n.º II — junho de 2016, revista científica sobre cyberlaw do centro de investigação jurídica do ciberespaço — cijic — da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Disponível em WWW:< URL <<http://blook.pt/publications/publication/03a-8c107da43/>>.
- CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo III, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2007.

- COSTA, Adalberto, O Direito à Imagem, in Revista da Ordem dos advogados, Volume: Ano 72 IV — Out/Dez 2012, Disponível em WWW: < URL <<http://www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abbd1a8210c4%7D.pdf>>.
- DIAS, Jorge de Figueredo, Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999;
- Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- MILITÃO, Renato Lopes, A Formulação de Juízos de Valor Desonrosos com Suporte Factual, Perante a Incriminação da Difamação, *in* Revista de Ordem dos Advogados, ano 75, 2015, Disponível em WWW: URL < https://issuu.com/revistaoa/docs/roa_ano75_-_jan_jun2015_doutrina>.
- MIRANDA, Jorge, Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa-Disponível em WWW:<URL <https://www.google.com/search?q=jorge+miranda+a+consagracao+constitucional+dos+direitos+me..69i57.77567j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>; Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- OLIVEIRA, Barbara Nazareth /GOMES, Carla de Marcelino/ SANTOS, Rita Pascoa, Direitos Fundamentais em Timor-Leste-Teoria e Prática, PDHJ- *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra e Dili, 2014.
- PINTO, Carlos Alberto Mota, Teoria Geral Do Direito Civil, 4ª edição, coimbra editora, Coimbra, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar, Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste, Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade de Minho, Braga, 2011.

AS PRÁTICAS TRADICIONAIS TIMORENSES EM MATÉRIA DE DIREITO DOS CONTRATOS: ESTUDO DE CASO NOS DISTRITOS DE DÍLI E BOBONARO

ISIDORO COSTA VIANA

Introdução

O contrato tem a sua existência ligada ao ser humano e é parte e condição essencial para a satisfação das suas necessidades. Este texto, sobre o mundo dos contratos em Timor-Leste, tem como objetivo o estudo dos efeitos dos contratos na vida das pessoas, seus atos individuais ou socioeconómicos e na realização dos seus fins presentes e futuros.

Foi elaborado um inquérito em duas áreas — de características urbana e rural — nos distritos de Díli e Bobonaro; procurou-se a recolha de conhecimentos e dados das pessoas e comunidades assim como o registo de opiniões e das formas de vivências dessas mesmas pessoas à volta do fenómeno contratual. A localização das áreas desse inquérito nos dois (2) distritos fundamenta-se na necessidade de conhecimento das características de natureza físico-culturais e socioeconómicas das áreas como fatores caracterizadores de relações entre pessoas e comunidades onde tal fenómeno constitui uma das forças dinamizadoras. Em cada distrito foi selecionado um subdistrito com um forte manifesto e presença das duas características: urbana e rural. Assim, no distrito de Bobonaro selecionou-se Maliana (onde se localiza a capital do distrito) e

o inquérito foi feito nas Aldeias de Ritabou (urbana) e Rairobu (rural). Enquanto em Díli o inquérito foi feito nas Aldeias de Vila Verde (urbana) e na Aldeia de Camea (rural). A Aldeia de Ritabou, Bobonaro, é uma área urbana com atividades essencialmente comerciais. Os produtos agrários são fruto das imensas áreas agrícolas e de extensas planícies agropecuárias ao redor do centro urbano. Os produtos comerciais são resultados das transações comerciais entre as comunidades fronteiriças de Timor-Leste e da sua vizinha a oeste, Indonésia.

O sistema contratual e a evolução histórica do território

Díli é o espelho e retrato de vida social e política em constante mudança. É resultado da pressão e das constantes intervenções externas, correspondendo, por isso, menos às realidades costumeiras e as práticas culturais da sociedade timorense. Este município, por ser espaço onde se localiza a capital do país, foi sempre espaço de concentração de intensas intervenções e pressões culturais e tradições de comunidades e de forças externas e, conseqüentemente, constitui, por isso, em centro de assimilação e de aculturação.

Díli, enquanto base de lutas políticas pela independência de Timor-Leste, simboliza longos períodos de presenças de diferentes forças de cultura e de civilizações. Foi longo o período de colonização Portuguesa intercalada, depois, pela ocupação japonesa no tempo da Segunda Guerra Mundial de 1943 a 1945 e, no fim, pela ocupação indonésia em 1975 a 1999, após um período de três anos da Administração Transitória da Nações Unidas. Cada uma dessas forças, ao ocuparem o território timorense, influenciaram de diferentes formas, o modo de viver e de conviver do povo Timorense. As influências sociopolíticas, sendo postas ou impostas, forçadas ou obrigadas ao povo Timorense, em geral, essas influenciam diretamente na erosão de culturas ou aculturação e desculturação do povo Timorense.

A cultura e sociedade europeias tiveram, ao longo da presença Portuguesa, grande impacto na cultura Timorense na cidade de Díli. As culturas e sociedades externas são de características diferentes das culturas nativas Timorenses provocando a destruturação destas e estas, por sua vez, paulatinamente, se sujeitam àquelas. Esse encontro, quiçá fortuito,

deu-se inicialmente por razões comerciais; a demanda, pelos europeus, das valiosas especiarias e riquezas naturais, de que o sul do oriente (região onde se situa Timor-Leste) era abundante e onde eram facilmente apoderráveis e exploráveis. Para além destes motivos puramente económicos, há outras motivações secundárias como a conversão das comunidades nativas à fé católica e à civilização em que os missionários católicos tinham uma função preponderante, usando, com certa facilidade na missão pacificadora, as formas e ações evangelizadoras da Igreja Católica.

A ocupação Japonesa de três (3) anos foi simbolizada pela eliminação física de centenas de milhares de timorenses, destruição física de infraestruturas e monumentos históricos que contrariassem a crença e cultura japonesas. Foi simplesmente uma presença de desrespeito pelos valores humanos e pela cultura geral do ser humano de vivência e convivência neste espaço planetário.

Na ocupação Indonésia foi exercido um papel aculturador através de ações de deslocação forçada de populações e o desenvolvimento das infraestruturas e do sistema de ensino. Porém, apesar desses programas de desenvolvimento de infraestruturas e de atividades junto às comunidades, os timorenses, em todas as frentes de luta contra a ocupação, continuaram a desenvolver a língua portuguesa como meio de comunicação de resistência e a língua do tétum praça, como uma verdadeira língua veicular e nacional. Esta manifestação é característica duma verdadeira expressão cultural de resistência à pressão e imposição cultural externa, como expressão de qualquer povo ou ser humano. Nessa luta de resistência, um dos instrumentos de luta foi a língua portuguesa e a língua tétum. Apesar de tantas pressões da parte dos ocupantes em impor a sua língua, os timorenses continuaram a usar a língua portuguesa e tétum.

Bobonaro está situado na zona ocidental do país, junto à fronteira com a Indonésia, com uma superfície de 1,368 km² e uma população de 95,300 habitantes. Sua capital é a cidade de Maliana, no subdistrito do mesmo nome. A maioria da população está concentrada nos subdistritos de Bobonaro e de Maliana (53.07%). O município é composto por seis (6) subdistritos, nomeadamente, Atsabe, Balibó, Bobonaro, Cailaco, Lolotoe e Maliana. Em Bobonaro, à semelhança de outros municípios, as comunidades dão grande importância ao direito consuetudinário, princi-

palmente, em matéria de direito matrimonial e sucessório assim como ao direito penal. Esta percepção se associa ao distrito de Bobonaro, por este ser parte da fronteira com a parte oeste da ilha, parte do Estado Indonésio que é também antiga colônia neerlandesa. Partindo desta perspectiva, não se pode excluir que, em Timor-Leste e, particularmente em Bobonaro, ainda hoje, subsistam regras de direito consuetudinário e, em certos aspectos socioculturais, é apenas valorizado e praticado o direito costumeiro.

No país, os meios de comunicação e as vias de acesso da maior parte das populações rurais às pequenas cidades e seus centros comerciais são escassos ou inexistentes. Por essa razão, a maior parte da população das comunidades rurais não tira proveito do comércio em grande escala, nem tem conhecimento das regras e princípios gerais das relações contratuais entre pessoas como fatores imprescindíveis de progresso e de desenvolvimento. As pessoas, ou comunidades nessas condições, apenas têm consciência de crenças tradicionais e culturais que lhes impõem forças ou regras através das quais se obrigam para o cumprimento das suas obrigações na sociedade ou para com os próximos. As regras e crenças tradicionais, em geral, não preveem espaços e prazos para o cumprimento das obrigações; o que prevalece é a confiança e a esperança da realização dos compromissos.

O direito da Indonésia, em razão da colonização neerlandesa deste país, pertence à família romano-germânica. Porém, apesar de pertencer a esta família jurídica, o sistema jurídico indonésio reflete elementos de direito muçulmano e de direito consuetudinários de dois povos, Timorense e Indonésio. Na maior parte dos países da região asiática, o islamismo é visto como a base doutrinal do sistema político-institucional do Estado. O Estado Indonésio é o exemplo em que a ideologia das comunidades e de Estado é fortemente influenciada pela doutrina islâmica. Assim, Gervásio Viana, nos seus estudos sobre o processo de ocupações e de independência de Timor-Leste, para a defesa da sua Tese de Mestrado diz, “*embora não assuma oficialmente esta postura (ideologicamente influenciada pela doutrina islâmica), a Indonésia pelas suas práticas tradicionais e culturais, mostra a opinião pública nacional e internacional de que a vida social indonésia gira em torno da religião muçulmana*”. Por esta ótica, facilmente se pode observar que na Indonésia, um dos Países mais populosos do mundo e com uma população maioritariamente de religião muçulmana, este ele-

mento (muçulmano) constitui fator de grande força e motivação para sua unidade, manifestação cultural e artística. Esta miscelânea de sistemas jurídicos acaba por constituir uma gama de pensamentos e de forças jurídicas e culturais que motivam pessoas e comunidades timorenses, assim como as estruturas administrativas do país, a dar solução às diferenças e problemas que afetam a organização e os seus relacionamentos quotidianos.

Portugal cortou suas relações diplomáticas com a Indonésia a seguir à invasão de Timor-Leste em 7 de dezembro de 1975; porém, a partir dessa data, os tribunais portugueses continuavam a aplicar o direito timorense vigente ao tempo da ocupação indonésia, por força das regras de Direito Internacional Privado. Esta posição é justificada por o Estado Português continuar a ser reconhecido internacionalmente como Potência Administrante de Timor e o próprio Estado Português não reconhece a presença Indonésia em Timor-Leste e condena a invasão Indonésia a Timor. Assim sendo, não reconhecendo a autoridade e administração da Indonésia em Timor-Leste, para efeitos legais, todos os atos e processos são tramitados pelos direitos de Timor, vigentes até a data da invasão Indonésia. Por outro lado, para casos pontuais e casuísticos de defesa dos seus interesses de ordem pública internacional, Portugal também não pode aplicar o direito indonésio vigente em Timor-Leste, por força da lei portuguesa: art. 22º do Código Civil. Esse artigo estipula, no nº 1 que, “*não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolve ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português*”. O nº 2 do mesmo artigo mandata que, para o caso similar anteriormente referido, recorre-se à aplicação das normas estrangeiras próprias e competentes ou as normas do direito interno português. Estas duas proposições demonstram que a ordem do direito português não afasta o uso das normas do direito estrangeiro quando esses direitos são competentes para o caso determinado. As normas do direito estrangeiro são afastadas quando elas põem em causa “*os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português*”.

O funcionamento do sistema judiciário no Município de Bobonaro nos primeiros tempos depois da Independência, é constituído pelo uso e aplicação dos sistemas jurídicos existentes até à data da sua Independência, conforme mandata o art. 165.º da Constituição da República Demo-

crática de Timor-Leste. Esta lei orienta a ordem judiciária, relevada na epígrafe da lei “Direito anterior” e, determina que as leis vigentes à Independência de Timor-Leste são aplicáveis ao sistema judiciário Timorense, enquanto não forem alteradas ou revogadas e que não mostrarem contrárias à Constituição e aos princípios nela consagrados.

Acabado o descrito das normas e leis relacionadas aos diferentes sistemas jurídicos que, no passado, existiam cumulativamente com os direitos costumeiros em Timor-Leste e que influenciaram a ordem jurídica e judiciária Timorenses, passamos a refletir as formas do direito costumeiro e as práticas culturais em matéria de contratos no Distrito de Bobonaro. Em Bobonaro, muitas comunidades continuam a usar as práticas tradicionais para lidar com os fenómenos sociais e culturais que sentem ou que fazem parte das suas vidas. Noutras comunidades ou sociedades já evoluídas, este fenómeno é considerado como um ato de efeito jurídico orientado para fenómenos económicos. Porém, em Timor-Leste, principalmente nas comunidades tradicionais, é considerado como uma prática tradicional e cultural mais ligada a certas áreas sociais e culturais como nas cerimónias matrimoniais, cerimónias de recordação e de manifestação da contínua relação existente entre os vivos e os mortos (manifestação aos defuntos a eterna ligação estabelecida entre estes e aqueles).

É uma arcaica organização ainda fortemente valorizada pelas comunidades que alimenta a tendência de seus integrantes em viver tradicionalmente, quando pretendem resolver situação de conflitos ou diferenças que lhes afetam nos seus relacionamentos.

As Instâncias de justiça tradicional e o seu papel na resolução de litígios resultantes do incumprimento de obrigações contratuais

Desde sempre, em Timor-Leste, as pessoas em contendas não recorrem, normalmente, às autoridades ou sistemas formais judiciários para resolução das suas diferenças mas às formas tradicionais. Como diz Benjamim Cardoso no seu livro “*Timor-Leste: um Povo Três Direitos*”, o timorense tem preferência da justiça tradicional sobre a justiça formal para o juízo dos seus desentendimentos ou conflitos com seus parceiros ou outras pessoas em geral. Essa preferência, justifica o mesmo autor, deve-se ao facto do sistema tradicional de justiça ser mais célere e mais próximo do local onde as partes interessadas vivem. Para além dos motivos já referenciados, também o sistema tradicional de jul-

gamento permite aos envolvidos ou interessados enfrentarem o processo judicial com sua família ou pessoas que mais confiam. Diferentemente a este sistema, no sistema judicial formal, estes aspetos e circunstâncias preferidas pelos envolvidos não são facilmente permitidas e acessíveis. Normalmente, os centros onde se realizam os julgamentos formais são afastados das zonas rurais onde a maioria da população menos abastada vive. Os trâmites jurisdicionais necessários para o julgamento das contendas não são fáceis de compreensão pela maioria da população timorense e os custos do processo judicial formal são altos.

As comunidades timorenses têm diferentes níveis de organizações comunitárias baseadas nas unidades territoriais a nível de Aldeias e Sucos. Nessas unidades territoriais funcionam os poderes tradicionais, de acordo com os costumes das comunidades que nelas vivem. Sem contarmos com as eras pré-coloniais, Timor-Leste, administrativamente está dividido territorialmente em dimensões geográficas ascendentes em Aldeias, Sucos, Postos Administrativos e Municípios. Em termos de unidades territoriais, a Aldeia, a menor unidade geográfica dum aglomerado de famílias, seguida pelos Sucos, é constituída por agregados populacionais unidos por laços familiares e tradicionais que podem estar também ligados a certos agregados familiares nos Sucos por relações históricas e geográficas. É nessas unidades territoriais que se manifesta o poder tradicional como força jurídico-administrativa para a manutenção da ordem e coesão social e para organização socioeconómica e de desenvolvimento.

A Aldeia é habitada por um número médio de 77 famílias. As pessoas enquadradas na organização das Aldeias discutem e idealizam soluções que afetam as suas vidas privadas ou comunitárias. Em todo o território, existem quatro (4) níveis de poder jurisdicional tradicional de administração e resolução de conflitos entre pessoas ou grupos. Esses quatro (4) níveis de jurisdição são, nomeadamente, figuras de Liurai, Dato, Nain-Ulun e Lian-Nain (Conselho de Catuas ou Conselho de Anciãos). Esses diferentes níveis de poder jurídico-tradicional exercem as suas funções na administração da justiça informal, desde ao nível da Aldeia até a figura do Liurai, que está depois do nível de Suco.

O exercício do poder de decisão dos diferentes níveis do poder tradicional depende do tipo de delito ou infração ou da capacidade de resolução do poder do nível inferior, a partir da Aldeia onde se baseia o

poder jurisdicional dos Lia-Nains (Conselho de Catuas). Há delitos ou infrações que são resolvidas apenas por determinado nível de poder, contudo, o poder do nível superior decide sobre delitos ou infrações que o poder de nível inferior não consegue dar o devido juízo.

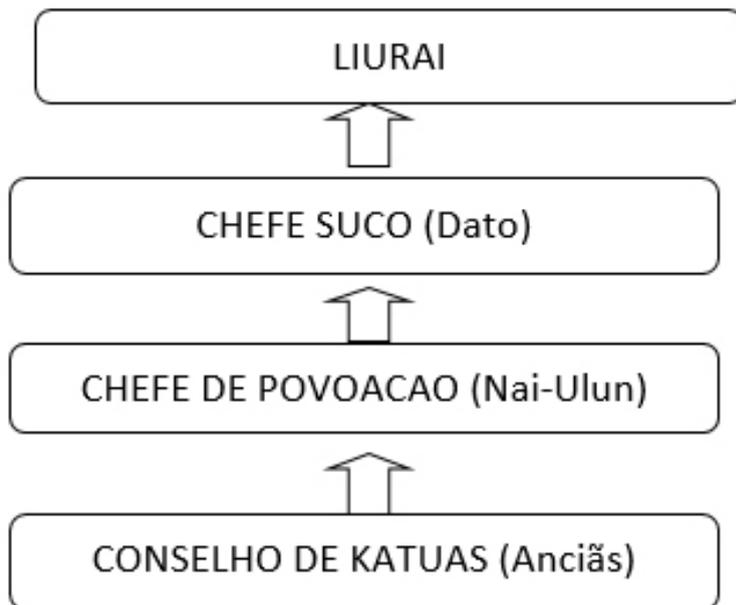


Fig. 1: A designação das estruturas em diferentes níveis da organização do poder tradicional no limite das divisões geográficas em Timor-Leste.

(Figura desenhada à semelhança da do livro, "Timor_Leste um povo três direitos" da autoria, Benjamim Cardoso).

O Conselho de Catuas basea-se na unidade geográfica de Aldeia e é constituído por indivíduos normalmente já de idade. As pessoas que fazem parte dessa instância jurídica tradicional são as que têm certa influência, inseridas em famílias de reconhecido nome na Aldeia e, às vezes, também nos Sucos. Essas pessoas são, por vezes, também reconhecidas como representantes de poder espiritual e política ou de capacidade de tratamento físico e mental no seio da comunidade. Por essas capacidades e poderes tradicionais, o resto da comunidade ou as pessoas em geral respeitam e dão valor àquilo que eles fazem, dizem ou às orientações que elas dão para organização ou para a resolução de conflitos.

Os estudos já realizados, dão conta de que apesar de séculos de ocupação portuguesa de Timor-Leste, a cultura e as tradições das comunidades timorenses manteve-se como base do relacionamento sociocultural e das realizações económicas dos timorenses¹. A maioria dos contratos ou acordos estabelecidos entre pessoas, ainda hoje, é feita através de mecanismos verbais, e não escritos, sob a direção de líderes comunitários ou chefes de Aldeias ou de sucos, revelando desta forma, aspetos verdadeiramente de direito tradicional ou consuetudinário.

Desde sempre e, em todos os tempos, não obstante esse aspeto tradicional-cultural de uso de mecanismos de resolução de conflitos, o direito costumeiro timorense procurou sempre aprender e trazer à vivência e convivência, todas as circunstâncias de conduta punível. Para que isto aconteça, esses processos tinham que ser necessariamente aceites na consciência de todos os envolvidos e da comunidade como um todo.

Administrativamente, durante o tempo colonial português e, nos tempos atuais, Timor-Leste é dividido em Aldeias, Sucos, Postos Administrativos e Municípios. Estes últimos dois provieram, respetivamente de designações de Subdistritos e Distritos no tempo colonial Português. A administração da justiça, era — e ainda hoje é — exercida sob forma tradicional — sem contar com a que se realiza formalmente nos poucos tribunais Municipais -, feita a nível das comunidades segundo os níveis da organização administrativa da sociedade Timorense.

Na era do sistema tradicional, a administração da justiça era exercida pelos quatro (4) níveis de estrutura. As figuras das estruturas dessa organização são designadas, de cima para baixo, nomeadamente, Liurai (estrutura de superintendência dos Dados da mesma área administrativa), Dato (Chefe Suco), Nain Ulun (chefe povoação) e o Lia Nain, também chamada Conselho de Katuas (Conselho dos Anciãos). Esta divisão administrativa tradicional não é uniforme em todo o território de Timor. Liurai (Estrutura de superintendência dos Dados da mesma área administrativa), Dato (Chefe Suco), Nain Ulun (chefe povoação) e o Lia Nain, também chamada Conselho de Catuas (Conselho dos Anciãos). Para a resolução das contendas e conflitos o processo decorre nos diferentes níveis de estruturas existentes.

¹ Cf. Sandra POGODDA, *As culturas de desenvolvimento e o local em Timor-Leste*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 2014, pg. 5, disponível na Internet: <https://journals.openedition.org/rccs/5733>.

O Liurai é a estrutura que se responsabiliza em dar respostas ou decisão última nessa estrutura tradicional. A seguir é o Dato que é também chamado Chefe Suco que se responsabiliza pela organização e administração do Suco. A Povoação é administrativamente da responsabilidade do Nain Ulun ou Chefe de Povoação. Por último, o Conselho de Catuas, também designado de Anciãos, representa a organização comunitária representativa e de respeito e com poderes para manter estabilidade e resolver conflitos que emergem entre pessoas e grupos na Aldeia.

Em certas regiões (Município de Lautém), a divisão geográfico-administrativa era apenas no limite de Suco e Aldeia (povoação) respetivamente dirigidas por Liurai (Chefe Suco) e Chefe da Aldeia (povoação). Nesta divisão, o Conselho de Katuas é um núcleo de pessoas (normalmente velhos) influentes na Aldeia responsável/encarregado de resolver conflitos ou diferenças existentes entre pessoas/famílias ou grupos na Aldeia. Se estes não conseguirem resolver, segue para o Chefe da Aldeia e, seguidamente, vai para o Liurai; em última análise pode ser resolvido a nível do Chefe de Aldeia.

As sessões do Conselho de Catuas para mediação ou resolução de conflitos são informais e, os critérios e os métodos utilizados nessas cerimónias são muito dependentes das tradições e costumes de cada grupo ou da área específica, dentro da Aldeia. Por essas características mais familiares, as famílias e grupos comunitários se sentem mais seguras e confiantes quando a elas recorrerem para mediação ou resolução das diferenças ou conflitos.

Em todas as regiões do País, o Conselho de Catuas é responsável pela resolução e mediação de conflitos como assuntos de carácter organizativo-tradicional ou tratos de actividades socioeconómicas ou culturais. Esta estrutura comunitária de poderes tradicional-culturais sempre foi e continua hoje a ser, necessária e valorizada como força comunitária de segurança e de estabilidade no seio das comunidades.

O sistema judiciário Timorense, numa persistente e natural manifestação de resistência, continua, ao longo de anos da sua perturbada e conflituosa convivência e de governação, a reconhecer e valorizar, as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste². Porém, esta manifesta-

² Cf. Patrícia JERÓNIMO, Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaios para um equilíbrio em Timor-Leste. pg. 3, Disponível na Internet, <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/>

ção como sociedade e povo na defesa dos seus interesses naturais e de seres humanos, está condicionada à sua conformidade para com a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro como está estatuído nos termos do Art. 2º, nº 4, da CRDTL³. Isto quer dizer que toda e qualquer norma costumeira — que não contrarie a Constituição e outras leis em vigor na República Democrática de Timor-Leste — é legalmente reconhecida pelo Estado Timorense como norma orientadora tanto para a convivência sociocultural como socioeconômica.

Percepção da população timorense sobre o Direito oficial e o Direito costumeiro em matéria de cumprimento das obrigações contratuais

A elaboração do questionário foi feita com o objetivo de conhecer e ter informações sobre oito (8) principais aspetos da vida socioeconômica em que o fenómeno “contrato” poderia jogar um papel de significada importância.

No questionário, o primeiro aspeto a avaliar foi de conhecer a sensibilidade das comunidades sobre o cumprimento, pelas partes contratantes, das suas obrigações quando assumem, perante a outra parte, algum compromisso de fazer ou dar algo. Esse compromisso poderia estar relacionado ao empréstimo de dinheiro ou qualquer espécie de coisas ou compromisso para a realização de algum serviço, etc.. Para responder a este aspeto, o questionário apresentou duas alternativas de respostas para o inquirido, nomeadamente, “a) se a parte devedora cumpre, b) se a parte devedora não cumpre”.

O segundo aspeto a saber, relaciona-se ao aspeto de não cumprimento contratual. Aqui, a pergunta é orientada para o sentido de tentar saber se as partes ou parte contratual que não cumprir o contrato, o que

uploads/2014/12/Jeronimo-Patricia-Estado-de-Direito-e-Justica-Tradicional-Ensaio-para-um-equilibrio-em-Timor-Leste.pdf [15.08.2018]; António Carlos MARCATO, Algumas considerações sobre a crise da justiça, pg.3, disponível na Internet, <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>, [15.08.2018]

³ Cf. Alexandre Reis de CARVALHO, *As Instituições Jurídicas em Timor-Leste: Uma abordagem do Ministério Público Timorense*, 2010, pg. 21.

as partes envolvidas fariam. Neste aspeto, o questionário deu também duas alternativas de respostas aos inquiridos. No não cumprimento contratual, as partes ou parte cumpridora obriga ou não obriga a parte ou as partes não cumpridoras a cumprir.

A terceira, a quarta e a quinta perguntas dentro do questionário relacionam-se com o processo de fazer cumprir o contrato, os incumpridores do contrato. Nestes aspetos, o questionário primeiramente é orientado para saber de que forma as partes incumpridoras se obrigam ou são obrigadas a cumprir o que se prometeu a fazer ou a dar. Aqui, o questionário apresenta duas respostas a serem optadas pelos inquiridos, nomeadamente, “o recurso ao tribunal ou o recurso a justiça tradicional” para a resolução do incumprimento. Seguidamente, a quarta pergunta tenta saber se, normalmente as partes contratantes permitem prolongar por muito ou pouco tempo para se obrigarem a resolver o não cumprimento contratual. Para esta questão, o questionário apresenta três (3) alternativas de respostas: 1. Muito tempo, 2. Pouco tempo, 3. A parte incumpridora, cumpre com a indemnização.

Por último e no mesmo contexto, a quinta pergunta tentou-se saber de que forma ou processo as partes recorrem para se fazerem cumprir o contrato incumprido. Neste aspeto, o questionário tentou orientar-se para saber se usam ou não usam novos contratos para o cumprimento do contrato incumprido. Para este questionário, os inquiridos têm três (3) possibilidades de respostas: a) Elaboram novos contratos; b) Não elaboram novos contratos; c) Não elaboram novos contratos mas as partes acordam-se entre elas de forma verbal, dando mais tempo para a parte incumpridora dar o cumprimento do contrato.

A sexta pergunta é orientada para saber a forma como eles poderiam dar valor aos contratos incumpridos. Neste aspeto tentou-se saber se o não cumprimento do contrato nos tempos acordados, o valor devido ao contrato muda ou não muda. Aqui, os inquiridos devem responder a três perguntas: a) O valor do contrato não muda, continua o mesmo, igual ao valor com que as partes iniciaram o contrato; b) O valor do contrato não é o mesmo; c) O valor do contrato diminui se as partes não cumprirem o contrato no tempo devido.

A penúltima pergunta ou questão relaciona-se a orientar os inquiridos a manifestarem suas opiniões se eles concordam que as partes ou as

peças devem cumprir sempre quando se prometem realizar ou dar algo a outra parte. Neste aspeto, o questionário orienta para os inquiridos darem suas opiniões em três (3) respostas: a) Concordam; b) Não concordam; c) Acham que as partes podem não cumprir no tempo devido ou seja o cumprimento pontual mas, acham que as partes, tarde ou cedo, sempre cumprem.

A última pergunta é orientada para saber dos inquiridos o porquê das pessoas não darem a devida importância do cumprimento dos seus compromissos, ou seja, é sabido do público que as pessoas ou mesmo as instituições públicas ou privadas não se dão a atenção devida à necessidade de cumprir os contratos ou compromissos assumidos. Por causa desta sensação que é manifestada no público, o inquirido deu certa atenção a este aspeto. Assim, para este questionário, aos inquiridos são dadas duas (2) alternativas de respostas: a) Pessoas usam o contrato para se beneficiar; b) As pessoas não sabem que os contratos perdem o valor quando não são cumpridos ou implementados de forma pontual, ou seja, se os contratos não são implementados no seu devido tempo, os meios e os recursos envolvidos perdem o seu valor abstrato, monetário e físico.

1. Análise sistemática dos resultados das entrevistas

Os dados e as opiniões recolhidas através do inquérito têm como objetivo conhecer a forma como as pessoas e comunidades pensam e o que sabem sobre o fenómeno. As comunidades dos Distritos estudados não fogem ou não estão longe das realidades sociais comuns e das características de vivência e de convivência acima descritas. Um total de 1193 famílias nos dois (2) Distritos foram entrevistadas com o uso dum questionário previamente elaborado de acordo com os objetivos do estudo. Este total de famílias entrevistadas ou inquiridas, representa 5% do total de famílias dos Sucos alvos de estudos. O uso de 5% do total de famílias da unidade geográfica (Suco) e da distribuição da população do estudo (famílias inquiridas distribuídas pelas Aldeias do Suco em estudo) foram definidas conforme o critério relativo a definição técnica de amostragem como forma de reduzir os riscos decorrentes de eventuais dúvidas aquando da aplicação, garantindo assim a fiabilidade do estudo.

A escolha das famílias dentro da Aldeia a ser inquirida se fez por critério de aleatoriedade para garantir a abrangência possível do estudo a todos os pensamentos ou conhecimentos de diferentes grupos populacionais ou comunidades. Sendo assim, na escolha de famílias ou casas a serem inquiridas, o estudo utilizou de entre dois métodos de escolha, o método da “Técnica de Números Aleatórios”⁴. A escolha da família ou casa a inquirir fez-se, começando pela escolha da primeira casa a partir do determinado ponto do centro da área populacional e, escolhendo os seguintes números a inquirir de forma alternada (método de amostragem aleatório simples), ou seja, escolhendo alternadamente as seguintes casas e de forma circular ascendente para fora do Centro da unidade geográfica populacional (Aldeia). Com este critério o estudo tentou abranger a maior parte da área populacional em estudo, assim como, cobrir maior abrangência possível de diferentes comunidades ou grupos populacionais, tanto do centro (Sede da área geográfica — urbana) como das áreas periféricas (áreas rurais). Em Bobonaro escolheu-se os Sucos Ritabou e Rairobo sendo inquiridas, respetivamente, 45 e 15 chefes de famílias, números estes, correspondentes a 5% do total de famílias de cada Suco. No Distrito de Dili, escolheu-se os Sucos de Vila-Verde e Camea com um total de famílias 2,543, sendo Vila-Verde 1,577 famílias e Camea 966 famílias. Destes números, inquiriu-se 79 no Suco de Vila-Verde que corresponde 5% do total de famílias do Suco e, 48 no Suco de Camea que corresponde a 5% do total de famílias deste Suco.

Cada pergunta tem 2 — 3 opções para facilitar os inquiridos a se expressarem de forma célere e concisa na sua resposta. Em cada pergunta, o inquirido tem apenas uma escolha entre as duas (2) ou três (3) opções. As oito perguntas do estudo são agrupadas em dois cenários. O primeiro cenário representa como a massa inquirida poderia projetar para o estudo os seus conhecimentos e suas preferências (convicção/exigência) entre as duas posições marcantes e significantes dos fins dos processos contratuais. Nomeadamente: a importância do cumprimento pontual dos contratos ou o não cumprimento pontual dos contratos.

A primeira pergunta é relacionada ao cumprimento contratual. Esta é representada pela **Letra A** e orientada para recolher as respostas dos

⁴ Cf. Carla VARÃO, et al., Método de Amostragem (Metodo de Investigação I), 2004-2006, ed/Departamento da Educação, FCUL, pg. 12.

inquiridos através da seguinte pergunta: “**Sabe se as pessoas cumprem quando fazem contratos para realizar algum trabalho ou emprestam dinheiro?**”? Esta pergunta relaciona-se fortemente aos tráfegos sociais na sociedade timorense pois a forma de vivência e convivência das pessoas assemelham-se mais nas suas dependências e confiança que se deposita umas nas outras. Esta dependência e confiança são características das pessoas com menos recursos ou de falta de rendimentos sólidos e garantidos que as tornem independentes no seu dia-a-dia para sua vivência e desenvolvimento.

A Segunda pergunta, representada pela **Letra B**, expressa o seguinte: “**Se o contratante não cumpre o que foi combinado, o que fazem?**”? Este questionário tem duas (2) respostas possíveis: O incumpridor é (a) obrigado a cumprir ou (b) não é obrigado a cumprir.

A terceira pergunta se relaciona a forma como as comunidades ou pessoas resolvem quando há incumpridores contratuais. Este questionário refere às formas formais ou tradicionais que a comunidade normalmente se recorre para a resolução das diferenças ou conflitos no seio das comunidades.

A pergunta representada pela **Letra C** é a seguinte: **Se há incumpridores contratuais, porque forma e meio são obrigados a cumprir?** As duas (2) respostas possíveis para esta pergunta são as seguintes: (a) Pede a intervenção da justiça formal, (b) As autoridades tradicionais (justiça informal) são solicitadas para a resolução do incumprimento contratual.

A quarta pergunta, representada pela **Letra D**, se expressa pela seguinte pergunta: “**Depois de não cumprido o contrato, mais quanto tempo os contratantes admitem/toleram para se obrigarem a cumprir?**”? Esta pergunta tem como objetivo saber da compreensão geral caracterizada pela paciência e tolerância e, também, pela falta de um sistema de autoridade administrativa e judicial capaz de apoiar, de forma eficiente e célere, as pessoas ou comunidades na resolução dos incumprimentos contratuais, atos estes tão importantes para motivação das iniciativas socioeconómicas humanas, pois são fatores de desenvolvimento social e patrimonial duma determinada Sociedade ou Estado.

Por causa dessas insuficiências administrativo-judiciais de tutelas ou de proteção por parte das autoridades, as pessoas acabam por deixar de ter motivação em prosseguir os seus interesses, muitas vezes tão impor-

tantes e estratégicos para fazer progredir e evoluir uma comunidade ou uma sociedade inteira.

O desenvolvimento não se desenrola de uma vez e, simultaneamente, em toda a parte. Há sim, sempre, um início nos espaços ou nas comunidades onde as condições de administrabilidade, de autoridade, de respeito na condução, na transformação e na inovação individual ou em coletividade, quando são vistas por todos, como de interesse comum ou de todos aqueles envolvidos no presente e no futuro.

A quinta pergunta, representada pela **Letra E**, expressa-se na seguinte questão: “*No caso do não cumprimento pontual dos contratos, o que os contratantes fazem para que o contrato seja de novo válido*”? A pergunta procura vislumbrar as diferentes tendências mais comuns dos contratantes no desenvolvimento e na finalização do cumprimento contratual. Nesta pergunta o estudo procura as seguintes respostas dos inquiridos: a) *Fazem novo contrato*, b) *Estender o tempo para o cumprimento* e c) *Não fazem novo contrato*.

Caso o não cumprimento pontual, o que fazem para o contrato ser de novo válido



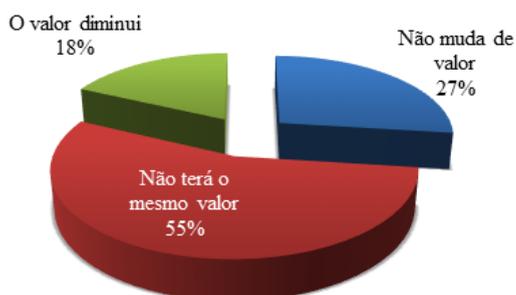
Este questionário tenta, nesta parte, analisar, de entre a complexidade das exigências e preocupações das pessoas que diariamente laboram e se enveredam por todos meios e vias na resolução dos seus problemas, da proveniência do incumprimento de compromissos contratuais: deslealdade, falta de boa-fé e dignidade pelos valores morais, profissionais e ético-patrimoniais.

É quase normal, principalmente em sociedades menos evoluídas ou menos desenvolvidas, o cumprimento pontual dos contratos ser inexistente ou votado e relegado para segundo plano onde menos atenção e cuidado são as formas mais cómodas dos que protelam e respondem pela harmonia, dinâmica de desenvolvimento. As pessoas e também as autoridades administrativas não têm a consciência da importância do contrato, ou seja, de que os homens não vivem independentes, suas vidas dependem das outras pessoas que vivem em redor deles.

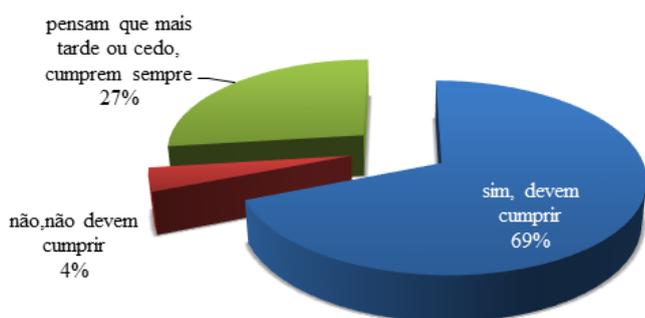
As respostas à disposição dos inquiridos são para entender até que ponto se relega o cumprimento do contrato para planos de menor utilidade, constituindo fatores de instabilidade, violência e intolerância, no seio da falta de responsabilidade em serem dignos daquilo que as próprias pessoas se propunham a realizar. Nas três respostas, normalmente, tanto numa como outras, o fenómeno do não cumprimento contratual, já em si dificilmente se poderia considerar que evolui de forma natural e de forma positiva orientada à produção de benefícios e utilidades para os contratantes ou comunidade em geral.

A possibilidade de elaboração de novos contratos para reativar o primeiro seria apenas uma criação de expectativas e esperanças dos contratantes credores. O não cumprimento contratual origina, já por si só, prejuízos e conflitos, assim como desgastes morais e materiais que dali advém e que produzirão maiores sacrifícios, não apenas para o presente, mas, principalmente para o futuro. A perda de confiança e o desmoronamento dos valores ético-morais provocarão o descontrolo da vivência e convivência harmoniosa entre pessoas e comunidades; tal apenas pode ser evitado se houver sistemas administrativos e judiciários que façam juízos apropriados para a reparação atempada e o restabelecimento de confiança.

A sexta pergunta, representada pela **Letra F**, expressa-se na preocupação de saber o seguinte: *O valor do contrato não muda se não for cumprido pontualmente?* Das três respostas possíveis, a última parecia mostrar que é de entendimento da maioria dos inquiridos que, se o contrato não for cumprido pontualmente, ou seja, se não for cumprido de acordo com as vontades expressas pelas partes, o valor do contrato, ou seja, o rendimento e o usufrutos ou benefícios que as partes contratantes esperavam ter, seriam prejudicados e até entrariam em prejuízos ou em conflitos extra-económico-patrimoniais.

O valor do contrato não muda se não for cumprido pontualmente?

A sétima pergunta representada pela **Letra G**, expressa-se na procura do seguinte: *Os contratantes devem cumprir o que é acordado no contrato?*- Segundo este questionário, todos parecem estar de opinião que os devedores devem pagar o que prometem ou o que devem, porém também um bom número de inquiridos expressam-se de que os contratantes poderiam não efetuar pontualmente o contrato, todavia, sentem que os devedores sempre (mais tarde ou mais cedo) cumprem ou pagam o que devem.

Os contratantes devem cumprir o que é acordado no contrato?

A última pergunta (**H**) relaciona-se com a importância económica e a dignidade humana como fatores que se envolvem na valorização e na realização das pessoas. Porém, várias vezes se apercebem que esses valores de dignidade humanas e de boa-fé como fatores humanos não

estão presentes nos compromissos assumidos por essas mesmas pessoas perante outras.

Esta ausência de valores, fundamentalmente humanos, compromete não só na realização e no encontro de expectativas pessoais, mas, também, na concretização de objetivos socioeconómico e profissionais, das expectativas e preferências na realização das escolhas e vontades. Por esses aspetos, este questionário procura duas respostas dos inquiridos para as expectativas do estudo como a seguir transcrito: *a) O contratante devedor, usa apenas o contrato para ganhar dinheiro doutro contratante? b) As pessoas não sabem que o contrato perde o valor se não implementa ou não cumpre exatamente no tempo acordado?*

As respostas de uma boa parte dos inquiridos tendem a demonstrar o desconhecimento das pessoas de que, não cumprindo de forma correta e pontual o que está acordado no contrato, o contrato perde o valor que tinha no momento em que o mesmo foi estabelecido. Porém, existe também um bom número de inquiridos que pensa que as pessoas se aproveitam dos arranjos contratuais para, e apenas só, se beneficiarem a si próprios.



Conclusão

As pessoas e também as autoridades administrativas não têm a consciência de que o indivíduo não vive independente dos outros; as suas vidas dependem das outras pessoas que vivem em redor delas. A construção e o desenvolvimento são processados e feitos de forma precisa e responsável numa perspetiva temporal e espacial como fatores determinantes de construção e desenvolvimento. Nesta perspetiva, o cumprimento pontual dos contratos celebrados entre pessoas ou grupos é

fundamental para a realização dos fins almejados pelo ser humano e fator fundamental de motivação para o progresso e realizações futuras.

As pessoas não vêm ou não acham a pontualidade no cumprimento contratual como importante e objetivo na perseguição dos seus objetivos contratuais para a sua satisfação material ou para a realização dos seus objetivos económicos. Dentro desta perspectiva, apercebo que, em todo o achado e encontrado sob pesquisas e conversas com diferentes pessoas, tanto de dois Distritos alvos (Díli e Bobonaro) como fora deles, em Timor-Leste, as pessoas não se apercebem da importância económica que o cumprimento pontual dos contratos tem para as partes e para a comunidade.

As pessoas fortemente enraizadas nas suas vivências e práticas, ligadas aos valores tradicionais e culturais das suas áreas ou regiões, dão apenas importância à confiança que as partes têm de uma para com a outra para a realização dos seus objetivos contratuais.

As pessoas ignoram que o não cumprimento ou a não realização de compromissos ou atividades conforme planeado ou pensado resulte num desperdício de utilidade de coisas materiais, no que diz respeito ao valor económico, e de interesse social como impulsionador na realização dos objetivos pessoais e sociais sob ponto de vista económico e de desenvolvimento.

As pessoas não sabem ou não estão conscientes de que, só colocando em prática o que se planeia ou se anseia é que, motiva e desenvolve mental e fisicamente estas mesmas pessoas para novos e mais interessantes patamares de realizações na vida social, económica, incluindo culturalmente.

A realização do que se quer ou do que se promete, perante os outros ou a sociedade engrandece não apenas no contexto socioeconómico, mas acima de tudo, no aspeto de civilidade e de cidadania. A forma de viver como pessoa e homem no social e na economia, não engrandece apenas no aspeto material e físico no contexto de riqueza, mas, acima de tudo, na criação e enriquecimento da personalidade e na humanidade. O acumular de bens materiais e a realização de obrigações e de ambições pessoais, devem ser vistas como um verdadeiro manancial ou fluxo de práticas que se encadeiam de forma a satisfação não só do ser como ser humano, mas como pessoa.

Bibliografia

- ABRUNHOSA, Ângelo, Contrato Promessa, Porto, 2006;
- BELO, Carlos Filipe Ximenes, *Dili a cidade que não era*, Porto Editora, 1^a Ed., 2014;
- CARDOSO, Benjamim, Timor-Leste um povo três direitos (É uma história do direito), vol. 1, s/d., pg. 59;
- CARVALHO, Alexandre, as Instituições Jurídicas em Timor-Leste, pg.22;
- Comissão para a Reforma Legislativa, para uma justiça de matriz timorense: O contributo das justiças comunitárias, Centro dos estudos sociais da Universidade de Coimbra, 2017 pg. 32;
- POGODDA, Sandra, As culturas de desenvolvimento e o local em Timor-Leste, Revista Crítica de Ciências Sociais, 2014, pg. 5, disponível na Internet: <https://journals.openedition.org/rccs/5733>;
- DA CRUZ, Rosalina Sarce Wodangange et al., COMERCIALIZAÇÃO DO ARROZ NO DISTRITO DE BOBONARO, SUB-DISTRITO DE MALIANA — ANÁLISE DOS FACTORES QUE A AFECTAM E DA MARGEM DE COMERCIALIZAÇÃO, p. 6, s/d, pg. 6, texto disponível https://www.google.com/search?source=hp&ei=V1TGWuMnxaPxBefGtCA&q=nuno+canas+mendes+%E2%80%93+a+multidimensionalidade+da+constru%C3%A7%C3%A3o+identit%C3%A1ria+em+timorleste%2C&oq=&gs_l=psy-ab.1.0.35i39k1l6.0.0.0.1396376.5.1.0.0.0.0.0.1.0.0.0.1c.64.psy-ab.4.1.426.6...427.5LyIHye4bY. Pdf [07.04.2018];
- DE CARVALHO, Alexandre Reis, As Instituições Jurídicas em Timor-Leste: Uma abordagem do Ministério Público Timorense, 2010, pg. 21;
- Estatística populacional de Timor-Leste de 2005: TIMOR-LESTE EM NÚMEROS, <http://www.statistics.gov.tl/wp-content/uploads/2017/02/Timor-Leste-em-Numeros-20151.pdf>. [9.6.2018];
- História da Igreja em Timor-Leste, 450 Anos de Evangelização {1562-2012}*, 1^o Volume {1562-1940}, Editora. Tipografia Diocese Baucau, 2012;

- JERÓNIMO, Patrícia, Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste. pg. 3, Disponível na Internet, <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Jeronimo-Patricia-Estado-de-Direito-e-Justica-Tradicional-Ensaio-para-um-equilibrio-em-Timor-Leste.pdf> [15.08.2018];
- MARCADO, Antonio Carlos, *Algumas considerações sobre a crise da justiça*, s. data, s/ed, disponível na Internet: <http://www.marcatoadogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>;
- RODRIGUES, António, *Municípios em Timor-Leste, Uma Segunda Independência*, pg. 99, Ed. Gráfica Almondina, 2014;
- VIANA, Gervásio, O Papel das Alfândegas no Desenvolvimento do Estado O Caso de Timor-Leste, 2008, pg. 57;
- VARÃO, Carla, et al., Método de Amostragem (Metodo de Investigação I), 2004-2006, ed/Departamento da Educação, FCUL, pg. 12;

TRATADO FRONTEIRA MARÍTIMA NO LEI RELEVANTE SIRA *NUDAR REALIDADE NO DESAFIO BA RDTL*

JÚLIO CRISPIM XIMENES BELO¹

Introdução

Ho Tratado Fronteira Maritima (TFM) assinado, Governo halo proposta alteração, em pacote, Lei hirak ligado ba investimento no direito RDTL, direito Australia no Companhias Petrolíferas iha Tasi Timor. Iha pacote nee, inclui Lei Actividades Petrolíferas (LAP), Lei Tributação Petrolífero (LTP), Lei Fundo Petrolífero (LFP) no Regime laboral no migratório especial ba projecto Bayu-Undan. Husi pacote refere TFM hetan nia ratificação husi Parlamento Nacional (PN) no leis relevantes sira nia alteração mos hetan ona nia aprovação iha PN. Husi pacote refere, SE Presidente da República (PR) promulgação ona TFM, maibe lei relevante balun ligado ba TFM SE PR haruka ba Tribunal Recurso (TR) hodi requiere fiscalização preventiva constitucionalidade (n.º 1, art. 149.º CRDTL) neebe TR pronuncia ona katak parte balun husi alteração ba lei relevante sira (LAP no LFP) inconstitucional. Nune'e, PR bele remete copia acordão nee ba PN hodi husu reformulação ba diploma sira refere tuir TR nia decisão.

¹ Mestre em Direito. Docente Leitor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

Kona ba TFM no lei alteração refere, halo mos observação ruma ligado ba pontos importantes balun. Observação refere sei foca ba TFM no alteração ba LAP. Husi ne'e, iha karik questão senssível balun liga ba lei sira iha pacote refere sei halo mos observação badak ruma.

1. Tratado Fronteira Marítima

Tratado Fronteira Marítima (TFM) ratificado ona husi Timor-Leste no Australia no troca ona nota diplomática. Ida ne'e, laos buat foun ruma ba qualquer ordenamento jurídico, inclui ordenamento jurídico timorense. Katak, Estado RDTL iha duni obrigação jurídica internacional atu cumpre exigência no responsabilidade sira neebe corresponde ho cláusulas adoptados iha TFM em causa.

Maski nudar sucesso boot ida, TFM nee, resulta husi negociação entre Australia ho RDTL, laos la iha fraquesa, ka la fo netik prejuízo ruma ba RDTL. Kona ba ida nee, mak sei refere tuir mai:

1. **Linha Orizental ka Linha Media iha TFM** [*linha entre TA-2 ho TA-10, inclui linha entre TA-10 ho TA-12 too TA-13*] — Husi Acordo nee, muda duni FM husi linha FM neebe consagra iha acordo entre Australia ho Indonesia iha 1971-1972 ho fundamento iha plataforma continental ba fundamenta iha linha media (*Median Line*) tuir Tratado Internacional kona ba Direito Tasi nian. Linha media nee mai husi linha neebe limita Zona Económica Exclusiva (ZEE) entre Australia ho RDTL. Linha nee mosu ona iha acordos anteriores, katak mosu ona iha acordo neebe mai husi tempo ocupação Indonesia (*Acordo entre RI ho Australia kona ba area JPDA*) no mai husi tempo Independencia RDTL (*Acordo entre RDTL ho Australia kona ba fabe persentagem husi husi area JPDA*). Nunee, TFM actual legaliza deit linha neebe iha nanis ona iha acordos anteriores, la iha mudança significativa ruma iha linha balun [*iba linha entre TA-2 ho TA-10*] no iha mudança rum ba linha balun [*iba linha entre TA-10 ho TA-12 too TA-13*]. Husi linha nee nia laran, economicamente poço sira iha campo petrolífero besik-besik (*lin-lin campo Bayu-Undan*) nia produção tun ba bebeik desde 2013, no nia contrato rasik (PSC) sei remata iha 2022, maski politicamente bele dehan assegura ona RDTL nia soberania.

2. **Linha Vertical Oeste iha TFM** [*linha entre TA-1 ho TA-2*] — Husi acordo sira neebe iha nanis ona, TFM halo luan tan espaço balun husi area RI ho Australia (hatama *campo Buřalo*) ba TL, maibe linha nee sei provisório hela, nunee soberania mos sei provisória hela, depende ba duração produção comercial *campo laminária ho Carolina* no mos depende ba resultado negociação FM entre RI ho TL (*art. 3.º, n.º 3 TFM*). Husi linha nee nia laran, economicamente poço sira iha campo petrolífero sira refere balun nia produção menus ona no balun la produtivo ona.
3. **Linha Vertical Leste iha TFM** [*linha entre TA-10 ho TA-12 too TA-13*] — Husi acordo sira neebe iha nanis ona, TFM mantein nafatin linha estabelecido entre RI ho Australia neebe mosu fali iha acordo anterior entre TL ho Australia. Linha nee, tuir TFM sei provisória hela, nunee soberania mos sei provisória hela, depende ba duração produção *campo Greater Sunrise ho balun tan* no mos depende ba resultado negociação FM entre RI ho TL (*art. 3.º, n.º 4 TFM*).

Kona ba TFM nee, hare husi linha Media (*entre TL ho Australia*) bele dehan definitivo ona, enquanto hare husi linha Oeste (*entre TL, Australia ho RI*) no linha Leste (*entre TL, Australia ho RI*) bele dehan sei provisório hela, nunee soberania TL mos sei provisória hela, depende ba duração produção económica iha *campo Greater Sunrise, campo laminária ho campo Carolina* no mos depende ba resultado negociação FM entre RI ho TL (*art. 3.º, n.º 3 no n.º 4 TFM*). Katak, linha FM husi parte Oeste no parte Leste ladauk definitva, nunee implica kedas ba soberania no direito TL iha tasi Timor, entre outros realidade no polémica rai laran kona ba fahe produção campo Greater Sunrise (*70% ba TL no 30% ba Australia*).

Nunee, husi lidun princípio justiça nia exigência, la justifica fahe percentagem nee, tanba geograficamente la hetan fundamento forte ruma, maibe husi lidun princípio segurança nia exigência hodi assegura boa vizinança no boa cooperação entre Australia ho TL, entaun TL bele sacrifica dala ida tan, maski provisória, nia soberania hodi responde ba interesse Australia nia interesse (*inclui Australia nia interesse económica iha G.S*). Dala ida tan TL sacrifica princípio justiça nia exigência contra princípio segurança nia exigência (*hanesan mos ho caso Maternus Bere iha boa relação entre RI ho TL*).

Resultado boot husi TFM nee, mak (1) Australia continua defende nia interesse económica ho razão segurança iha TL nia território marítimo [hodi hetan 30% husi GS (hamentus deit 20% husi Tratado anterior) nudar presente boot ida husi TL ba Australia] no; (2) TL la consegue defende nia soberania definitiva hodi manan linha definitiva iha linha Oeste no linha Leste (TL só bele iha FM definitiva iha linha rua nee, wainhira campo petrolífero no gas, refere iha TFM nee, maran ona ka TL consegue halo TFM foun ida ho RI).

2. Alteração Leis Relevantes ba Implementação TFM IHA TL

2.1. Lei Fundo Petrolífero (Lfp) No Nia Alteração

Iha alteração lei sira ligado ba TFM nia necessidade, Estado RDTL (órgão soberania sira) mos precisa tau consideração profundo ba disposições legais sira neebe, la precisa atu altera, maibe hetan alteração hotu, hodi fo resposta ba interesse ka objectivo seluk neebe subar-an iha alteração lei nee nia laran. Iha observação kona ba alteração LFP nee, bele hare husi disposição legal ba disposição legal neebe afectado iha alteração nee, mak hirak tuir mai nee;

- a) Art. 2.º LFP kona ba nia definição sira, alteração nee pertinente duni; Relaciona ho art. 6.º LFP koalia kona ba receita FP, ne'ebe preve tan qualquer montante neebe Timor-Leste simu husi Autoridade Designada, tuir Tratado haruka. Ida nee mos pertinente hela.
- b) Art. 15.º LFP, la altera, maibe hetan aditamento, neebe fo dalan atu la aplica artigo 15.º ba situação sira neebe preve iha art. 15.º-A, neebe dehan:
 1. *O FP pode ser aplicado directamente em operações petrolíferas, em território nacional ou no estrangeiro, conforme previsto no art. 22.º da LAP, através da celebração de transações comerciais, por intermédio de Timor Gap, EP;*
 2. *Os investimentos do FP em operações petrolíferas previsto no número anterior constituem uma classe especial de activos, à qual, em virtude da sua natureza, não são aplicáveis os requisitos contantes do antigo anterior;*

3. *Não mais de 5% do FP deve ser aplicado nesta classe de activos, devendo este limite ser calculado tendo em conta o valor total, tanto do FP como do investimento, à data da realização do investimento;*
4. *Os investimentos em operações petrolíferas ao abrigo do disposto no presente artigo visam não só promover o desenvolvimento e diversificação da economia nacional, como também retorno financeiro para o FP, devendo os expectáveis benefícios económicos e sociais do investimento ser tidos em conta na determinação dos termos do mesmo.*

Husi n.º 1 art. 15.º-A, bele dehan, liu husi celebração transação comercial ba operações petrolíferas nebe Timor Gap, EP celebra, osan 5% husi FP bele aplica directamente, tanba iha n.º 2 art. 15.º-A, dehan la aplica requisito sira neebe consta iha art. 15.º LFP.

Nunee, bele dehan momos, liu husi n.º 2 art. 15.º-A sei la aplica requisito husi al. a) n.º 4 art. 15.º neebe preve “*Ministro inclui iha classe activo sira seluk, neebe investimento halo parte, iha proposta kona ba distribuição carteira apresentada ba PN, hodi cumpre art. 14.º n.º 5 LFP (iha art. 14.º n.º 5 nee dehan, Ministro apresenta ba PN síntese ida husi nia proposta política investimento FP hamutuk ho Relatório Anual FP ka antes foti decisão ruma neebe implica afectação ba activo principal sira)*”.

Iha n.º 2 art. 15.º-A hatudu momos katak Ministro Finanças (*representa Governo nudar órgão soberania*) no PN (*nudar órgão soberania eleito husi povo*) la iha ona competência ba proposta política investimento FP no Relatório Anual FP neebe realciona 5% (n.º 3 art. 15.º-A) ba investe iha Timor Gap, EP.

Ida nee, hare husi disposição LFP nian, maibe hare fali husi disposição LAP nian (art. 22.º n.º 10 LAP), hetan katak LAP hasai mos competência Tribunal ba visto prévio relaciona ho investimento FP petrolífero nian. Nunee, Timor Gap, EP iha acesso directo ba 5% husi total FP, la liu husi Governo, la liu husi PN no la liu husi visto prévio husi Tribunal.

Nee significa, Timor Gap, EP wainhira iha ona transação comercial kona ba operações petrolíferas bele halo aplicação directa FP ho valor 5% husi total FP no mos investimento la liu husi Ministro nia proposta, la liu husi PN nia aprovação (*katak*

sei la liu mos husi PR nia promulgação) no mos la liu husi Tribunal nia visto prévio (*hatudu katak art. 15.º A nee, viola princípio Estado de Direito Democrático, viola princípio legitimidade democrática, viola princípio segurança jurídica, viola princípio certeza jurídica, viola princípio justiça, viola princípio igualdade, viola princípio contabilidade no viola princípio transparência, katak viola Princípios Gerais do Direito lubuk ida*).

- c) **Art. 20.º LFP** dehan, capital investido nee Estado RDTL nia propridade, no liu husi contrato ka acordo bele constitui ónus no encargo ruma to'ó limite 10% husi valor total FP, iha loron neebe constitui ónus ka encargo, desde emissão no gestão ba dívida pública.

Husi disposição nee bele dehan, Timor Gap, EP nia ónus no encargo sira relaciona ho emissão no gestão ba dívida pública (*Timor Gap, EP nia emissão ba dívida no nia gestão ba dívidas considerado nudar dívida pública*), Estado RDTL mak sei responsabiliza tanba capital investido nee Estado RDTL nia propridade, maski Governo, PN no Tribunal la iha competencia ba proposta no relatório em causa [*art. 15.º-A n.º 3 in fine conjugado ho art. 15.º n.º 4 al. a) ho art. 14.º n.º 5*]. Hatudu katak Timor Gap, EP maski nia empresa pública ida, maibe hetan reconhecimento no consideração boot nudar Estado ida iha Estado seluk nia laran (*Estado Timor Gap iha Estado RDTL nia laran*), nee viola momos princípio Estado Unitário no princípios gerais de Direito lubuk ida nudar indicado anteriormente.

Nudar Empresa Pública, Timor Gap, iha nia personalidade jurídica rasik, lolos iha nia capital social rasik (*hodi determinia nia capacidade jurídica*) neebe Estado RDTL aloca ba nia husi FP (*nudar património autónomo ka património especial ida*) hodi halao nia investimento iha areas petrolíferas, inclui mos atu sai garantia ba nia empréstimo sira, laos Timor Gap nia empréstimo sira hodi garantia fali FP (*nudar património global*) Estado RDTL nian.

Wainhira Timor Gap, EP nia capital social la suficiente atu sustenta operações petrolíferas balun mai husi celebração transação comercial ruma neebe Timor Gap hola parte, precisa halo negociação ho Governo hodi hatama proposta ruma, nudar plano investimento, ba Governo [*bele apresenta ba PN nia aprovação (bele liu mos husi PR nia promulgação)*], nunee bele hetan apoio ruma husi

FP, laos nudar capital social maibe nudar açções ruma (total 5% *husi FP, tuir LFP haruka*) ka categoria seluk iha operações petrolíferas em concreto neebe Timor Gap hola parte. Wainhira operações petrolíferas em causa remata, açções nee transfere fila fali ba FP no nia possível lucro sira, la inclui lucro neebe resulta husi investimento capital social neebe Estado aloca ba Timor Gap-EP.

Koalia kona ba Balanço FP, refere ba actualização balanço FP husi Banco Central Timor-Leste (*BCTL*) neebe tuir LFP, BCTL sei halo trimestral no anualmente. Husi balanço nee RDTL bele hatene actual FP no nia fontes sira, hanesan husi receita husi produção petrolífero, husi tributação petrolífero ka husi investimento FP. Husi produção no tributação petrolífero sei fo balanço positivo ba FP, maibe husi investimento FP sei bele fo balanço positivo ka negativo ba FP. Kona ba balanço positivo ka negativo husi FP (*husi produção, tributação ka investimento*) mak sei afeta substancialmente ba rebalanço FP rasik. Iha balanço no rebalanço nee mak BCTL sei halo ajustamento ba percentagem investimento nian, katak BCTL halo ajustamento ba valor actual ho percentagem investimento ba título (60%), ba açções (35%) no ba instrumento elegível (5%). Husi percentagem hirak nee, actualmente iha alteração LFP preve levantamento parte investimento ba instrumento elegível (5%) iha operações petrolíferas, ba território nacional no estrangeiro, husi transações comerciais neebe Timor Gap, EP celebra (*art. 15.º-A, n.º 1 Lei Alteração ba LFP*).

Kona ba valor 5% ba instrumento elegível nee, mak valor total FP no mos nia investimento (*art. 15.º A, n.º 3 Lei Alteração ba LFP*) iha data realização investimento inicial, katak 5% nee sura ona ba investimento iha instrumento elegível ba Timor Gap, EP mak iha karik realização investimento inicial foun ruma husi Timor Gap EP, sei bele sura tan 5% foun ida husi total FP no mos investimento realizado, ba realização investimento inicial foun husi transações comerciais ba operações petrolíferas neebe Timor Gap, EP celebra. Nunee, wainhira Timor Gap, EP, iha celebração foun ruma ba transação comercial foun iha operações petrolíferas foun, 5% anterior ka 5% hirak liu ona sura ona ba total FP no nia investimento, nunee bele husu transfêrencia foun ba 5% realização investimento inicial foun, nunee ba nafatin.

Consequentemente, iha percentagem legal [*ba título (60%), ba acções (35%) no ba instrumento elegível (5%)*] bele cumpre nafatin, maibe valor real ba Timor Gap, EP nian aumenta ba bebeik, tanba 5% anterior nee tama nafatin ba total FP no mos investimento realizado, Timor Gap, Ep sei bele hetan tan nafatin 5% foun ba transação comercial foun iha operação petrolíera foun, nunee ba nafatin, maski la viola percentagem legal maibe nia valor real bele afectado significativamente (*percentagem legal nafatin, maibe valor real muda tuir Timor Gap EP nia necessidade*). Mak iha futuro la nunee, katak mak 5% nee Timor Gap, EP hetan ona ba transação comercial ida, no bele ajusta hodi hetan tan valor real possível neebe sei admitido iha 5% nee nia laran ba transação comercial foun, entaun nee, cumpre nafatin duni percentagem legal (*hein ida nee mak acontece iha futuro karik LFP nee vigora*).

2.2. Lei Actividades Petrolíferas (LAP) no Nia Alteração.

Kona ba LAP iha artigo tolu-nulu resin hat (artigo 34.º) mak hetan alteração atu bele hatan ba TFM nia exigência. Husi artigo 34, sei koalia deit kona ba artigo 22.º. Iha artigo 22.º, ita hetan mos artigos 22.º-A, 22.º-B no 22.º-C, maibe artigo tolu ikus nee la hatudu divergência ruma, nunee sei la koalia mos iha nee, então bele koalia deit mak artigo 22.º LAP. Husi artigo 22.º LAP ita hetan número hamutuk 10. Entre número hamutuk 10 nee sei concentra deit ba número 9 no número 10 neebe hamusu polémica ruma kona ba nia efeito jurídico.

Nunee, iha n.º 9 art. 22.º LAP hateten: “*O FP pode ser aplicado directamente em operações petrolíferas, em território nacional ou no estrangeiro, através da celebração de transações comerciais, por intermédio da Timor Gap, EP, nos termos do disposto no artigo 15.º-A da Lei n.º 9/2005, de 3 de Agosto, LFP*”.

Enquanto, iha n.º 10 art. 22.º LAP hateten: “*Os contratos de compra e venda, aquisição, cessão, transferência, trespasse novação, fusão, oneração, ou qualquer outro negócio jurídico celebrado ou pagamentos efectuados por Timor Leste ou por qualquer outra pessoa colectiva pública timorense, incluindo através de entidades integralmente detidas ou controladas por estas, destinados a permitir a participação de Timor Leste, de qualquer outra pessoa colectiva pública timorense, incluindo através de entidades integralmente detidas ou controladas por*

estas, ou do FP, em Operações Petrolíferas e, bem assim, para a condução destas, não estão sujeitos à fiscalização prévia da Câmara de Contas do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas?

Husi disposição legislativa rua nee, koalia momos katak: (1) FP bele aplica directamente *iba operação petrolífera sira, iba território nacional ka iba extrageiro, liu husi celebração transação comercial sira, neebe Timor Gap, EP celebra, tuir disposto iba art. 15.º-A LFP*; (2) Contrato compra venda, ... ka qualquer negócio jurídico ruma ka pagamento efectuado husi TL ka qualquer peesoa colectiva pública timorense ka Fundo Petrolífero ... la sujeito ba fiscalização prévia husi *Câmara de Contas iba Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas*.

3. Realidade no Desafio TFM ba TL

Ba TL, TFM nee, interesse nacional ida, nudar realidade no desafio boot iha area política, jurídica, financeira no económica.

Iha area política, nudar focus central mak assegura soberania territorial, katak liu husi TFM mak TL bele negocia ho Australia hodi bele finaliza delimitação FM ho character definitivo. Acontece katak, soberania territorial TL ligado ba TFM hare husi linha horizontal (*linha husi TA-2, TA-3, TA-4, TA-5, TA-6, TA-7, TA-8, TA-9 too TA-10*) entre Australia ho TL, maski formaliza deit, linha anterior ho base iha linha ZEE, maibe linha nee mos, ba posição Australia ho TL, considerado nudar linha média (*median line*). Husi linha nee, soberania territorial definitiva ona, nee duni TL bele exerce nia direito no soberania tomak iha nia area jurisdição estipulado iha TFM. Enquanto iha linha vertical Oeste (*linha husi TA-1 too TA-2*) no linha vertical Leste (*linha husi TA-10, TA-11, TA-12 too TA-13*), FM sei provisório hela, tanba depende ba resultado negociação TL ho RI kona ba delimitação fronteira marítima no duração husi produção petróleo no gas iha campo (*GS, Bufalo, Carolina, Laminária*) neebe definido iha TFM nee.

Iha area jurídica, nudar focus central mak assegura TL nia direito no dever sira ne'ebe resulta husi TFM nee. Ideia ida ne'e, hahu kedas ho direito no dever kona ba negociação, formulação no formação TFM nudar Tratado Internacional ida too direito ba exploração no produção TL nia rikusoin iha nia area jurisdição sira hodi desenvolve raí no povo

TL liu husi desenvolvimento multisektor no multidimensional ba geração oin no geração futuro.

Iha area Financeira, nudar focus central mak assegura TL nia receita financeira sira husi exploração no produção TL nia rikusoin iha nia area jurisdição sira. Atu bele assegura receita financeira nee, TL precisa halo investimento boot, consequentemente TL sei halo despesa boot ba interesse nee. Atu halo investimento nee, TL bele acesso ba nia FP (tuir lei em vigor), bele acesso ba empréstimo internacional (*bilateral, multilateral ka agência financeira internacional ruma*) ka bele halo acordo parceria (*por ações*) ho companhias petrolíferas internacionais. Dalan hirak nee, depende ba TL nia política no estratégia ba escolha capital investimento baseia ba maior rendimento ho menor risku (katak *opta ba investimento ho capital husi FP bele lori ba possibilidade boot atu halo empréstimo iha futuro hodi financia OGE tinan-tinan, wainbira ladauk hetan rendimento husi investimento em causa*).

Iha area economia, nudar focus central mak assegura TL nia desenvolvimento economia ba longo prazo liu husi sektor industria petrolífero. Tanba nee mak TL hahu opta ba desenvolvimento industria petrolífero hodi motiva no conduza sektor industria sira seluk. Opção ida diak no forte maibe precisa halo preparação didiak atu desenvolvimento sektor industria sira seluk bele lao ho diak no bele fo beneficio boot ba nia cidadão liu husi participação industrial máxima husi sektor privado nacional sira. Iha nee, cidadão nacional no nia sektor privado nacional sira ladauk preparado atu compete ka concorre ho extrageiro sira iha nivel recurso humano, técnico no financeiro. Mak lakon iha competição no concorrência nee, cidadão nacional no sektor privado nacional sira sei marginalizado iha sira nia economia rasik. Nunee, efeito indirecto sira neebe preve ona, iha politica investimento nee sei sulin hotu ba circula iha rai seluk economia *do que* circula iha economia rai laran.

Conclusão

Ba TL nia interesse no nia diak iha geração agora no geração futuro, mak TL tau hanoin, hakarak no esforço hamutuk hodi liberta ona território nacional no sei liberta nia povo no nia nação husi kiak no mukit nudar causa fundamental husi injustiça social no humana iha força extra-geira nia determinação no nia opressão sira nia okos. Nunee, processo

negociação no definição ba delimitação fronteira maítima nudar parte integrante ida husi processo libertação nacional timorense, consequentemente alteração ba lei interna lubuk ida iha TL (*alteração parcial ka total, desde que TFM prevé, maibe ho cuidado*) mos halo parte principal no exigência ida ba processo implementação husi TFM iha TL.



OS LIMITES AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA MAIORIA

MARIA ÂNGELA CARRASCALÃO¹

Introdução

Da continuação de uma coletividade anteriormente existente emerge o Estado que, não obstante a sua criação, não a extingue. Essa coletividade subsiste desde que se mantenha a base que a suporta. No entanto, a coletividade continuará com as características que detinha e não se tornará uma coletividade jurídica e política já que essas são particularidades que pertencem ao Estado ou ao povo.

O Estado de Direito impõe que a coletividade que o constitui — os homens e as instituições que nele se integram — se oriente por determinada ordem jurídica, por normas, regras e princípios, indispensáveis para a convivência democrática estribada na dignidade da pessoa humana e em um Direito mais justo submetendo a Constituição a um conjunto de deveres, alicerce das modernas constituições dos Estados de Direito democrático em que se destacam o respeito e a proteção da pessoa humana, da sua não utilização como meio, da proibição de arbítrio, do Direito ao desenvolvimento da personalidade de todos os seres humanos e o reconhecimento de todos os outros direitos de personalidade.

¹ Mestre em Direito

Docente da Faculdade de Direito da UNTL

Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Neste trabalho vamos debruçar-nos sobre as vicissitudes que o Estado de Direito Democrático enfrenta na sua consolidação, analisando os limites aos princípios democrático e da maioria em três partes distintas.

Na Parte I abordamos de forma abrangente, os temas do Estado de Direito em que incluímos as questões referentes à Constituição, ao percurso do Estado de Direito e ao Estado de Direito democrático, ao Estado constitucional e à soberania popular, à juridicidade, à função Jurisdicional, à Administração Pública, ao poder do Estado bem como ao princípio do Estado de Direito.

Na Parte II, entendemos necessário incluir uma observação breve sobre o Estado de Direito Democrático de Timor-Leste e às contingências próprias ao processo de crescimento do Estado timorense.

Finalmente, na Parte III, abordaremos a questão que aqui nos traz sobre os limites aos princípios democrático e da maioria, procurando contribuir para a melhor compreensão da importância principiológica nas constituições, pelo que analisaremos os princípios do Estado de Direito *versus* princípios constitucionais.

PARTE I

O Estado de Direito e o Estado de Direito Democrático

No século XVIII, mais precisamente em 1789, uma Constituição fundamentava-se na sociedade, era a Constituição da sociedade, um corpo jurídico de regras aplicáveis ao corpo social, um conceito que exprime a ideia de que a Constituição se refere à comunidade política (*res publica*).

A partir do século XIX, porém, o Estado substitui a sociedade e a Constituição deixa de ser a Constituição da República e passa a Constituição do Estado:

- devido à evolução semântica do conceito — razão de cariz histórico-genético;
- pela estruturação progressiva do Estado liberal que conduz à separação Estado-sociedade — razão de natureza político-sociológica;

- porque a Constituição designa uma ordem, a ordem do Estado — justificação filosófico-política.

Limitada a lei do Estado e sob o poder deste, é através do Estado que a Constituição é entendida como lei proeminente que conforma o Estado e este só se concebe como Estado constitucional desde que interiorize duas qualidades constitucionalmente identificadas, a de ser Estado democrático e Estado de Direito.

Dessa forma, o entendimento acerca do Estado de Direito democrático se consubstancia como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, através da organização e do exercício do poder do Estado em termos democráticos, cumprindo assim o princípio da soberania popular, uma das traves mestras do Estado Constitucional.

Logo, a inclusão do elemento democrático explica-se não apenas pela obrigação de conter o poder — na aceção de poder político — como também pela necessidade de legitimação desse mesmo poder, observando-se dessa forma o princípio da soberania popular segundo o qual todo o poder vem do povo, desenvolvendo-se assim o Estado de Direito democrático.

O Estado de Direito democrático, enquanto modelo ou projeto de configuração do Poder político, “traduz uma modalidade de um Estado de Direito, um Estado de Direito material verificando-se que o Poder político não está apenas limitado pelo Direito que cria (autovinculação ou autolimitação); mas, esse mesmo Poder político encontra-se ainda “limitado por normas e princípios que não se encontram na sua disponibilidade relativamente aos quais se subordina (:heterovinculação ou heterolimitação).”

Reforçamos com a obrigação de incluir no conceito de Estado de Direito democrático o de um Estado Social de Direito que pretende desenvolver uma democracia política, económica e social, assente no pluralismo de expressão e na organização política democrática, no respeito e na garantia de efetivação dos Direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes.

Essa estrutura de Estado alicerça-se em três elementos básicos: o pluralismo que é o pressuposto do Estado de Direito democrático, raiz básica do princípio democrático; a juridicidade que caracteriza os meios de concretização do Estado de Direito democrático; e o bem-estar que orienta a atividade do Estado de Direito.

Nesse sentido, Canotilho afirma que “a concretização do Estado Constitucional de Direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos.”²

Por nosso lado, acrescentamos que se impõe o respeito da dignidade humana e a observância do princípio de tolerância próprio ao âmbito democrático do pluralismo de expressão e organização política, ilustrativo de uma sociedade democrática diversificada, multifacetada, multicultural, multiétnica que reúne diferenças de opinião e de formas de ser e de estar.

Em face de um Estado pluralista, de juridicidade e de bem-estar concluímos que um Estado de Direito Democrático é um Estado antitotalitário, uma vez que não é concebível a existência de um Estado de Direito democrático sem democracia tal como não há pluralismo sem democracia.

É neste sentido que orientamos o estudo sobre o pluralismo, a democracia e a vontade do povo, interpretando o princípio pluralista como a democracia fundada na vontade do povo na qual temos obrigatoriamente de incluir o respeito e a garantia dos direitos fundamentais.

O pluralismo harmoniza-se com a interdependência de poderes, exige o princípio da separação de poderes, a divisão ou a partilha da decisão política e jurídica pelos vários órgãos interdependentes, pelas estruturas representativas dos vários interesses, sensibilidades ou correntes de opinião, sem monopolização, concentração ou absolutização num só órgão ou titular (freios e contrapesos).

A percepção de que sem pluralismo político a democracia não é democrática e sem democracia o pluralismo não é plural, conduz-nos à legitimação política assente numa conceção que encontra resposta na vontade do povo.

Por conseguinte, é da vontade expressa pelo povo (nos termos constitucionalmente prescritos), do poder que lhe é atribuído que advém a forma de governo que denominamos Democracia que significa, que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes. Ou seja, o poder político deriva

² Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, p. 93.

do poder dos cidadãos, como ensina Canotilho.³

Não nos parece, por isso, despropositado que questionemos acerca de quem, realmente, é o detentor do poder e se esse poder é, de fato, a expressão da vontade popular ou, por outro lado, restringe-se a uma soberania que pertence ao Estado, como instituição, e que limita o princípio da soberania popular ao momento das eleições.

Recorremos a Jorge Miranda que, sem hesitações, afirma que “o poder, a soberania não pode ser senão um poder do Estado, tal com o povo e o território só são povo e território dentro do Estado. O poder não se identifica com o Estado, mas somente o Estado tem poder ou soberania”. Adicionalmente, é-nos também dito que a soberania é do Estado enquanto entidade jurídica global e complexa, não é nenhuma prerrogativa dos órgãos do Estado, dos titulares dos órgãos ou do povo. O que se explica pela razão de que ligar a soberania aos órgãos, aos governantes ou aos governados significaria fracioná-la em visão unilateral, acrescenta Jorge Miranda.

Portanto, é óbvio que a soberania popular não é privilégio dos governantes, funciona apenas como fonte de legitimidade dos governantes, obedecendo à constitucional legalidade democrática.

O exercício do Poder — que, como já vimos, mas não é demais repetir, não é um Direito dos governantes sobre os governados — traduz-se num serviço a favor do bem comum dos governados que, segundo o Papa João XXIII, citado por Paulo Otero⁴, constitui uma realidade ao serviço da salvaguarda dos direitos e deveres da pessoa humana, consubstancia a própria razão de ser dos poderes públicos; sublinhe-se a precedência constitucional atribuída à dignidade humana uma vez que é a soberania popular que se move no espaço da dignidade humana, não é a dignidade humana que se encontra subordinada à soberania popular, delimitando a soberania popular pelo respeito à dignidade da pessoa humana que a precede e prevalece sobre a vontade popular.

Isto é, pressupõe-se que o objetivo do Estado de Direito democrático pautado na construção de uma sociedade cuja consequência é o de-

³ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, p. 98.

⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, Identidade Constitucional, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 32.

envolvimento de uma democracia política, económica, social e cultural, dotada de uma componente política democrática que prevê um Estado de direitos humanos e mobiliza todas as funções do Estado para a concretização da liberdade, da justiça e da solidariedade.

A Constituição timorense corresponde ao que precedentemente referimos, ao assumir no artigo 2.º, n.º 1 que a soberania reside no povo, destacando porém — para além do artigo 1.º, n.º 1 — a dignidade da pessoa humana, ligando-a à proteção dos Direitos humanos (artigo 8.º, n.º1), ao critério interpretativo dos Direitos fundamentais (artigo 23.º) incorporando a Declaração dos Direitos Humanos, à receção do Direito internacional e a ratificação dos principais instrumentos internacionais.

Acrescentamos que, na Constituição timorense, o Estado de Direito não se circunscreve apenas ao império da lei e ao princípio da legalidade. Desse modo, o Estado deve, além de se conduzir pelo primado da legalidade, concretizar aportes essenciais para fortalecer o Estado de Direito, respeitando e tornando efetivas medidas referentes ao rol de direitos fundamentais e preceitos pertinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o Estado de Direito Democrático é pluralista e de juridicidade ou material porque o Poder está sujeito a regras e princípios jurídicos.⁵

&&&

A juridicidade vincula-se à ideia de um Direito justo. Existem princípios jurídicos fundamentais que vinculam o legislador, os órgãos administrativos e os tribunais.

Relativamente aos tribunais, o artigo 118.º, n.º 1, Constituição timorense atribui aos tribunais, órgãos de soberania, a função jurisdicional a qual abrange a competência para administrar a justiça em nome do povo, em quem reside a soberania. A exclusividade do poder jurisdicional dos juízes investidos nos termos da lei⁶ impede o reconhecimento

⁵ Nesse mesmo sentido, “o Estado de Direito (...) tem de estar vinculado à observância de uma pauta material de valores na qual o princípio da dignidade da pessoa humana e os Direitos fundamentais ocupam posição fundamental”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa, AAFDL, 2017, p. 21.

⁶ Cfr. Artigo 121.º, n.º 1 da CRDTL sobre os juízes.

das decisões dos líderes de comunidades realizadas seguindo os costumes tradicionais, como uma decisão de Direito.⁷

Considerando ainda que a primeira fonte de legitimidade do exercício da função jurisdicional *em nome do povo* provém da Constituição, entendemos que os tribunais são guardiões da ordem constitucional e apenas se sujeitam à Constituição a quem estão, assim, vinculados, o que garante a realização do princípio da legalidade, segundo o qual o Estado se encontra vinculado à Constituição e à lei, apontando o preceito constitucional 120.⁰⁸ para a primazia normativa da Constituição. Para além disso, admitindo que o povo detém um conjunto diverso de costumes, e tendo em conta a relevância crescente de mecanismos alternativos na solução de litígios, poder-se-á colocar a questão da abertura total da Constituição formal (escrita) ao Direito costumeiro, uma vez considerada a fundamentação democrática do costume como fonte de Direito, o que vem, de certa forma, contrariar o que Paulo Otero classifica de pretensão monopólio da lei e das restantes fontes formais.⁹

A Constituição timorense estatui que desde que em consonância com o que Constituição prevê no artigo 2.º, n.º 4, reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente desse direito; Pode entender-se que há essa possibilidade naturalmente observando a independência constitucionalmente reconhecida aos tribunais no artigo 119.¹⁰, conciliando, nesse sentido, o Direito informal e o Direito formal. Mas, tal não se afigura fácil devido à diversidade dos costumes, apesar da evidência de que no quadro atual, em particular fora das zonas urbanas,

⁷ Cfr. BARBARA NAZARETH OLIVEIRA *et.al*, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 156.

⁸ Cfr. Segundo o artigo 120.º da RD/TL “Os Estados não podem aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consagrados.”

⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, Identidade Constitucional, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 70, ss.

¹⁰ Cfr. O artigo 119.º da CRD/TL sobre a independência dos tribunais preceitua que “os tribunais são independentes e apenas estão à Constituição e à lei”. Esta independência consiste numa condição imposta pelo princípio do Estado de Direito democrático no artigo 1.º, n.º 1 que preceitua que a RD/TL é um Estado de Direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana.

como afirma Jaime Valle, o costume pouco ou nada fica atrás das fontes escritas na solução dos problemas da vida quotidiana em Timor-Leste.¹¹

&&&

Por outro lado, a conceção de pluralismo jurídico substituiu a conceção monista do Direito em virtude do descentramento estadual da legalidade, o Estado perdeu o monopólio da função administrativa e, neste considerando, não é a única entidade pública titular de poderes normativos, tendo-se, conseqüentemente, multiplicado os centros criadores de Direito.¹² Partindo do argumento da interdependência e da partilha constitucional, não causa estranheza que se considere que a efetividade das normas da Constituição não dispensa a intervenção da Administração Pública. Por conseguinte, verificando-se uma ligação íntima entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, é certo que se trata de um *casamento sem divórcio*, sendo certo que a Administração Pública tem sempre de se mover na dependência constitucional.¹³ O princípio da legalidade administrativa implica a subordinação da atividade da Administração Pública como função secundária do Estado, à lei e à Constituição.

A Constituição concretiza-se na Administração Pública que visa a prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos e das instituições constitucionais; o sucesso ou o fracasso da ordem constitucional encontra-se depositado na Administração Pública em resultado do seu protagonismo na efetivação do modelo constitucional.

¹¹ Cfr. JAIME VALLE, *O casamento na ordem jurídica timorense actual: Perspectivas de evolução*, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Valle-Jaime-O-Casamento-na-Ordem-Juridica-Timorense-Actual-Perspectivas-de-Evolucao.pdf>, pp 10, ss. Página acedida em Agosto de 2019.

¹² Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da vinculação Administrativa à Juridicidade*, 3.^a Reimpressão de 2003, Coimbra, Edições Almedina, 2017, p. 149.

¹³ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da vinculação Administrativa à Juridicidade*, 3.^a Reimpressão de 2003, Coimbra, Edições Almedina, 2017, pp.28, 29.

&&&

Em consequência do que anteriormente exposto, depreendemos que o Estado detém o poder. No entanto, interessa acentuar que o poder do Estado é sempre um domínio sobre homens, manifestando-se territorialmente sobre o povo que vive no território estadual, o que significa que o povo é, neste considerando, um elemento imprescindível do domínio do Estado constituindo-se no que é designado o “povo do Estado”, um conceito de povo sujeito ao poder estatal que não está em conformidade com o conceito de povo em sentido sociológico, unido por um sentimento de afinidade étnica. Nesta circunstância, podemos defrontar-nos não só com a discriminação de alguns grupos da sociedade como também com o excesso do exercício do poder, razão pela qual nos socorremos de Zippelius na sua avaliação prudente à formação de um poder de Estado soberano ao observar que “o poder que era suficientemente forte para proteger o cidadão e para garantir o Direito, também era suficientemente forte para oprimir o cidadão e dispor arbitrariamente do Direito.”¹⁴

É esse o ponto de partida para a compreensão da importância dos princípios constitucionais e dos limites aos princípios democrático e da maioria, limites fundamentais para precaver a exclusão de *outras partes* não abrangidas pelos interesses de determinado grupo da comunidade que podem originar um regime em que se cultiva uma nova visão do Estado¹⁵, pondo em causa os princípios do Estado de Direito democrático. Ora, sabemos que as instituições do moderno Estado constitucional e de Direito nasceram, em grande parte, como resposta ao desafio de um absolutismo absoluto. Neste sentido, a história da liberdade do cidadão é uma história de restrição e do controlo do poder do Estado pelo que se exigem instrumentos que protejam e previnam o Estado de Direito de uma expansão totalitária e de um exercício incontrolado do poder do Estado.

Por conseguinte, se o Estado, como afirma Jorge Miranda, não existe em si ou por si, existe para garantir segurança, fazer justiça, pro-

¹⁴ Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, Tradução coordenada por J.J. Canotilho, 3.^a Edição, Lisboa, Gulbenkian, 1997, pp. 383, 384, ss.

¹⁵ Nesse sentido, PAULO OTERO, “*o partido converte-se, por isso, em Estado... o Estado é o partido e o partido é o Estado*”, *A Democracia Totalitária*, Lisboa, Principia, 2001, pp. 24, ss.

mover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e progresso, não pode viver à margem do Direito, então as relações entre governantes e governados exigem equilíbrio entre liberdade e autoridade e a efetiva observância pelos governantes dos direitos dos governados e da consciência que estes possuem tanto dos seus direitos como dos deveres cívicos.¹⁶ Conseqüentemente, o Estado de Direito democrático reflete-se na Constituição composta por normas jurídicas, por critérios de decisão que — vinculando os poderes públicos e certas relações jurídicas privadas — se encontram aptos a produzir efeitos jurídicos, garantidos no plano jurisdicional e político.

As normas desdobram-se em princípios e regras constitucionais, dispondo ambas de vinculatividade sobre todo o ordenamento jurídico.¹⁷ No entanto, vamos circunscrever-nos aos princípios do Estado de Direito — consignados constitucionalmente — que, tal como o princípio democrático, têm como objetivo resolver a questão de responder em simultâneo à realização da ordem e da liberdade,¹⁸ situando assim o nosso trabalho nos limites nos princípios democrático e da maioria.

PARTE II

O Estado de Direito Democrático de Timor-Leste

É inevitável que ao analisar o Estado de Timor-Leste o façamos afirmando que é um Estado de Direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana¹⁹, uma opção constitucional que não nos surpreende se tivermos presente a História recente do Estado subjugado

¹⁶ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 2004, pp.165, ss.

¹⁷ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Teoria da Constituição*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 459 e 462.

¹⁸ Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, Tradução coordenada por J.J. Canotilho, 3.^a Edição, Lisboa, Gulbenkian, 1997, pp. 383, ss.

¹⁹ Cfr. Artigo 1.º, n.º 1, da CRDTL de 2002.

por uma força estrangeira cuja presença no território ficou marcada pela violação constante dos Direitos humanos. De igual forma não nos surpreende que os deputados à Assembleia Constituinte se tenham comprometido a defender a “*necessidade de se erigir uma cultura democrática e institucional própria de um Estado de Direito onde o respeito pela Constituição, pelas leis e pelas instituições democraticamente eleitas sejam a sua base inquestionável.*”²⁰

Se, por outro lado, tivermos presente que a fundação do Estado foi iniciada literalmente do zero, desde logo pela criação da nova ordem jurídica, compreendemos que a edificação do Estado de Direito — a que constitucionalmente Timor-Leste se obriga — reveste-se de grande complexidade e dificuldade, especialmente quando se trata de um Estado novo. No entanto, excluímos nesta análise, a questão complexa que a sucessão do Estado suscita.

O princípio da constitucionalidade que tange à supremacia constitucional é claramente evidente na declaração de que a soberania reside no povo que a exerce nos termos da Constituição, que o Estado se subordina à Constituição e às leis e as leis e os demais atos do Estado e do Poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição (artigo 2.º, n.ºs 1, 2 e 3 da CRDTL).

Todavia, no mesmo preceito não se verifica completa harmonização entre a exigência constitucional e a vontade popular, já que o estatuído no n.º 4 sobre o reconhecimento e a valorização das normas e dos usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do Direito costumeiro, comporta uma exigência restritiva que não é isenta de controvérsia e que pode causar alguma perturbação pela omissão desejada ou não do *espírito do povo* aquando da elaboração do texto fundamental.²¹

Não obstante, a Constituição timorense integra um conjunto de características que a equipara às modernas democracias constitucionais que interiorizam os fundamentos do Estado de Direito democrático, em que pontuam a subordinação do Poder ao Direito e a vontade popular com particular realce para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, é pertinente destacar dos objetivos do Estado

²⁰ Cfr. Preâmbulo da CRDTL de 2002.

²¹ A Lei n.10/2003 preceitua no artigo 2.º sobre as fontes do Direito que a lei é única fonte imediata de Direito em Timor-Leste.

de Timor-Leste a alínea b) do artigo 6.º da Lei Fundamental que prevê garantir e promover os Direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático, em que o Estado de Direito e a democracia são os principais conformadores de um modelo de convivência cívica que é o ambiente próprio para o livre exercício das liberdades individuais.

Contudo, ainda neste âmbito, não é menosprezável registar que a edificação do Estado — desde os aspetos sociais, económicos, políticos ou culturais à criação da nova ordem jurídica e, concretamente, à Constituição — feita com o contributo de timorenses de origem diversa tem desencadeado embaraços nas relações entre os vários intervenientes justamente pela difícil aceitação da diferença.

Ricardo Cunha, num texto em que faz a abordagem da “alteridade e a inclusão democrática” ao referir que *a dificuldade na inclusão da “diferença interna” se evidencia na realidade recente de Timor-Leste*²² alerta para uma nova complexidade social que se coloca ao *princípio democrático, na legitimação do exercício do poder, segundo o critério maioritário*.

Ora, a consciência dos obstáculos na aprendizagem democrática de um país que esteve sujeito a uma ocupação ditatorial e teve de aprender a lidar com a difícil arte da sobrevivência, não impede o necessário respeito mútuo que a continuidade do Estado e da Nação timorense exige.

Assim, procuraremos responder às inquietações que se nos colocam em sede de limites ao princípio democrático e da maioria.

PARTE III

Os limites aos princípios democrático e da maioria

O princípio do Estado de Direito²³ — ou de um Estado constitu-

²² Cfr. RICARDO SOUSA DA CUNHA, *A realidade constitucional Timorense na relação com a alteridade*, in Michael LEACH et al. (eds.) *Compreender Timor-Leste*, Díli, Timor-Leste Studies Association, 2010, p. 62.

²³ Neste contexto, referimo-nos ao Direito enquanto meio de ordenação racional e vinculativo de uma comunidade organizada na qual estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições.

cional que pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos — é um princípio constitutivo cuja natureza material, procedimental e formal que visa responder ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado,²⁴ definição que confirmada por Blanco de Moraes ao justificar que, na sua vertente democrática, o princípio democrático encontra-se estritamente ligado ao valor da democracia política, acrescentando que o valor da democracia opera como fonte legitimadora do regime democrático.²⁵ Consequentemente, tal como o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático, é um princípio jurídico-constitucional.

Registamos que o princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia, assumindo-se primeiramente como um processo de continuidade transpessoal irreduzível a qualquer vinculação do processo a determinadas pessoas, opina Canotilho.²⁶ Exige-se, pois, que a dinâmica própria da democracia — inerente a uma sociedade aberta e ativa — promova, em condições de igualdade, os direitos de todos os cidadãos e o seu desenvolvimento integral, a liberdade e a participação política obrigatoriamente consignadas nas constituições alicerçadas no direito democrático.

O princípio democrático caracteriza-se por um conjunto alargado de aspetos de que destacamos este princípio e os direitos fundamentais, pela importância que estes direitos assumem para a realização daquele princípio, já que os direitos fundamentais têm uma função democrática no exercício democrático do poder como, por exemplo, o direito de participação política que a Constituição da RDTL consagra no artigo 46.º, n.º 1, segundo o qual todo o cidadão tem o direito de participar, por si ou através de representantes democraticamente eleitos, na vida política e nos assuntos públicos do país.

²⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 243.

²⁵ BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Tomo II*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 510, 512.

²⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, p.289.

&&&

Sendo real que o princípio democrático suscita controvérsia pelo reconhecimento em crescendo da sua relevância, a verdade é que o princípio não é recente, registando-se que a origem do conceito remonta ao século XVIII, no período da Revolução Francesa quando esse princípio era designado como soberania do povo ou soberania popular.²⁷ Estas denominações ainda hoje persistem em algumas constituições como a Constituição de Timor-Leste que estatui no n.º 1 do artigo 2.º que “a soberania reside no povo”. Ou, de uma forma mais direta, como a Constituição portuguesa que preceitua no artigo 2.º que “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular (...)”.

Em qualquer um dos textos constitucionais está salvaguardado o conceito de soberania popular exercido nos termos da Constituição, que afasta o perigo de uma soberania ilimitada, sem limites jurídicos, um risco para a qual Jorge Miranda alerta ao observar que “ao direito divino dos reis sucederia o direito divino dos povos”²⁸. Situada cronologicamente no século XVIII, o erro dessa interpretação e da transposição direta de poder dos governantes para o povo, mais não era do que um desvio; de facto, a ideia dessa transferência direta do poder, tinha origem no poder dos reis que eram soberanos porque eram os únicos e supremos órgãos dos Estados quando já não dependiam do poder papal nem do senhor feudal. Ou seja, com essa transposição, haveria apenas a transferência de titular desse poder.

Esse não é, porém, o entendimento moderno do poder soberano do povo, que, como já dissemos, exerce o poder de acordo com a Constituição. A soberania do povo não é ilimitada. Se assim fosse entendido, haveria o risco de degeneração da democracia representativa em democracia absoluta.

E, tal como afirma Jorge Miranda, tomar a soberania do povo no sentido de supremacia do povo no Estado tem de ser entendido em ter-

²⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 62, ss.

²⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito ...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 63.

mos hábeis (...) Não se coloca nenhuma objeção se a supremacia do povo no Estado decorre da necessidade de os governantes serem da confiança do povo que os elege e incumbe o poder de tomar certas decisões através das eleição ou do referendo; Mas, se a soberania ou a supremacia do povo significa a superintendência sobre os governos (...) então ela é desmentida pelas instituições e pela prática da democracia representativa que (...) impede os cidadãos de determinar atos em concreto dos governantes.²⁹

Entendido como fonte legitimadora do regime democrático, o valor da democracia enquanto objeto do princípio democrático significa que “os mais devem governar os menos”³⁰; ou seja, aqueles que obtiverem maior preferência do eleitorado (...) têm legitimidade para governar ou para deliberar. No entanto, daqui não deve inferir-se que o princípio democrático dispensa o reconhecimento da repetibilidade de eleições e dos direitos das oposições, componentes essenciais do pluralismo político, sob risco de resvalar para a democracia totalitária, para o despotismo maioritário que reduziria o princípio democrático a nada.

&&&

Ao reiterar que o Estado de Direito se fundamenta na dignidade da pessoa humana e de um Direito justo de maneira a subordinar a Constituição a um conjunto de deveres, alerta-se para a premência do respeito e da proteção da pessoa humana, da sua não utilização como meio, da proibição de arbítrio, do direito ao desenvolvimento da personalidade de todos os seres humanos e o reconhecimento de todos os outros direitos de personalidade.

Trata-se de uma limitação ao Poder, através da “consciência jurídica geral”, porque o Parlamento e a Constituição não têm legitimidade para obrigar através de normas violadoras dessa “consciência jurídica geral”;

O próprio princípio da maioria é apenas um método de exercício do poder, por meio do qual decisões são tomadas. A totalidade do sis-

²⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 63.

³⁰ Cfr. G.UGO RESCIGNO *apud* BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Tomo II*, Coimbra, Almedina, 2018, p.512.

tema político da democracia não pode, contudo, ser reduzida a esse método. Mesmo quando se parte de seu aspeto técnico metódico, o princípio da maioria possui um significado abrangente para a democracia e não se esgota em sua função formal. O princípio maioritário é absolutamente irreconciliável com formas de governo autoritárias, conhece limites, não se identifica com o princípio democrático e é permeável a instrumentalizações, podendo servir de base ao totalitarismo.

Assim, os limites põem-se, sempre que houver perigo de violação da dignidade da pessoa humana, fundamentada na “consciência jurídica geral” a que se refere Paulo Otero relativamente ao “processo determinativo da ordem axiológica suprapositiva que fornece o material genético formador dos princípios jurídicos fundamentais do ordenamento de um Estado de juridicidade, não se identifica necessariamente com o «consenso social» maioritário.”³¹ No nosso entendimento significa que é necessário que a decisão seja válida, não sendo suficiente que resulte da vontade de uma maioria, entendendo-se, pois que o princípio maioritário se circunscreve a um procedimento decisório que deve ser correto, mas, como afirma Paulo Otero, não é critério de justiça.

O princípio maioritário prende-se em particular com os princípios relativos à organização do Estado mas não se identifica com a vontade geral;

Entretanto, se, por um lado falamos da democracia formal baseada na representatividade da vontade do povo no Parlamento e da maioria que daí decorre, devemos, por outro lado, focar a importância da comunidade, da coletividade, da nação que pode gerar alguma conflitualidade uma vez que numa sociedade pluralista não existe apenas uma forma de expressão da vontade nem apenas os que estão tipificados. Se, por outro lado, valorizamos a representatividade do povo no Parlamento e da maioria daí resultante, impõe-se, por parte destes, o respeito pelas minorias, tendo em atenção o facto de que, se a maioria resulta da escolha democrática do povo nos seus representantes, devido à democracia participativa, a vontade do povo pode alterar-se e transformar a minoria de hoje na maioria de amanhã. Constatamos, desse modo que, a alternância democrática do poder permite que uma maioria política seja substituída

³¹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, Identidade Constitucional, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 77 e ss.

por nova maioria com uma concepção diferente da realidade pelo que não se concebe a imodificabilidade das decisões anteriores. Por um lado, porque a vontade do povo constitutiva da ordem jurídica não deve ser excluída nem estática e, por outro lado porque tal representaria um atentado ao Estado de Direito Democrático.

Acrescentamos que o fundamento último da autoridade dos governantes reside na vontade dos governados que os elegem através de eleições honestas, periódicas ou por sufrágio universal; Aí radica a legitimação política de um Estado plural, de um Estado dos partidos e a legitimidade político-democrática da decisão pública. Realçamos que os partidos políticos não só traduzem uma manifestação da liberdade de associação política, como são instrumentos indispensáveis na formação e expressão da vontade da coletividade.

Em conclusão:

1. A legalidade democrática é um alicerce fundamental do Estado de Direito Democrático.
2. A fundamentação democrática dos critérios de decisão do poder judicial e do poder administrativo sustenta a legitimidade político-democrática que o princípio democrático requer.
3. A lei como expressão da vontade geral sobrepõe-se a todas as outras fontes infraconstitucionais em consequência do princípio da preferência da lei.
4. A legitimação democrática dos pressupostos, critérios e efeitos das decisões judiciais e administrativas diretamente fundadas na lei resulta do princípio da reserva de lei. Daí que a sua aplicação e respetiva execução requeira transparência na sua fixação.
5. Pelo facto de serem eleitos diretamente por sufrágio universal, os principais titulares dos órgãos de Estado são detentores de responsabilidade e de representatividade político-democrática que implicam a responsabilidade política do decisor e das suas decisões. Disso decorre que:
6. Em igualdade de circunstâncias de validade, o princípio democrático requer a preferência pela decisão de um órgão dotado de uma legitimidade política mais alargada ou superior relativamente à decisão de um órgão com legitimidade em menor grau ou inferior.

7. No contexto de um Estado de Direito Democrático fundamentado no pluralismo impõe-se a fidelidade como forma de vinculação dos titulares de cargos públicos nas funções de titulares da soberania ou do Poder político — ainda que o princípio da fidelidade não exija concordância ou sintonia com os seus valores e instituições — ao dever de respeitar e defender a ordem constitucional vigente; mas, a fidelidade à Constituição não gera um dever de fidelidade política nem impõe uma orientação no sentido de conduzir ao monolitismo político.
8. Impõe-se uma postura de neutralidade decisória e de coincidente vinculação à prossecução do interesse público, não obstante as convicções diferentes de cada titular de cargo público, concretizando assim a fidelidade à Constituição que permite o regular funcionamento das instituições em um Estado de Direito Democrático em que a neutralidade político-partidária do decisor se torna um modo de fidelidade constitucional.
9. Os limites ao princípio democrático e ao princípio da maioria devem forçosamente:

Respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, anterior quer à democracia, quer à maioria; a democracia vale e existe desde que respeite a dignidade da pessoa humana. Ou seja, desde que estejam garantidos os Direitos humanos, há limitação de Poder.

Numa lógica de interdependência, em que o Poder não fica adstrito a um só órgão de soberania, exige-se que seja observada a separação de poderes;

As relações com a sociedade devem fazer-se na base de legislação justa, mas a lei só pode ser tida como Direito quando for reconhecida como justa, que respeite a consciência ética da comunidade e da coletividade.

Referências bibliográficas

- CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina.
- CUNHA, RICARDO SOUSA DA, *A realidade constitucional Timorense na relação com a alteridade*, in Michael LEACH et al. (eds.) *Compreender Timor-Leste*, Díli, Timor-Leste Studies Association, 2010.

- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo VII*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 2004.
- MORAIS, Blanco de, *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Tomo II*, Coimbra, Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa, AAFDL, 2017.
- OLIVEIRA, Barbara Nazareth, et.al, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*, 1.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português, Volume I, Identidade Constitucional*, Reimpressão da edição de 2010, Coimbra, Almedina, 2014.
- OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português, Volume II, Organização do Poder Político*, Reimpressão da edição de 2010, Coimbra, Almedina, 2017.
- OTERO, Paulo, *A Democracia Totalitária*, Lisboa, Principia, 2001.
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da vinculação Administrativa à Juridicidade*, 3.^a Reimpressão de 2003, Coimbra, Almedina, 2017.
- VALLE, Jaime, *O casamento na ordem jurídica timorense actual: Perspectivas de evolução*, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Valle-Jaime-O-Casamento-na-Ordem-Juridica-Timorense-Actual-Perspectivas-de-Evolucao.pdf>.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, Tradução coordenada por J.J. Canotilho, 3.^a Edição, Lisboa, Gulbenkian, 1997.



ALGUMAS NOTAS SOBRE O NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS À LUZ DA CISG E DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE TIMOR-LESTE

MARIANNA CHAVES^{1*}

SUMÁRIO: Introdução. 1. Delimitação do conceito de cumprimento do Contrato Internacional de Compra e Venda de Mercadorias; 1.1 A identificação da prestação devida; 1.2 As obrigações do vendedor; 1.3 As obrigações do comprador. 2. A definição do momento da passagem do risco. 3. As obrigações e os *Incoterms*. 4. O não cumprimento: conceito e modalidades. 5. O incumprimento definitivo do contrato internacional de compra e venda de mercadorias; 5.1 O inadimplemento culposo do contrato; 5.1.1 Resolução do contrato; 5.1.2 Indenização por perdas e danos; 5.2 O inadimplemento fortuito do contrato; 5.3 Cláusula penal; 6. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

¹ * Doutora de Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora do THD — Centro de Investigação da Universidade de Lisboa. Assessora Jurídica da Universidade Nacional Timor Lorosa'e. Membro Perpétuo e Ocupante da Cadeira n° 33 da Academia Brasileira de Direito (ABD). Professora Internacional Convidada da Faculdade de Direito da UNTL.

Introdução

Os contratos surgiram com o fim de regular as relações interpessoais e garantir a possibilidade de se criar obrigações e direitos pautados pela vontade humana. A partir do século XIX, o contrato se revelou um expediente operativo para a economia capitalista e para a promoção das relações industriais, comerciais e financeiras existentes no mundo. Anteriormente à estruturação das sociedades, as relações eram pautadas pela coação, pelo abuso de poder e pelo uso da força.²

O fenômeno da globalização terminou por levar à internacionalização de todo o movimento econômico que vem se desenvolvendo desde o século XIX, fazendo com que não existam fronteiras para o comércio internacional.

Nos manuais e obras de direito das obrigações, uma ideia é uníssona: a de que a obrigação nasce para ser cumprida (princípio do *pacta sunt servanda*, que vem da Roma Antiga)³ e o contrato possui força de lei entre as partes.⁴ É a materialização dos princípios da confiança e da segurança jurídica no mundo dos negócios. A própria Convenção de Viena,

² Em sentido análogo, ver DREBES, Josué Scheer. “O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro”. In: *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 6, pp. 190-212, 2010, pp. 193-194.

³ “*Ait praetor: ‘pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo frans cui eorum fiat facta erunt, servabo’.*” (DIGESTO, Livro 2, Título 14, Fragmento 7/ D, 2, 14, 7). O Direito Civil como o conhecemos hoje, surgiu na Roma Antiga, com o *Corpus Iuris Civilis* (Digesto/Pandectas, Institutas, Novelas e o Código de Justiniano). O *Corpus Iuris Civilis* influenciou enormemente o Direito da Europa moderna e também o Direito brasileiro, mormente a chamada Escola do Recife, altamente influenciada por pandectistas alemães, como Jhering. Muitas das soluções jurídicas que conhecemos hoje, foram criadas na Roma Antiga. Receberam novas interpretações, novas roupagens, mas a essência continua a mesma. Há professores que, inclusive, entendem que a CISG é um excelente instrumento para o ensino do Direito Comparado e que a análise deve sempre partir do Direito Romano. Neste sentido, ver MUNOZ, Edgardo. “Teaching Comparative Contract Law through the CISG”. In: *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, n. 4, pp. 725-760, 2017, p. 747.

⁴ Como prevê o Código Civil italiano, em seu artigo 1372, “Il contratto ha forza di legge tra le parti”.

sobre a qual discorrer-se-á mais adiante, tem como um dos seus objetivos assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

Em regra, as obrigações originárias de um contrato de compra e venda de mercadorias são, portanto, vínculos transitórios, ou seja, nascem para morrer, preferencialmente, pela extinção em razão do cumprimento pelas partes. Como adverte alguma doutrina, o cumprimento “se converte no modo fisiológico e ideal das obrigações”⁵. Nessa lógica, no Direito das Obrigações, o adimplemento deve ser considerado a regra e o inadimplemento uma exceção, por constituir “uma patologia no direito obrigacional”,⁶ representativa de uma quebra da harmonia social, capaz de originar a reação do credor, que poderá utilizar determinados meios para satisfazer o seu crédito.

O presente artigo visa analisar e oferecer um panorama do tratamento jurídico da matéria do incumprimento dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias à luz da Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias (CISG ou Convenção de Viena)⁷ e do sistema jurídico de Timor-Leste.

Uma análise comparada da matéria se mostra genuinamente interessante uma vez que os contratos comerciais de compra e venda de mercadorias poderão estar submetidos tanto à Convenção de Viena de 1980, nos casos dos contratos internacionais como ao Código Civil, quando os contratos sejam nacionais, ou sendo internacionais, as matérias objeto de litígio

⁵ Asseveram ainda que um dos grandes propósitos do ordenamento jurídico é a função promocional ao adimplemento dos contratos e que a obrigação é, indubitavelmente, um processo que desenvolve uma dinâmica direcionada ao seu cumprimento. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 442.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. 25ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398. No mesmo sentido, afirmam Giselda Hironaka e Renato de Moraes que “a finalidade da relação contratual é o término com adimplemento de ambas as partes. É isso que deve ser buscado pelos contratantes. O inadimplemento é situação anômala e deve ser evitada sempre que possível”. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito civil*, vol. 2: direito das obrigações/ Giselda M. F. Novaes Hironaka (orientação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 195.

⁷ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

não estejam reguladas⁸ pela Convenção. Vale lembrar também que o art. 6º da CISG estabelece o caráter facultativo da Convenção, pelo qual suas normas são dispositivas e se aplicam na falta de acordo entre as partes.⁹

No estudo em causa não serão analisados todos os contratos de compra e venda, seguindo-se a posição da Convenção de Viena, que em seu art. 2º exclui do âmbito de aplicação a venda de eletricidade; de navios, barcos, *hovercrafts* e aeronaves; de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; de mercadorias em leilão e em processo executivo. Tampouco a convenção regula as vendas a consumidores. Assim, a análise estará restrita às relações “*business to business*”, ou seja, aos contratos comerciais, onde inexistente a necessidade de proteção de parte hipossuficiente.¹⁰

Os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias podem ser regidos pela lei de determinado país, dependendo do elemento de conexão utilizado ou por um Tratado ou Convenção internacional devidamente ratificados e internalizados pelos Estados nos quais estão domiciliadas as partes envolvidas na negociação.¹¹

Não obstante as leis nacionais muitas vezes exibam sinais de convergência, quanto à regulação de relações comerciais como a compra e venda de mercadorias, o constante desenvolvimento do comércio internacional mostra a necessidade de uma certa unificação e harmonização das regras aplicáveis.¹²

⁸ A Convenção de Viena regula tão somente a formação do contrato de venda de mercadoria e os direitos e obrigações oriundos do mesmo, para o vendedor e o comprador, de acordo com seu art. 4º. Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 266-267. Sobre o art. 4º e a regulação da formação do contrato na CISG, ver ZELLER, Bruno. “The Challenge of a Uniform Application of the CISG - Common Problems and Their Solutions”. In: *Macquarie Journal of Business Law*, vol. 3, pp. 309-322, 2006, p. 317-320.

⁹ O art. 6º da Convenção dispõe que as partes poderão excluir a aplicação da mesma ou, sem prejuízo do disposto no art. 12, estabelecer exceções a qualquer de suas disposições ou modificar seus efeitos. Todavia, no silêncio dos contratantes, os tribunais dos Estados-Partes da CISG devem aplicar as normas *ex officio*.

¹⁰ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*, cit., p. 267.

¹¹ CHAVES, Marianna. “Vendas Marítimas”. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XIV, n. 326. Editora Consulex: São Paulo, pp. 18-20, 2010, p. 18.

¹² No mesmo sentido, consultar AA.VV. *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais*/ Antônio Carlos Rodrigues do Amaral (coordenador). São Paulo: Adunearas, 2004, p. 232.

Não há dúvidas de que um poderoso e importante instrumento para a regulação da compra e venda internacional é a CISG. Em uma escala global, tem havido esforços constantes para promover o livre comércio internacional e, em razão dessa promoção, muitos Estados passaram a adotar acordos bilaterais ou multilaterais que facilitam e promovem diversos tipos de interações comerciais. No entanto, esses acordos geralmente excluem a uniformidade necessária para a segurança do tráfico jurídico. Em razão de tal cenário, desde o ano de 1930, o UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) vinha se empenhando para estabelecer um protocolo universal para o processo de comércio internacional. Esses esforços levaram ao estabelecimento, em 1964, de duas convenções relativas a diferentes aspectos do comércio internacional: a Convenção de Haia relativa a uma Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias e a Convenção de Haia relativa a uma Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias.¹³

A Convenção de Viena, assinada em 1980, foi o produto final do esforço para unificar os padrões de contratos de compra e venda internacionais, de maneira a evitar o surgimento de disputas.¹⁴ A Convenção vem deixando a sua marca em vários projetos internacionais para a unificação ou harmonização de regras no campo do Direito Comercial e Direito dos Contratos.¹⁵ Nessa lógica, parece razoável dizer que a CISG representa um compromisso entre tradições jurídicas divergentes.¹⁶

Alguns países introduziram a CISG não apenas como sua lei aplicável aos contratos de compra e venda transnacionais, mas também aos contratos domésticos de compra e venda de mercadorias. Os países escandinavos são os exemplos mais notórios, embora haja algumas singularidades em suas respectivas implementações. Enquanto a Suécia e a

¹³ AL HARFAN, Sara. “An Overview of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. In: *Court Uncourt*, vol. 5, n. 1, pp. 17-18, 2018, p. 17.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Cfr. SCHIECHTRIEM, Peter. “Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations”. In: *Juridica International*, vol. 10, pp. 27-34, 2005, p. 28.

¹⁶ WETHMAR-LEMMER, Marlene. “The Vienna Sales Convention and Gap-Filling”. In: *Journal of South African Law*, vol. 2012, n. 2, pp. 274-300, 2012, pp. 274-275.

Finlândia ratificaram a CISG e uma legislação para os contratos domésticos de compra e venda de mercadorias baseadas na CISG, a Noruega promulgou apenas uma lei relativa aos contratos de compra e venda - *Kjopsloven* — nacionais e internacionais.¹⁷

Todavia, apesar de a Convenção ter encontrado ampla receptividade ao redor do mundo, Timor-Leste ainda não é signatário. Nada obstante este fato, é indispensável o conhecimento do seu corpo de normas, tendo em vista o desenvolvimento e a expansão da economia do país, além da emergência de novas e complexas relações comerciais transnacionais. Nessa lógica, é presumível que tais regras possam vir a reger contratos celebrados entre partes timorenses e partes estrangeiras, quando ambas as partes contratantes decidam incorporar as disposições da CISG e quando, através dos elementos de conexão, a lei de regência for aquela do Estado que tenha ratificado a Convenção.

Além de oferecer uma perspectiva comparada da matéria, o presente escrito possui como escopo uma intersecção e um diálogo entre o Direito Civil e o Direito Comercial, em razão da necessidade de aplicação da codificação civil às relações mercantis, mas da “civilização” de parte do Direito Comercial timorense, dado a falta de um Código Comercial, a exemplo de outros países como Portugal.

Por fim, cumpre destacar que tampouco está em causa, uma análise da determinação do direito aplicável ao contrato obrigacional, mas tão-somente analisar como a situação de um eventual litígio seria solvida se tivesse por aplicável, por meio da convenção de arbitragem ou do sistema geral de direito de conflitos, o direito timorense ou a Convenção de Viena.

1. Delimitação do conceito de cumprimento do Contrato Internacional de Compra e Venda de Mercadorias:

Como já mencionado, o desfecho ideal para a finalização da relação obrigacional consiste no voluntário cumprimento das obrigações, respeitando-se as condições subjetivas e objetivas do cumprimento do débito. Na ocasião em que a prestação corresponde fielmente ao pactuado, a re-

¹⁷ Cfr. SCHIECHTRIEM, Peter. “Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations”, cit., p. 30.

lação se extingue e desempenha a sua função, satisfazendo o interesse do credor e desonerando o devedor.¹⁸

Antes de se delimitar o cumprimento desta modalidade contratual, deve-se destacar algumas nuances. Em um contrato internacional de compra e venda de mercadorias, temos por assentes dois pontos: a internacionalidade¹⁹ e a implicação, em regra, de um contrato de transporte.

O comércio internacional se esteia, primacialmente, nas operações de compra e venda onde as partes, vendedor e comprador, encontram-se em dois territórios distintos, razão pela qual, o transporte constitui um elemento vinculativo expressivo que influencia, de alguma forma, nos direitos e deveres dos contratantes. Habitualmente, ao contrato de compra e venda, vem conectado a um contrato de transporte, assim como a um contrato de seguro e, eventualmente, a um contrato de financiamento, quase sempre mediante um crédito documentário.²⁰

Mister relembrar que apesar da peculiar ligação com a compra e venda, os referidos contratos mantêm a sua autonomia, de modo que sua eficácia se limita à própria relação contratual.²¹ O sistema de direitos e deveres atinge as relações entre o vendedor e o comprador, restando apartadas as partes dos contratos conexos, como o transportador, a companhia de seguros ou a entidade de crédito que orienta o pagamento.²²

¹⁸ Em sentido igual, cfr. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*, cit., p. 442.

¹⁹ Por tal característica, torna-se tão necessária a análise da Convenção de Viena de 1980, pois não obstante não tenha sido ratificada por Timor-Leste, a Convenção encontrou amplo acolhimento na comunidade internacional, tendo como partes cerca de 84 Estados ao redor do mundo.

²⁰ Pode-se citar, apenas a título exemplificativo, as denominadas “vendas marítimas”. Nas palavras de Luís de Lima Pinheiro, “entende-se por venda marítima uma operação global em que a troca de uma mercadoria por um quantitativo pecuniário surge economicamente ligada a um transporte da mercadoria por via marítima”. PINHEIRO, Luís de Lima. “Venda Marítima Internacional: Alguns Aspectos Fundamentais da sua Regulação Jurídica”. In: *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, pp. 81-126, 2006, p. 81.

²¹ CHAVES, Marianna. “Vendas Marítimas”, cit., p. 18.

²² Neste sentido, consultar ARROYO, Ignacio. *Compendio de Derecho Marítimo*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 186.

Portanto, no presente estudo, a análise estará adstrita à questão do contrato de compra e venda, fazendo-se alguma menção, se necessária, à questão do transporte, nomeadamente no que diz respeito à transmissão do risco.

Assim, *grossa modo*, pode-se dizer que o contrato de compra e venda estará cumprido quando ocorrer, por um lado, a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito e/ou a entrega da coisa e, por outro lado, o pagamento do preço avençado. Parece uma fórmula simples, quase simplória, mas que numa lógica de internacionalidade pode tomar contornos intrincados.

1.1 A identificação da prestação devida

O art. 808º do Código Civil de Timor-Leste define a compra e venda como o contrato através do qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito mediante um preço. Tal dispositivo corresponde ao artigo 874º do Código Civil português.

O art. 343º, n. 1, do Código Civil de Timor-Leste dispõe que, “a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei”. Portanto, a celebração do contrato de compra e venda, por si só, independentemente do pagamento do preço, transfere a propriedade da coisa para o comprador, salvo cláusula estipulada em contrário, como indica julgado do Tribunal da Relação do Porto, em Portugal.²³ Trata-se, portanto, de um contrato oneroso, sinalagmático e com efeitos reais, além da óbvia eficácia obrigacional.

Timor-Leste, assim como Portugal, Itália²⁴ e Polónia, seguiu o sistema adotado pelo *Code Napoléon*,²⁵ onde a compra e venda é contrato de

²³ TRP, 20-5-1970: BMJ, 197º-382.

²⁴ Art. 1376. *Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.*

²⁵ Art. 1583. *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*

transferência da propriedade, de efeito real instantâneo, onde o domínio se transfere ao adquirente pelo simples consentimento, sem a necessidade da tradição. A troca de consentimentos que figura no contrato por si só é suficiente para converter o comprador em proprietário. Assim, no Código Civil Timor-Leste é atribuído efeito real à compra e venda.²⁶

Deste modo, por força do disposto no n. 1 do art. 343º, a transferência da propriedade da coisa é efeito do contrato de alienação e não da entrega da coisa. Existe o entendimento de que a regra de que a transferência da propriedade se produz por mero efeito da celebração do contrato de compra e venda encontra-se fundada no n.1 do art. 408º. A possibilidade de afastar convencionalmente o efeito translativo, por meio de um pacto de reserva de propriedade, de acordo com o n. 1 do art. 344º.²⁷

A título de comparação, em um aspecto essencial o Direito brasileiro difere do Direito timorense, assim como dos países da Europa mencionados. Tendo em vista que o objeto da compra e venda reside na transferência de um bem do vendedor para o comprador, por meio de pagamento em dinheiro, o sistema brasileiro insere esse negócio jurídico exclusivamente no campo obrigacional. Em outras palavras, no ordenamento brasileiro esse contrato, *per se* não transfere a propriedade. Assim, o vendedor está obrigado a transferir a coisa; o comprador, por sua vez, pagando o preço, tem o direito e a obrigação de recebê-la.²⁸ Tal questão tem a sua importância acentuada na definição do momento da transferência do risco.

Em outras palavras: o vendedor obriga-se a transferir o domínio da coisa, devendo cuidar da conservação do bem até a sua efetiva entrega. No ordenamento brasileiro, a translatividade dominial se aperfeiçoa apenas pela tradição²⁹, em se tratando de bens móveis. A compra venda, na fórmula proposta pelo art. 481 do CC brasileiro gera para o alienante o dever de proceder à entrega do bem vendido, uma vez efetuado o paga-

²⁶ Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 6-7.

²⁷ Sobre Portugal, ver NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 15. ed. revista e atualizada. Lisboa: Ediforum, 2006, pp. 342-343.

²⁸ Cfr. neste sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*, cit., p. 6.

²⁹ O art. 1267 do Código Civil brasileiro dispõe que “a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

mento do preço avençado. Portanto, como alerta Maria Helena Diniz, “se a venda não é translativa da propriedade, ao lado do ato negocial da obrigação deverá suceder-se o ato translativo do domínio. O contrato e o ato translativo, embora conexos, são autônomos”.³⁰

1.2 As obrigações do vendedor

Na Convenção de Viena, a obrigação essencial do vendedor, de acordo com o art. 30 é proceder à entrega das mercadorias e quaisquer documentos a elas referentes, assim como transmitir a propriedade das mesmas. Acresce-se ainda que as mercadorias devem estar livres de direitos ou pretensões de terceiros e devem ser entregues no local e na data convencionados, de acordo com os arts. 31º a 33º, e 41º da CISG.

Genericamente, o vendedor deve entregar as mercadorias na quantidade, qualidade e descrição exigidas pelo contrato de compra e venda, assim como acondicionadas e embaladas da forma indicada no negócio. Cabe ao comprador, por força do art. 38, n. 1, examinar as mercadorias ou fazê-las examinar no prazo mais breve possível. Mister lembrar que se o contrato implica o transporte das mercadorias, o exame poderá ocorrer até o momento em que as mercadorias chegarem ao seu destino, de acordo com o n. 2 do mesmo artigo da Convenção de Viena.

No caso do direito timorense, onde a transferência da propriedade se dá por mero efeito do contrato, de acordo com o art. 813º, b), do Código Civil de Timor-Leste, a entrega da mercadoria, em regra, será a única obrigação do vendedor. Todavia, estabelece o art. 816º, n. 2, que a mencionada obrigação de entrega compreende, exceto ajuste em contrário, os documentos relativos às mercadorias. É preciso ressaltar que devem ser entregues não apenas os títulos de propriedade, mas todos os papéis que digam respeito às coisas alienadas, como certificados de origem, recibos fiscais, atestados ou certificados de garantia, etc.³¹

De acordo com o art. 31º da CISG, a mercadoria deve ser entregue

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26.ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192.

³¹ Cfr. CARVALHO, Jorge Morais. *Código Civil Anotado*, vol. I (Artigos 1º a 1250º)/ Ana Prata (Coord.). Coimbra: Almedina, 2017, p. 1098.

no local estipulado pelas partes. Entretanto, na ausência de determinação pelas partes, a obrigação considerar-se-á cumprida com a entrega ao primeiro transportador que fará as mercadorias chegarem ao comprador, quando o contrato de compra e venda implicar um transporte das mercadorias, nos termos do art. 31º, a).

Também estará cumprida a obrigação quando, o contrato — onde não está implicado um transporte — incida sobre uma coisa determinada ou sobre uma coisa genérica que deva ser retirada de uma massa determinada ou que deva ser fabricada ou produzida, e tendo conhecimento as partes, no tempo da celebração do contrato, que as mercadorias se encontravam ou deviam ser fabricadas ou produzidas num determinado lugar, com a colocação as mercadorias à disposição do comprador neste lugar, conforme prescreve o art. 31º, b), da CISG.

Por fim, de acordo com o art. 31º, c), da Convenção de Viena, estará cumprida a obrigação nos demais casos, quando o vendedor colocar as mercadorias à disposição do comprador no lugar onde aquele tinha o seu estabelecimento à época da celebração do contrato.

O art. 772º do Código Civil de Timor-Leste, a exemplo da CISG, outorga prestígio à autonomia privada e à liberdade contratual das partes de estipularem o local da prestação. Harmonizando-se com o art. 31º, b) e c) da Convenção, o art. 773º, prevê que se a prestação tiver por objeto bem móvel determinado ou coisa genérica que deva ser escolhida de um grupo determinado ou de bem que deva ser fabricado em determinado local, a prestação do vendedor (entrega) deverá ser efetivada no lugar onde o bem se encontrava na época da celebração do contrato.

1.3 As obrigações do comprador

As obrigações fundamentais do comprador, nos termos do art. 53 da CISG, são pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições firmadas no contrato de compra e venda e na própria Convenção. E essa obrigação de pagar o preço engloba três elementos, a saber: a fixação do

preço³², o lugar do pagamento³³ e o momento do pagamento.^{34/35}

Deve ser destacado que a obrigação de pagar o preço não se resume ao valor atribuído à mercadoria. Correm igualmente por conta do com-

³² Normalmente, esse valor é fixado pelas partes, de mútuo acordo, no contrato. Entretanto, existem casos de omissão e o ordenamento timorense trata a questão da seguinte maneira em seu Código Civil:

Artigo 817º (Determinação do preço)

1. Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na insuficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade.

2. Quando as partes se tenham reportado ao justo preço, é aplicável o disposto no número anterior.

³³ CISG, Artigo 57

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em lugar determinado, deverá pagá-lo:

(a) no estabelecimento comercial do vendedor; ou

(b) no lugar em que se efetuar a entrega, se o pagamento tiver de ser feito contra entrega das mercadorias ou de documentos.

(2) O vendedor deverá arcar com qualquer aumento de despesas relativas ao pagamento que resultar da mudança de seu estabelecimento comercial depois da conclusão do contrato.

³⁴ Cfr. AA.VV. *Direito do Comércio Internacional*. cit., p. 239. O Código Civil de Timor-Leste possui um artigo no qual trata das duas questões:

Artigo 819º (Tempo e lugar do pagamento do preço)

1. O preço deve ser pago no momento e no lugar da entrega da coisa vendida.

2. Mas, se por estipulação das partes ou por força dos usos o preço não tiver de ser pago no momento da entrega, o pagamento é efectuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento.

³⁵ Sobre a questão do momento do pagamento, prevê a Convenção de Viena que:

Artigo 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedir-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

prador todos os gastos vinculados ao pagamento daquele preço.

A não ser que as partes tenham exercido a sua liberdade contratual para celebrar um contrato cujo pagamento seja feito em prestações, o pagamento por parte do comprador deverá ser integral. A regra dentro da CISG, é que o pagamento seja feito na integralidade. Um pagamento parcial só se mostra viável caso esteja respaldado em disposição consensualmente estabelecida entre as partes. Em situação contrária, inevitavelmente, haverá uma quebra contratual. Porém, a recusa por parte do vendedor do recebimento de valores parciais só se justifica se tal pagamento se configurar violação fundamental pelo lado do comprador. Tal descumprimento poderá fazer com que o vendedor lance mão dos remédios contratuais pertinentes e previstos nos artigos 61 e seguintes da CISG para obter o seu crédito.

Também parece ter sido a opção de o legislador timorense outorgar prestígio ao Princípio da integralidade do cumprimento. De acordo com o ordenamento de Timor-Leste, a prestação deve ser efetuada por inteiro e não parcialmente, a não ser que as partes tenham convencionado em sentido diferente, ou a lei ou os usos imponham um sentido diferente, como adverte o art. 697º, n. 1. Portanto, a não ser nesses casos indicados anteriormente, o vendedor não pode ser forçado a receber por partes, ainda que a obrigação seja divisível.

2. A definição do momento da passagem do risco

Em uma lógica econômica, o contrato é visto como um mecanismo de gerenciamento de riscos, que fixa as responsabilidades imputadas a cada uma das partes. Tal negócio é capaz de gerar vantagens de eficiência, ao oportunizar que o risco recaia sobre a parte que tenha custos in-

(3) O comprador não estará obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de inspecionar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento ajustadas pelas partes forem incompatíveis com essa possibilidade.

Artigo 59

O comprador deverá pagar o preço na data fixada ou que puder ser determinada nos termos do contrato e da presente Convenção, sem necessidade de qualquer solicitação ou outra formalidade por parte do vendedor.

feriores, em troca de uma retribuição ajustada.³⁶

Apesar de a Convenção de Viena não regular a transferência da propriedade, disciplina autonomamente um efeito obrigacional que é assiduamente relacionado à transferência da propriedade: a passagem do risco.³⁷

A definição do exato momento da transferência de risco³⁸ do vendedor ao comprador é de suma relevância. Habitualmente, as partes estabelecem no próprio contrato quando esse evento ocorre, seja através de disposição expressa a esse respeito ou mediante a utilização de um *Inco-term*. Portanto, relativamente à passagem do risco, em regra as partes exercitam a sua autonomia privada e liberdade contratual indicando, à partida, o tempo dessa passagem.

Na omissão do contrato, as partes podem fazer uso das disposições da Convenção de Viena. O art. 66 da Convenção revela a atribuição, de maneira objetiva, dos deveres emergentes da perda ou do perecimento das mercadorias transportadas. O conteúdo da cláusula de transferência do risco e os eventos que causaram a danificação ou o desaparecimento das mercadorias.³⁹

Deve ser ressaltado que, nos termos do seu art. 66, a perda ou deterioração da mercadoria ocorrida após a transferência do risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for devida a ato ou omissão do vendedor.⁴⁰

A Convenção de Viena prevê duas situações especiais de passagem do risco, a saber: uma quando o contrato de compra e venda envolve o transporte de mercadorias e outra quando as mercadorias são vendidas em trânsito.

³⁶ GOMES, Rhodrigo Deda; GLITZ, Frederico E. Z. “Transferência do risco, Convenção de Viena (CISG) e análise econômica do direito contratual: breves ponderações”. In: *Revista de Direito Empresarial - RDEmp*, Belo Horizonte, ano 10, n. 1, pp. 13-27, 2013, p. 13.

³⁷ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p. 317.

³⁸ Nos dizeres de Luís de Lima Pinheiro, “trata-se de saber a partir de que momento é que o comprador suporta o risco da perda ou deterioração da mercadoria, por forma que esta perda ou deterioração não o exonera da obrigação de pagar o preço”. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p. 317.

³⁹ Em igual sentido, ver GOMES, Rhodrigo Deda; GLITZ, Frederico E. Z. “Transferência do risco, Convenção de Viena (CISG) e análise econômica do direito contratual: breves ponderações”, cit., p. 16.

⁴⁰ AA.VV. *Direito do Comércio Internacional*. cit., p. 241.

No primeiro caso, se o vendedor não estiver obrigado a entregar os bens em lugar definido, os riscos correm por conta do comprador a partir do momento da entrega ao primeiro transportador para que sejam conduzidas ao comprador nos termos do contrato. Se o vendedor estiver obrigado a entregar as mercadorias ao transportador em lugar determinado, os riscos só se transferem ao comprador no momento em que as mercadorias forem entregues ao transportador no local estipulado.⁴¹

No segundo caso, o risco se transfere ao comprador no momento em que o contrato foi celebrado⁴². Não obstante, se assim resultar as circunstâncias, o risco será assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias tenham sido postas na posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao transporte. Entretanto, se na ocasião da celebração do contrato de compra e venda o vendedor tenha, ou devesse ter tido, conhecimento do fato de que as mercadorias tenham sofrido perda ou dano, sem ter informado tal circunstância à outra parte, o risco da perda ou dano corre por sua conta.⁴³ Sobre tal questão, afirma Luís de Lima Pinheiro que, “tudo indica que o art. 68º se aplica só quando o vendedor não tem a obrigação de entregar a mercadoria no lugar de destino”.⁴⁴

Em todos os demais casos, a passagem do risco ao comprador se dá quando este retirar as mercadorias ou, se não o fizer no tempo razoável, a partir do momento em que as mercadorias sejam colocadas à sua disposição, cometendo ele violação contratual por recusar-se a recebê-las, de acordo com o art. 69º da Convenção.

Importante salientar que o risco não passa para comprador até que as mercadorias estejam devidamente identificadas nos termos do con-

⁴¹ Cfr. AA.VV. *Direito do Comércio Internacional*. cit., p. 242.

⁴² “A mercadoria é vendida em trânsito quando está em curso o seu transporte. A regra geral com respeito à venda de mercadoria em trânsito é a passagem do risco no momento da celebração do contrato. No entanto, as partes podem convencionar que o risco se considere transferido desde a entrega ao transportador e esta convenção tanto pode ser expressa como inferida das circunstâncias. Uma convenção neste sentido pode, em especial, ser inferida de ter sido celebrado pelo vendedor um seguro da mercadoria e de a respectiva apólice ter sido transferida para o comprador, como sucede na venda CIF.” PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p.320.

⁴³ Cfr. AA.VV. *Direito do Comércio Internacional*. cit., p. 242.

⁴⁴ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p.320.

trato, mediante a aposição de marca identificativa, pelos documentos de expedição, por comunicação enviada ao comprador ou por qualquer outro modo.⁴⁵

O ordenamento jurídico timorense, assim como o português, refere-se à venda com expedição simples no art. 731º do Código Civil, quando faz menção à venda em que o vendedor deve enviar o objeto para o local distinto do lugar de cumprimento. Em tal caso, a passagem do risco se produz com a entrega ao transportador ou expedidor da mercadoria ou à pessoa indicada para execução do envio.⁴⁶

Importante relembrar que tanto o art. 731º do Código Civil de Timor-Leste como o art. 67º da Convenção de Viena excluem a circunstância em que o contrato de venda abarca um transporte das coisas e em que o vendedor se compromete a entregar os objetos no lugar de destino. Assim, a venda com expedição qualificada fica sujeita à regra residual do art. 69º da Convenção. Ante o ordenamento timorense, entende-se que tal hipótese não pode ficar subjugada à regra geral do art. 730º do Diploma Civil timorense, devendo traduzir que a passagem do risco só se efetua com a entrega da coisa.⁴⁷

Os *Incoterms* contêm disposições específicas relativas a essas questões.⁴⁸ Como princípio geral, configuram a entrega como fator determinante da transmissão dos riscos.

3. As obrigações e os *Incoterms*

A ausência de uma regulação detalhada e o caráter geral e abstrato da normativa sobre o contrato de compra e venda internacional explica a existência de usos e práticas especiais. De outro lado, cabe advertir que a Convenção de Viena de 1980 reconhece certa força normativa aos usos e práticas seguidos no comércio internacional.⁴⁹

⁴⁵ Cfr. AA.VV. *Direito do Comércio Internacional*. cit., p. 242.

⁴⁶ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p. 318.

⁴⁷ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., pp. 318- 319.

⁴⁸ Cfr. MARTINEZ, Ignacio Arroyo. *Curso de Derecho Marítimo*. 2. ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2005, p. 664.

⁴⁹ O costume e os usos do comércio internacional estão entre as fontes transnacionais que podem regular o contrato. Sobre esta questão, Luís de Lima Pinheiro as-

A letra do art. 9^o⁵⁰ declara que as partes do contrato de compra e venda se acham vinculadas⁵¹ pelos usos e práticas convencionados, assim como pelos usos amplamente conhecidos e regularmente observados no tráfico comercial de que se trate.⁵² No mesmo sentido, o art. 2^o do Código Civil de Timor-Leste prevê que as normas e os usos costumeiros que não contrariem a Constituição e as leis são juridicamente atendíveis.

O comércio é uma seara dinâmica e costumeira por natureza. O comércio se esteia na compra e venda e ao seu redor da mesma giram os outros contratos. Nesse sentido, a exigência de um comércio tanto quanto possível homogêneo entre os diversos Estados promoveu uma uniformização sectária de procedimentos, ao passo que se está distante de uma legislação supranacional.

Assim, emergiram em 1928, pela primeira vez, como consequência de trabalhos da Câmara de Comércio Internacional (CCI), um rol de “termos comerciais”.⁵³ O plano era demarcar termos mais assiduamente usados no contrato de compra e venda internacional, para que as transa-

severa que, “é consabido que os usos, enquanto práticas reiteradas que não são acompanhadas de uma convicção de “obrigatoriedade”, representam meras normalidades sociais que, por si, não geram normatividade. Tais usos só poderão ser fontes mediatas de Direito, mediante uma positivação operada por uma fonte imediata de Direito, tal como a lei ou o costume. Uma positivação de meros usos ocorre, em primeiro lugar, nos casos em que a lei para eles remete. Já a relevância atribuída aos usos na interpretação e integração dos negócios jurídicos pode ou não implicar a sua positivação.” PINHEIRO, Luís de Lima. “Venda Marítima Internacional”, cit., p. 93.

⁵⁰ Sobre a questão do art. 9^o, Nádía de Araújo certifica que, “procurou-se prestigiar os usos e costumes dos contratantes no seu art. 9^o, fórmula esta encontrada para permitir uma maior flexibilidade às regras convencionais”. ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 143.

⁵¹ Complementa Luís de Lima Pinheiro que, o art. 9^o, n. 2 da Convenção é o exemplo mais expressivo das tendências para uma unificação internacional do Direito material regulador dos contratos internacionais, pela vasta aceitação da convenção e por se revelar, no citado artigo, uma certa convergência internacional sobre a importância dos “usos do comércio internacional”. Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima. “Venda Marítima Internacional”, cit., p. 93.

⁵² Cfr. MARTINEZ, Ignacio Arroyo. *Curso de Derecho Marítimo*. cit., p. 656.

⁵³ Cfr. ENGELBERG, Esther. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32 e ss.

ções mercantis pudessem ter maior estabilidade.⁵⁴

Assim, os *Incoterms* são regras uniformes para a interpretação dos termos mais frequentes nas vendas de porta a porta. Sua matéria é o contrato de compra e venda internacional e seu desígnio disciplinar as obrigações e direitos das partes. Especificamente, focalizam sua atenção na obrigação de entrega, transmissão do risco, transmissão dos custos, a imputação da obrigação de realizar os trâmites aduaneiros para a exportação e a importação das mercadorias, e enfim, a contratação do transporte e do seguro.⁵⁵

Seu objetivo primordial é promover uma harmonização das transações mercantis internacionais⁵⁶, concedendo às partes maior segurança relativamente aos entraves que, quase invariavelmente, surgem no decorrer das negociações. Opina Irineu Strenger que, “apoiados nessas regras, de caráter uniformizador, os comerciantes não só impõem às suas atividades maior segurança como evitam as incertezas decorrentes das diversidades sistemáticas dos diferentes países”.⁵⁷

A Câmara de Comércio Internacional dispõe os *Incoterms* em quatro grupos fundamentais, a saber: *E-terms*, que são os que geram a menor obrigação ao vendedor; *F-terms*, que são os que dão ao vendedor a obrigação de entregar a mercadoria a um transportador designado e custeado pelo comprador, pelo qual se responsabiliza; os *C-terms*, que são os que o vendedor tem a maior obrigação, a de entregar a mercadoria custeando o transportador e responsabilizando-se por ele; e os *D-terms*, que simbolizam estipulações de maior responsabilidade do vendedor.⁵⁸

São fórmulas sintéticas, amplamente apreciadas na prática negocial internacional, de valor universal no meio mercantil, que indubitavelmente facilitam as contratações, apartando repetitivas e circundantes estipulações contratuais. Há quem afirme na doutrina hodierna que constituem uma espécie de súmula dos costumes internacionais em matéria de compra e

⁵⁴ Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. cit., p. 49.

⁵⁵ Cfr. MARTINEZ, Ignacio Arroyo. *Curso de Derecho Marítimo*. cit., p. 657.

⁵⁶ Mister lembrar que tais cláusulas, cuja finalidade é facilitar o comércio internacional, são facultativas, e não são inalteráveis pela própria natureza ativa do Direito comercial.

⁵⁷ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 282.

⁵⁸ Cfr. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*, cit., p. 50.

venda.⁵⁹ Cuidam fundamentalmente das questões concernentes à entrega da mercadoria, da transferência da responsabilidade, da repartição das despesas (de transporte, seguro, taxas de importação e exportação, etc.) e das providências relativas aos documentos alfandegários e de fronteira.⁶⁰

⁵⁹ Neste sentido, BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 212.

⁶⁰ O glossário dos 11 *Incoterms* 2010 (o rol de 2000 contava com 13 termos), com uma descrição sumária dos mesmos traz uma ideia clara do que os termos significam:

EXW (*Ex Works*, no local de trabalho, na fábrica, no estabelecimento, etc.). Neste termo, a singular responsabilidade do vendedor é colocar a mercadoria à disposição do comprador em seu estabelecimento, seu local de trabalho. O carregamento e o transporte ficam a cargo do comprador, salvo acordo em contrário. Nesse caso, a obrigação do vendedor é a mais limitada. Assim, nesse termo está patente a menor obrigação por parte do vendedor, e deve o comprador suportar todo o custo e risco envolvido na retirada e transporte das mercadorias das instalações do vendedor.

FCA (*Free Carrier*, livre transportador). Termo análogo ao FOB, liberando-se o vendedor quando entrega a mercadoria no terminal do transportador ou em outro local por este designado, para posterior carregamento marítimo. Utilizado para transportes em *containers, roll-on-roll-off, trailers e barcos*.

FAS (*Free Alongside Ship*, livre no costado do navio). A obrigação do vendedor é pôr a mercadoria junto ao costado da embarcação, no porto de embarque indicado. O vendedor deve designar o nome, embarcadouro e data de entrega no navio. Com a entrega da mercadoria no cais, o comprador passa a suportar todos os riscos relativos à perda ou dano às mercadorias.

FOB (*Free On Board*, livre a bordo, posto a bordo). É um dos termos mais utilizados. A mercadoria deve ser posta a bordo do navio pelo vendedor, no porto de embarque indicado no contrato. O risco transfere-se ao comprador no instante em que os objetos são embarcados. O vendedor obriga-se a transferir a mercadoria desde seu estabelecimento até o embarque. Põe-se termo à sua responsabilidade quando a mercadoria ultrapassa a amurada do navio.

CFR (*Cost and Freight*, custo e frete). O vendedor arca com os custos do transporte da mercadoria até o destino (frete), mas o risco de perdas e danos, assim como um eventual aumento de despesas, corre por conta do comprador a partir da ultrapassagem da amurada do navio. Dessa forma, o seguro deve ser por conta do comprador. Na venda CFR, o preço já inclui o valor das mercadorias, com embalagem, transporte até o porto, carregamento e demais despesas até a sua real entrega a bordo, assim como o frete até o destino final. Não se permite a dissociação do preço.

CIF (*Cost, Insurance and Freight*, custo, seguro e frete). Além das obrigações do termo CFR, ao vendedor cabe o pagamento do prêmio de seguro contra riscos e perdas durante o transporte. A contratação CIF dissocia-se em três contratos: compra e venda, transporte e seguro. Seu preço, no entanto, não é passível de decomposição.

4. O não cumprimento: conceito e modalidades

Ocorre o não cumprimento da obrigação, em sentido naturalístico, quando se verifica a não realização da obrigação devida, ou quando a sua efetivação se dá em termos diversos dos celebrados e que não equi-

CPT (*Carriage Paid To*). Neste termo, o vendedor deverá entregar a mercadoria ao transportador nomeado por ele. Entretanto, o vendedor deverá pagar o custo de transporte necessário para trazer a mercadoria para o destino assinalado. Assim, por conta do comprador correm todos os riscos e todo e qualquer ônus adicional ocorrido após a entrega das mercadorias. No caso de transporte sucessivo, o risco transfere-se quando a mercadoria tiver sido entregue para o primeiro transportador.

CIP (*Freight/ Carriage and Insurance — Paid To...* Frete, transporte e seguro pago até...). Termo análogo ao CPT, acrescendo-se, no entanto, a obrigação de o vendedor pagar seguro de transporte.

DAT — (*Delivered at Terminal*, entregue no terminal indicado no porto ou local de destino). Neste *incoterm*, o vendedor paga pelo transporte até o terminal, exceto os custos relacionados ao desembarço da importação, e assume todos os riscos até o ponto em que os bens são descarregados no terminal.

DAP — (*Delivered At Place*, entregue no local de destino nomeado). Neste termo, o vendedor paga pelo transporte até o local indicado, exceto pelos custos relacionados à liberação de importação, e assume todos os riscos antes de a mercadoria estar pronta para ser descarregada pelo comprador.

DDP (*Delivered Duty Paid*, entregue com imposto pago). É a obrigação mais ampla do vendedor. Em oposição ao termo EXW, onde a obrigação é mínima para o vendedor, no DDP o mesmo deve entregar a mercadoria no local designado, livre e desembaraçada.

Cfr. GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 190-191; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*, cit., pp. 50-51; GOMES, Manuel Januário da Costa. *Leis Marítimas*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 721-735; PINHEIRO, Luís de Lima. “Incoterms: Introdução e traços fundamentais”, em *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65, Vol. II, Set. 2005, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=45580&idsc=45582&ida=45612. Acesso em 10/01/2011. International Chamber of Commerce (ICC). *INCOTERMS 2010*. Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>. Acesso em 11/08/2019. Relativamente os deveres do termo CIP, ver PILTZ, Burghard. “Recent Developments in UN Law on International Sales (CISG)”. In: *European Journal of Commercial Contract Law*, vol. 3, n. 3-4, pp. 75-82, 2011, p. 78.

valem à genuína satisfação do interesse do credor. Ocorrendo incumprimento da obrigação, à luz do binômio *Schuld* (dívida) e *Haftung* (responsabilidade), surge a responsabilidade civil e o dever de indenizar a outra parte pelos prejuízos sofridos.

Nos termos do art. 732º, do Código Civil de Timor-Leste, o devedor que descumpre a obrigação culposamente torna-se responsável pelos danos que tenha causado ao credor.

Menezes Leitão define o não cumprimento como “a não realização da prestação devida por causa imputável ao devedor, sem que se verifique qualquer causa de extinção da obrigação”.⁶¹ Menezes Cordeiro conceitua o incumprimento como sendo a não realização, pelo devedor, da prestação devida, enquanto essa inexecução equivala à violação da norma que lhe era especificamente direcionada e lhe impunha a obrigação de prestar. Em outras palavras: “o incumprimento é a não realização da prestação devida, enquanto devida”.⁶²

Uma das diferenciações importantes a se fazer é a entre o inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo ou mora. Como se assevera na doutrina brasileira, o critério de distinção é basicamente econômico. Traduz-se em determinar se o transcurso do prazo tornou a prestação impossível de ser recebida de maneira proveitosa pelo credor, ou seja, se é viável o recebimento tardio da prestação. Se a prestação ainda puder ser realizada com utilidade para o credor, não obstante o inadimplemento pontual, ocorre a mora ou inadimplemento relativo. De outro giro, se o adimplemento atrasado não for útil para o credor, há inadimplemento absoluto.⁶³

⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II: transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias do crédito. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 235.

⁶² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV: cumprimento e não cumprimento; transmissão; modificação e extinção; garantias. Coimbra: Almedina, 2010, p. 105.

⁶³ Sobre a questão, complementam Giselda Hironaka e Renato de Moraes que, “a distinção é muito importante pois, em caso de mora, se permite ao devedor o cumprimento atrasado da obrigação, desde que feito juntamente com as sanções cabíveis. Porém, o inadimplemento absoluto tem como única consequência possível o término do contrato em razão do seu descumprimento e o dever do inadimplente de ressarcir as perdas e danos decorrentes do inadimplemento”. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito civil*, cit., p. 191-192.

Em outras palavras: se a prestação que era útil, se tornar inútil no decurso da mora, o inadimplemento que era relativo, transmuda-se em absoluto.

Aponta-se ainda na doutrina que, em conformidade com a sistematização da legislação, esta definição de não cumprimento abarcaria não somente as situações em que o devedor culposamente deixa de cumprir a obrigação, mas também aquelas em que o mesmo impossibilitou culposamente a prestação. Sublinha Menezes Leitão que na impossibilidade culposa já não existe mais possibilidade de se realizar a prestação no momento do cumprimento, e tal fato se deve a culpa do devedor. Por outro lado, no incumprimento a realização da prestação ainda é possível no momento do cumprimento, mas esta não é levada a efeito por culpa do devedor.⁶⁴

Menezes Cordeiro opina no sentido de que, não obstante as consequências do incumprimento e da impossibilidade da prestação imputável ao devedor sejam idênticas,⁶⁵ as duas figuras devem ser separadas. Ou seja: da impossibilidade da prestação pode-se separar o incumprimento em sentido estrito, por entender que existe uma equiparação de regimes, mas não de figuras. Assevera o autor que a impossibilidade imputável ao devedor por ser acolhida no conceito mais ampliado de impossibilidade, mas não no de incumprimento.⁶⁶

Dentre as mais diversas classificações e divisões encontradas na doutrina das modalidades de não cumprimento do contrato, podemos apontar: incumprimento estrito ou incumprimento da prestação principal, e incumprimento dos deveres acessórios; cumprimento parcial, e cumprimento defeituoso; incumprimento definitivo, e mora ou incumprimento temporário; incumprimento por causa imputável ao devedor, e incumprimento por causa não imputável ao devedor.

Neste escrito apenas tratar-se-á do incumprimento absoluto e defi-

⁶⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 235 - 236.

⁶⁵ Código Civil de Timor-Leste, art. 801º (Impossibilidade culposa)

1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação.

2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.

⁶⁶ Neste sentido, cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., p. 106-107.

nitivo do contrato, ou seja, nos casos em que a prestação principal ainda é possível, mas em virtude do seu atraso, o credor já não está mais interessado, na ocorrência da situação em que a prestação principal ainda é possível, o credor ainda tem interesse na mesma, mas não foi executada no prazo considerado razoável, fixado pelo credor, ou, ainda, quando a prestação principal simplesmente não é mais possível. Nos dois primeiros casos, trata-se de conversão da mora em incumprimento definitivo.⁶⁷

Assim, no contexto deste estudo, pode-se dizer que existirá inadimplemento na ocorrência de recusa ou impossibilidade imputável ao devedor de desempenhar a prestação originária do vínculo negocial, devida à impossibilidade jurídica ou física do objeto, desde que superveniente à conclusão do contrato, ou na ocorrência da perda do interesse do credor.⁶⁸

5. O incumprimento definitivo do Contrato Internacional de Compra e Venda de Mercadorias

O incumprimento definitivo da obrigação se divide em duas modalidades, conforme a sua causa seja imputável ao devedor ou advenha de caso fortuito, força maior ou ação de um terceiro, como o próprio credor. Na primeira hipótese, a inexecução da obrigação é imputável ao devedor.

5.1 O inadimplemento culposo do contrato

Conforme já referido no decorrer deste estudo, a obrigação — vista como a relação jurídica patrimonial que conecta o devedor ao credor — é um vínculo economicamente funcional, por meio do qual se concretiza a circulação de direitos e bens no comércio jurídico.

Assim, em virtude da sua dinâmica essencial, a relação obrigacional cumpre um ciclo que se fecha com a sua extinção, que se dá, habitualmente, pelo adimplemento. Todavia, pode ser que a obrigação não se

⁶⁷

⁶⁸ Em igual sentido, se manifesta CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. 1^a ed. (2005), 6^a reimp. (2010). Curitiba: Juruá, 2010, p. 167.

cumpra, por fato imputável ou não ao devedor. Se o incumprimento se deu em virtude de negligência, desídia ou dolo do devedor, estar-se-á diante da ocorrência de inadimplemento culposo da obrigação⁶⁹, que é a situação que cumpre analisar detalhadamente no presente tópico.

Da redação do art. 733, n. 1⁷⁰ do Código Civil de Timor-Leste extrai-se a ideia de que, *a priori*, todo inadimplemento contratual, salvo as exceções previstas em lei, presume-se culposo. O credor lesado encontra-se em posição mais confortável, pois apenas tem que demonstrar que a prestação foi descumprida, sendo a culpa do inadimplente presumida, a exemplo do Brasil,⁷¹ cabendo ao devedor comprovar a inexistência de culpa e, conseqüentemente, que o incumprimento não lhe é imputável.⁷²

De acordo com a Convenção de Viena e com os sistemas jurídicos de Timor-Leste, Portugal e Brasil, em caso de incumprimento contratual, pode o credor resolver o contrato, pleitear indenização por perdas e danos, ou ainda exigir a execução do contrato.

Quanto à execução do contrato, de acordo com as disposições da CISG, o credor (seja ele o vendedor ou o comprador)⁷³ pode exigir a execução das obrigações do devedor, “a não ser que tenha se prevalecido de meio incompatível com esta exigência”. Portanto, de acordo com o art. 46, n. 1, o comprador pode exigir do vendedor a execução das suas obrigações e, conforme o art. 62, n. 1, o vendedor pode exigir do comprador o pagamento do preço, a aceitação da entrega das mercadorias ou a execução das demais obrigações.

⁶⁹ Cfr. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. II: obrigações. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 303.

⁷⁰ Art. 733º, n. 1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

⁷¹ Cfr. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 2: teoria geral das obrigações. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 369-370. No mesmo sentido, consultar WALD, Arnoldo. *Direito civil*, vol. 2: direito das obrigações e teoria geral dos contratos/ Semy Glanz; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti; Liliana Minardi Paesani (colaboradores). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

⁷² Cfr. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito civil*, cit., p. 190.

⁷³ Lembrando que um a compra e venda é um contrato sinalagmático, onde há obrigações recíprocas e vendedor e comprador assumem as posições de credor e devedor simultaneamente.

O art. 751º do Código Civil de Timor-Leste, a exemplo do art. 817º do Código Civil português, contempla a possibilidade de o credor exigir a o cumprimento da obrigação e executar o patrimônio do devedor quando a obrigação não for voluntariamente cumprida. A ação executiva, prevista nos artigos 666º e ss. do Código de Processo Civil timorense, pode ter três finalidades diversas: a entrega de coisa determinada, o pagamento de quantia certa, e a prestação de fato.

Mas vale salientar que a execução forçada não faz parte dos efeitos do incumprimento definitivo, que é a situação sobre a qual debruçar-se-á especificamente. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “o incumprimento definitivo traduz uma desistência, por parte do Direito, de manter em vida o dever de prestar principal, na expectativa de que o devedor inadimplente o cumpra”.⁷⁴

Assim, ocupar-se-á especificamente das hipóteses de resolução do contrato e da indenização por perdas e danos, efeitos ou consequências do incumprimento definitivo, que são cumuláveis⁷⁵ pois, como afirma Inocêncio Galvão Telles,⁷⁶ muitas vezes a resolução do contrato não se mostra suficiente. A parte mantém ou readquire o objeto da obrigação, mas pode ter suportado prejuízos e é razoável que estes sejam reparados. Aí está o substrato medular para a lei permitir a cumulação da resolução contratual com a indenização por perdas e danos.

5.1.1 Resolução do contrato

A irreversibilidade do incumprimento da obrigação traduzida no inadimplemento absoluto outorga ao credor o direito potestativo de resolver o contrato. A resolução materializa a desconstituição da relação obrigacional, por força de fatos ulteriores à contratação.

Dito de outra forma, a dissolução do vínculo é originada pela inexecução do pacto ou de uma ou algumas das cláusulas contratuais. Nas pa-

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., p. 135.

⁷⁵ Neste sentido, cfr. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II. 7ª ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 1997, p. 109.

⁷⁶ Vide TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 463.

lavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a relação jurídica atende inicialmente aos planos de existência, validade e eficácia, porém vem a ser sepultada por ineficácia superveniente, fundada no fato do descumprimento da prestação, de modo lesivo a uma das partes”.⁷⁷

De acordo com o disposto no art. 49, n.1, a) e b) da Convenção de Viena, o comprador pode declarar resolvido o contrato: no caso de a inexecução por parte do vendedor de qualquer de suas obrigações originárias do contrato ou da Convenção constituir uma violação fundamental do contrato, ou na ocorrência da falta de entrega das mercadorias, se o vendedor não o fizer no prazo adicional ofertado pelo comprador, nos termos do n. 1 do art. 47.⁷⁸

O art. 51, n. 2, estabelece ainda a possibilidade de o comprador resolver o negócio na sua totalidade se a inexecução parcial ou a falta de conformidade das mercadorias representar uma violação fundamental do contrato. Note-se que dentro da CISG, para resolução total do contrato, a questão basilar é aferir se houve ou não violação fundamental do mesmo.⁷⁹

De acordo com o art. 64 da Convenção de Viena, analogamente com o que acontece com o comprador, o vendedor pode declarar o contrato resolvido, na ocorrência de a inexecução pelo comprador de qualquer das suas obrigações oriundas do contrato ou da Convenção configurar uma violação fundamental do contrato. O contrato poderá ainda ser resolvido no caso de comprador não pagar o preço ou não aceitar a entrega dos bens no prazo suplementar concedido pelo vendedor ou, ainda, se declarar que não cumprirá as obrigações no prazo concedido.

O Código Civil timorense, a exemplo de Portugal,⁸⁰ possibilita que o “interveniente fiel” tenha a prerrogativa de resolver o contrato, com

⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*, cit., p. 463.

⁷⁸ Situação em que, claramente, a mora converte-se em incumprimento definitivo.

⁷⁹ Dispõe o artigo 25 da Convenção que, “uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto”.

⁸⁰ Cfr. Art. 801º do Código Civil português.

fundamento no art. 735º.⁸¹ O CC de Timor-Leste não estabelece claramente o não cumprimento da obrigação recíproca como causa geral de resolução, mas trata da chamada impossibilidade imputável ao devedor. De toda sorte, é indubitável a aplicação deste regime ao não cumprimento propriamente dito. Porém, convém ressaltar que existe, como já referido, uma equiparação do regime jurídico e não das figuras.⁸²

Assim, o ordenamento jurídico de Timor-Leste permite a resolução do contrato na ocorrência de impossibilidade culposa do cumprimento e de incumprimento definitivo. Como supramencionado, a mora se converterá em incumprimento definitivo se o credor perder o interesse na prestação ou esta não for concluída no prazo razoavelmente estabelecido pelo credor, de acordo com o n. 1 do art. 742º do CC.⁸³ A declaração de não cumprimento feita pelo devedor é considerada pela doutrina equiparável ao incumprimento definitivo.⁸⁴

⁸¹ Art. 735º (Impossibilidade culposa)

1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação.

2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.

⁸² Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., p. 138-139.

⁸³ Adverte a doutrina que o credor deverá agir de boa-fé ao comunicar a outra parte, dentro de um prazo razoável, o seu intuito de exigir o cumprimento, resolver o contrato e/ou pleitear a indenização. Numa lógica de consagração da boa fé e vedação ao abuso de direito, recomenda-se o uso de critérios flexíveis. Neste sentido, afirma Nuno Oliveira que “se a conduta do credor denuncia a disposição de aceitar o cumprimento extemporâneo, se a recusa da prestação extemporânea configura um comportamento contraditório, o credor ficará impedido de exercer o direito de resolução, por essa recusa implicar um abuso (individual) do direito, sob a forma de *venire contra factum proprium*”. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 55-56; sobre as vedações a comportamentos contraditórios, no Direito Civil, veja-se por todos SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, em especial pp. 50 e ss.

⁸⁴ Neste sentido, se manifesta PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p. 294. Em igual sentido vai a tese defendida por ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento (Estudo de direito comparado e de direito civil português)”, em *Estudos em memória do Professor Doutor João*

5.1.2 *Indenização por perdas e danos*

É incontestável o cabimento de indenização por perdas e danos, no caso de incumprimento por causa imputável ao devedor, seja com fundamento na CISG, seja com base na legislação timorense. Entretanto, uma pergunta — de pronto — emerge: qual a abrangência, a amplitude e o alcance dessa indenização. Esta parece ser uma questão que, claramente, divide a doutrina.

O credor pode, cumulativamente, resolver o contrato e pleitear uma indenização por perdas e danos. O art. 74 da Convenção de Viena estabelece que as perdas e danos, originários de uma violação do contrato praticada por uma das partes, englobam o prejuízo causado à outra parte e os benefícios que esta deixou de auferir como resultado da violação contratual.

Tais perdas e danos não podem ultrapassar o prejuízo experimentado e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto à época da contratação, como possíveis consequências da violação do contrato, levando em consideração os fatos que tinha ou deveria ter tido conhecimento. Na lógica da Convenção, portanto, trata-se de uma indenização dos danos positivos, cujo intuito é colocar o lesado na posição patrimonial que estaria na ocorrência de o contrato ter sido efetivamente cumprido.⁸⁵

O art. 497º do Código Civil de Timor-Leste, a exemplo do art. 562º do Código Civil português, prescreve que aquele que tiver uma obrigação de reparar um dano deve recompor a situação que existiria caso o evento que impõe a compensação não tivesse ocorrido. O art. 498º do CC timorense, que estipula só existe obrigação de indenização relativamente aos danos que o prejudicado possivelmente não teria suportado

de Castro Mendes. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Lex, pp. 289-317, 1995, pp. 314 e ss.

⁸⁵ Acrescenta Luís de Lima Pinheiro que, “isto pode incluir os chamados danos indirectos [*consequential damages*] — danos que não são consequências directas do incumprimento, o que inclui não só os lucros cessantes, mas também, por exemplo, a interrupção da produção, os custos envolvidos na remoção dos produtos defeituosos e a responsabilidade incorrida pelo incumprimento de obrigações contraídas por terceiros”. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p. 297.

se não tivesse existido a lesão, é classicamente compreendido de acordo com a denominada teoria da causalidade adequada,⁸⁶ o que poderia levar ao entendimento de uma convergência com o dispositivo mencionado da Convenção de Viena.⁸⁷

Entretanto, tal teoria não encontra abrigo pacífico na doutrina.⁸⁸ Seguindo o entendimento manifestado por Menezes Cordeiro, deve ser afastado o juízo de que, resolvido o contrato, apenas restaria ao lesado a prerrogativa de pedir uma indenização pelo designado interesse negativo.⁸⁹ Em outras palavras: deve-se rechaçar ideia de que seria apenas cabível à parte fiel, pleitear uma indenização que a colocasse na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato.⁹⁰ Deve-se respeitar o império da *restitutio in integrum*, ou seja, do princípio da reparação integral.⁹¹

Neste sentido, já se manifestou o Tribunal da Relação do Porto, admitindo que no “contrato de compra e venda, o comprador que resolve

⁸⁶ Cfr. TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, cit., pp. 408 e ss; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 766-767.

⁸⁷ Neste sentido, consultar SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura. *Contratos internacionais: compra e venda; cláusulas penais; arbitragem*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 201.

⁸⁸ Lima Pinheiro adverte que, “além de esta teoria não ser pacífica na doutrina mais recente, não é entendida no sentido de exigir a previsibilidade do dano pelo agente, mas antes no de excluir a relevância da causa que não aumente o risco da verificação do dano segundo as regras da experiência ou que só produziu o dano em virtude de circunstâncias extraordinárias, fortuitas ou excepcionais, razão por que o dano, à luz das regras da experiência comum e das particularidades do caso, não constitui o resultado normal do facto que o originou”. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. cit., p. 298.

⁸⁹ Ideia defendida por Almeida Costa. Neste sentido, consultar COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 1044-1047.

⁹⁰ Ressalta o doutrinador português que tal saída equivaleria “a um autêntico prémio à inadimplência, assente num lapso conceitual: o de que a resolução apaga todo o cumprimento. Além disso, é *contra legem*: a lei prevê, sem distinguir, a indemnização de (todo o) prejuízo causado ao credor (798º)”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., p. 139. Em sentido contrário, se manifesta Menezes Leitão, para quem a indenização deverá ser restringida ao designado interesse contratual negativo. Na opinião do jurista, se o contraente fiel optasse pela indenização pelo interesse contratual positivo, não poderia resolver o contrato. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II, cit., p. 273-274.

⁹¹ Cfr. CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*, cit., p. 220.

o contrato por falta qualitativa de cumprimento da obrigação imputável ao vendedor, pode cumular o ressarcimento dos prejuízos que teve pelo chamado interesse contratual negativo, com o ressarcimento dos prejuízos pelo interesse contratual positivo, isto é, não só o equivalente da prestação, mas também a cobertura pecuniária (a reparação) dos prejuízos restantes provenientes da inexecução, de modo a colocar-se o credor na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido”.⁹²

Afinando por esse diapasão, merece destaque decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, na qual se estabeleceu, logo no sumário, que “a indemnização pela destruição da relação contratual, por efeito da resolução, não está limitada ao interesse contratual negativo, podendo ainda abranger, em certos casos, os danos positivos, o interesse contratual positivo, desde que não tal acarrete qualquer situação geradora de desequilíbrios ou benefícios injustificados”.⁹³

Portanto, acolhendo a posição de Menezes Cordeiro, entende-se que devem ser indenizados: as despesas inutilizadas pelo fato; as maiores despesas; os danos emergentes do incumprimento e os lucros cessantes.⁹⁴

⁹² COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO. INCUMPRIMENTO (TRP, Processo 1285/07.7IJVNEP1, Rel. Rui Moura, j. 04/01/2010).

⁹³ CONTRATO DE COMPRA E VENDA. COMPRA E VENDA COMERCIAL. RESOLUÇÃO DO NEGÓCIO. DIREITO À INDEMNIZAÇÃO. INTERESSE CONTRATUAL NEGATIVO. INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO. (STJ, Processo 1285/07.7IJVNEP1.S1, Rel. Barreto Nunes, j. 21/10/2010). Estabelece o julgado que, “importa ainda referir, por não ser despidendo, que as divergências sobre a possibilidade de cumular uma indemnização — e designadamente uma indemnização por não cumprimento — com a resolução do contrato em termos de direito comparado têm vindo a diminuir, assistindo-se a um consenso cada vez maior no sentido de que nada se deve opor a tal cumulação (nesse sentido direito francês, alemão, italiano, austríaco, suíço e países da *Common Law*). Mas, para além dessa solução vigorar em muitas jurisdições europeias, e não só, é também a que resulta da Convenção de Viena sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (arts. 45.º, 49.º e 74º), dos Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais (arts. 7.3.5, n.º 2, e 7.4.2) e dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (arts. 9.305, n.º 1 e 9.502). A opção por uma ou outra doutrina terá de encontrar a sua razão de ser na conceptualização da resolução contratual: se vista como destruidora da relação contratual, a tese clássica é a única que se coaduna; se vista como reintegradora dos interesses em jogo, o ressarcimento pelos danos positivos pode ter razão de ser nalguns casos”.

⁹⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., p. 139.

5.2 O inadimplemento fortuito do contrato

De acordo com o art. 79 da Convenção de Viena, uma parte não será responsabilizada pelo incumprimento de qualquer das suas obrigações caso prove que tal inexecução foi ocasionada por um impedimento contrário ao seu desígnio e que não era razoável esperar que ela o levasse em consideração à época da conclusão contratual, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que antecipasse ou suplantasse os seus resultados.⁹⁵

O Código Civil de Timor-Leste estabelece no art. 724º, n. 1, que a obrigação será considerada extinta na hipótese de a prestação se tornar impossível por causa não imputável ao devedor, como na hipótese do inadimplemento ser oriundo de fato de terceiro ou, em termos gerais, na ocorrência de força maior ou caso fortuito.

Assevera alguma doutrina portuguesa que em sede de incumprimento das obrigações, caso de força maior ou caso fortuito ocasionam os mesmos resultados exoneratórios do devedor.⁹⁶ A doutrina brasileira, nos mesmos moldes da portuguesa, assevera que em matéria de incumprimento obrigacional, o caso fortuito e a força maior — não obstante sejam

⁹⁵ Sobre a questão, assevera Cavalieri Filho que “se ninguém pode responder por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexa causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado. Causas de exclusão do nexa causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior fato exclusivo da vítima ou de terceiro”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 63.

⁹⁶ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., pp. 1072.

situações diferentes⁹⁷ — levam aos mesmos resultados desobrigatórios,⁹⁸ estando ambos fora dos limites da culpa.

No caso de contratos sinalagmáticos, no caso de uma das prestações se tornar impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem a possibilidade, se já a tiver realizado, de demandar a sua restituição nos termos indicados para o enriquecimento sem causa, conforme determina o art. 729º, n.1, do CC timorense.

5.3 Cláusula penal

Muitas vezes os contratos comerciais preveem um valor fixo a ser pago na ocorrência de violações contratuais determinadas. A denominada cláusula penal (*stipulatio poenae*) surgiu pela primeira vez em contratos ingleses na primeira década do século XII. A partir daí as cláusulas penais passaram a ser utilizadas corriqueiramente, em uma ampla gama de contratos, passando a ser somente mais uma cláusula nos negócios jurídicos.⁹⁹

As principais razões para incluir uma cláusula penal nos contratos são: reduzir os custos acarretados por ação em tribunal, dar um maior

⁹⁷ Comungando deste entendimento, afirma Cavaliere Filho que “o Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 65.

⁹⁸ Pelo que não parece existir, *interesse prático* na distinção dos conceitos, como bem afirma VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 254. No mesmo sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. II: obrigações, cit., p. 309.

⁹⁹ BIANCALANA, Joseph. “Contractual Penalties in the King’s Court 1260-1360”. In: *The Cambridge Law Journal*, vol. 64, n. 1, pp. 212-242, 2005, pp. 212-214.

tempo para a produção de provas e mitigar o risco de derrota em processos judiciais ou arbitrais, devido ao nível de prova exigido poder não ser atendido.¹⁰⁰

Uma cláusula penal vai além da compensação da parte prejudicada pelo incumprimento da obrigação. Tal disposição possui também como escopo impedir a violação contratual e compulsar o adimplemento.

Os sistemas da *civil law*, diferentemente dos países da família da *common law*,¹⁰¹ normalmente têm disposições que preveem a possibilidade de estabelecimento contratual de uma cláusula penal para fixação do montante da indenização exigível em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, como na Alemanha.¹⁰² É entendimento dominante que na família jurídica da *common law* as cláusulas penais não são executáveis.

¹⁰⁰ ZELLER, Bruno. “Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG.” *In: Pace International Law Review*, vol. 23, n. 1, pp. 1-14, 2011, pp. 1-2.

¹⁰¹ Entende-se que a CISG é uma legislação autônoma desprovida de palavras com conotações domésticas. Portanto, a distinção de na *common law* entre “*penalty clause*” e “*liquidated damages*” não se aplica, segundo ZELLER, Bruno. “Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG.”, cit., p. 2. Uma cláusula contratual que fixe o montante a ser pago a título de danos liquidáveis (*liquidated damages*) será executável no sistema da *common law*, enquanto uma disposição que preveja uma penalidade com objetivo de impedir a violação contratual será considerada nula. Neste sentido, *vide* GRAVES, Jack. “Penalty Clauses and the CISG.” *In: Journal of Law and Commerce*, vol. 30, n. 2, pp. 153-172, 2012, p. 167.

Sobre essa diferença, consultar os seguintes casos julgados pela Câmara dos Lordes: *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1 (01 July 1914) e *Clydebank Engineering Co v Castaneda* [1904] UKHL 3 (19 November 1904). Disponíveis em: https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1904/1904_7_F_HL_77.html e <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1914/1.html>. Relativamente ao caso de 1914, afirmou o Lorde Dunedin “*The essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party*” and “*the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage.*” *Apud* ZELLER, Bruno. “Penalty Clauses - What Has Changed.” *In: Pace International Law Review*, vol. 30, n. 1, pp. 147-174, 2017, p. 152.

Para uma análise destes e outros casos relativos à matéria, consultar: MORGAN, Jonathan. “The Penalty Clause Doctrine: Unlovable but Untouchable.” *In: Cambridge Law Journal*, vol. 75, n. 1, 2016, pp. 11-14.

¹⁰² BGB, § 339 *Verwirkung der Vertragsstrafe*
Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

Em Timor-Leste, esta possibilidade está prevista no art. 744º, n. 1, do Código Civil. Note-se que o CC timorense expressamente indica, no n. 2 do mesmo dispositivo, que a validade da cláusula depende da validade da obrigação, o que revela que a prestação emergente da cláusula penal é uma obrigação acessória, na mesma linha do § 344 do BGB.

O art. 745º, n. 1, do CC timorense, assevera que o credor não poderá reclamar simultaneamente o adimplemento forçado da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, exceto se houver previsão contratual de a cláusula penal ser devida na hipótese de mora da prestação, sendo nula qualquer disposição em contrário. O BGB alemão traz regra análoga no § 341 (1).¹⁰³

Outrossim, o estabelecimento da cláusula penal impede que o credor demande indenização pelo dano excedente, exceto se as partes, no exercício da sua liberdade contratual, tiverem inserido disposição em contrário no pacto celebrado, nos termos do art. 745º, n. 2, do CC de Timor-Leste. O n. 3 do mesmo artigo prescreve que o credor não poderá pleitear uma indenização que ultrapasse o valor dos danos emergentes do inadimplemento da obrigação principal. Portanto, o ordenamento jurídico timorense coloca um teto do qual o montante reclamado em razão da cláusula penal não poderá passar, em prestígio aos princípios da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, e da vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no art. 408º, do Código Civil.

De acordo com o art. 746º, n. 1, do Código Civil de Timor-Leste, a cláusula penal está sujeita à diminuição judicial quando o montante a ser pago se revelar excessivamente alto, sendo nula qualquer previsão contratual diversa. É igualmente admitida a redução, igualmente de acordo com a equidade, no caso de a obrigação ter sido adimplida parcialmente, como indica o n. 2 do mesmo artigo. O BGB alemão prevê no § 343 (1) que o tribunal poderá reduzir uma cláusula penal a valores razoáveis (*angemessenen Betrag*).

A CISG não tratou dessa questão, silenciando sobre a obrigatoriedade do cumprimento de cláusula penal inserida no contrato. Tal omis-

¹⁰³ § 341 *Strafversprechen für nicht gehörige Erfüllung*

(1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

são faz com que a solução fique a cargo da lei aplicável e a exequibilidade da disposição estará dependente da legislação pertencer a um país da *civil law* ou da *common law*, já que os países de matriz anglo-saxônica consideram a cláusula nula.¹⁰⁴ Alguma doutrina considera que essa diferença torna a Convenção de Viena menos eficiente do que poderia ser em uma escala global.¹⁰⁵

Nada obstante tal entendimento, há corrente doutrinária que se posiciona no sentido de considerar a cláusula penal válida, ainda que haja remissão para aplicação da legislação de um país cujo direito interno reputa a cláusula penal, a exemplo da Inglaterra, da Austrália ou dos Estados Unidos. Nesse sentido, entende Bruno Zeller que as cláusulas penais estariam amparadas pelos princípios da liberdade contratual e da compensação pelas perdas.¹⁰⁶ Em outro escrito, o autor afirma que o art. 4, a) da CISG (que dispõe que a Convenção não regula questões concernentes à validade de cláusulas do contrato) não seria aplicável porque a CISG oferece uma “solução funcionalmente adequada” por meio dos artigos 8 e 74. De igual maneira, assevera que esse juízo daria prestígio ao conteúdo do art. 7 n. 1, que prevê que na apreciação da Convenção de Viena se deve ter em consideração a necessidade de uniformidade na sua interpretação.

Não se discute o fato de que a falta de harmonia entre as soluções apresentadas pelos países da *civil law* e da *common law* traz desvantagens em termos de estabilidade e segurança nas relações comerciais internacionais. Todavia, é de se entender que não se pode socorrer de um dispositivo sobre harmonia de interpretação de um instrumento que, como expressamente indicado em seu próprio texto, não se aplica à matéria posta em causa, como é o caso da validade da cláusula penal. Ademais, tal parecer desconsidera a diferença existente entre a cláusula penal e indenização por perdas e danos.

¹⁰⁴ Nesse sentido, ver GRAVES, Jack. “Penalty Clauses and the CISG”, cit., p. 172.

¹⁰⁵ DIMATTEO, Larry A; OSTAS, Daniel. “Comparative Efficiency in International Sales Law”. In: *American University Law Review*, vol. 26, pp. 371-439, 2011, p. 398.

¹⁰⁶ Cfr. ZELLER, Bruno. “Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG”, cit., p. 14.

6. Considerações finais

O alicerce principal do comércio internacional são as operações de compra e venda, usualmente vinculado a um contrato de transporte, assim como a um contrato de seguro e, eventualmente, a um contrato de financiamento. Como já explicitado no decorrer do texto, não obstante a peculiar ligação com a compra e venda, os referidos contratos mantêm a sua autonomia.

Os contratos de compra e venda de mercadorias necessitam da segurança de serem celebrados em um cenário juridicamente previsível, que propicie que as partes contratantes possam planejar as suas relações comerciais, em termos de benefícios e riscos.

No tocante à regulação jurídica, os contratos internacionais de compra e venda podem ser regulados pela lei de determinado Estado, dependendo do elemento de conexão utilizado ou por um Tratado ou Convenção internacional devidamente ratificado e internalizado pelos países nos quais estão domiciliadas as partes envolvidas na negociação.

Como se pode depreender das informações trazidas no texto, um notável para a regulação da compra e venda internacional é a Convenção de Viena de 1980. Todavia, apesar do considerável acolhimento e ratificação do documento mundo afora, Timor-Leste ainda não é signatário. A utilização da Convenção no plano internacional preenche uma significativa função de atribuir credibilidade e confiança no sentido de que as responsabilidades de cada contratante serão cumpridas voluntariamente ou coativamente.

Note-se, entretanto, que tendo em consideração que a CISG regula tão somente a formação do contrato e os direitos e obrigações oriundos do mesmo, para o vendedor e o comprador, e a ausência de uma regulação detalhada e o caráter geral e abstrato das normas existentes, justifica-se a existência de usos e práticas especiais no comércio internacional.

Assim, na seara dos usos do comércio internacional, pode-se afirmar que a exigência de um comércio tanto quanto possível homogêneo fez surgir um rol de “termos comerciais”. O objetivo era demarcar termos mais assiduamente usados no contrato de compra e venda interna-

cional, para que as transações mercantis pudessem ter maior estabilidade e segurança. Assim surgiram os *Incoterms*, que cuidam basicamente das questões concernentes à entrega da mercadoria, da transferência da responsabilidade, da repartição das despesas e das providências relativas aos documentos alfandegários e de fronteira, etc.

O inadimplemento contratual estará presente quando se verificar a recusa ou impossibilidade imputável ao devedor de levar a cabo a sua prestação, em razão do desaparecimento jurídico ou físico do objeto, superveniente à conclusão do contrato ou, ainda, na ocorrência de perda do interesse do credor na prestação.

Como foi referido, o incumprimento definitivo da obrigação se divide em duas modalidades, conforme a sua causa seja imputável ao devedor ou advenha de caso fortuito, de força maior ou de ação de um terceiro, ou do próprio credor. No segundo caso, força maior e caso fortuito atuam como fatores que rompem onexo causal no direito de danos. Assim, caso o contrato seja extinto por causa não imputável ao devedor, poucas questões se podem suscitar, e o ordenamento jurídico timorense parece ter uma solução análoga à da CISG. Em termos gerais, não haverá obrigação de indenizar quando o devedor provar que os danos são oriundos de fato externo ao seu âmbito de atuação.

Mais melindrosa é a situação do incumprimento contratual por causa imputável ao devedor. Em regra, cabe a resolução contratual. Em alguns sistemas jurídicos, como o brasileiro, a opção pela resolução pode ser imediata. A situação diante do ordenamento timorense, assim como do sistema português é diversa. Existe um certo “processo” a ser seguido: é necessário que se transforme a mora em incumprimento definitivo, nomeadamente por perda de interesse do credor ou por falta de cumprimento no prazo suplementar estabelecido pelo credor. Após essa conversão, poderá haver a resolução contratual, diferentemente do que ocorre no Brasil, cuja legislação autoriza, de pronto, a resolução do contrato.

Resolvido o contrato, também é possível, cumulativamente, pleitear indenização por perdas e danos, com base no direito timorense, no direito brasileiro,¹⁰⁷ no direito português ou na CISG. Entretanto, uma questão primordial divide a doutrina: qual seria o alcance dessa indenização?

¹⁰⁷ Importa referir que a CISG foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2012 e promulgada no Brasil em 2014, pelo Decreto n. 8.327/2014.

Em uma leitura seca dos dispositivos legais e desconectada do entendimento doutrinário mais moderno a respeito das perdas e danos, poder-se-ia afirmar que, no sistema jurídico timorense, assim como no direito português e no direito brasileiro, só caberia indenização pelo denominado interesse contratual negativo. Constitui traço comum nos sistemas analisados que os danos oriundos do incumprimento deverão ser reparados se imputáveis à parte infiel ao negócio jurídico.

Diante de todo o exposto, é de se comungar com a tese, com amplo acatamento pelos tribunais portugueses e brasileiros, de que cabe ao lesado pleitear indenização pelo denominado interesse positivo. Ou seja, deve a parte que resolveu o contrato por incumprimento imputável à outra ser colocada na situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido. Em virtude do princípio da reparação integral, é arrazoada a ideia de que os danos experimentados pelo lesado deverão ser indenizados na sua totalidade, sejam eles diretos ou indiretos. Salvo melhor juízo, tal entendimento deve ser igualmente aplicado em Timor-Leste.

É importante frisar que, com o intuito de evitar maiores complicações na determinação dos danos que deverão ser ressarcidos em caso de inadimplemento contratual, nada impede que as partes — em clara consagração da autonomia privada — os moldem, fazendo uso das denominadas cláusulas limitadoras ou agravadoras de responsabilidade. O mesmo não se pode dizer das cláusulas de exclusão de responsabilidade que, em nome de diversos princípios, como o da função social do contrato e o da boa-fé, não poderão ser empregadas. Assim, pode-se determinar contratualmente o montante indenizatório, indicando-se um teto máximo e/ou um teto mínimo, inclusive ainda que se tenha verificado uma causa excludente de responsabilidade, como caso fortuito ou força maior.

Os pactuantes podem, ainda, estipular previamente o montante exato a ser pago na indenização por incumprimento obrigacional, utilizando as designadas cláusulas penais. Vale lembrar que apesar da CISG ter silenciado sobre a cláusula penal, a possibilidade de inserção no contrato não deve ser desconsiderada. A cláusula penal foi acolhida no direito timorense, no direito brasileiro, no direito português e em vários outros países da família jurídica da *civil law*. Entretanto, o mesmo não se deu com os países da *common law* que, em seus direitos internos, consideram as cláusulas penais nulas. Assim, no âmbito dos Contratos Internacionais de Compra e

Venda de Mercadorias, as cláusulas penais devem ser usadas atendendo aos limites das normas imperativas ao caso concreto.

Referências

- AL HARFAN, Sara. “An Overview of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. In: *Court Uncourt*, vol. 5, n. 1, pp. 17-18, 2018.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento (Estudo de direito comparado e de direito civil português)”, em *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Lex, pp. 289-317, 1995.
- ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARROYO, Ignacio. *Compendio de Derecho Marítimo*. 2. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- AA.VV. *Direito do Comércio Internacional: Aspectos Fundamentais*/ Antônio Carlos Rodrigues do Amaral (coordenador). São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- BIANCALANA, Joseph. “Contractual Penalties in the King’s Court 1260-1360”. In: *The Cambridge Law Journal*, vol. 64, n. 1, pp. 212-242, 2005.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- CARVALHO, Jorge Morais. *Código Civil Anotado*, vol. I (Artigos 1º a 1250º)/ Ana Prata (Coord.). Coimbra: Almedina, 2017, p. 1098.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- CHAVES, Marianna. “Vendas Marítimas”, em *Revista Jurídica Consulex*, ano XIV, n. 326. Editora Consulex: 15 de agosto de 2010, pp. 18-20.

- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV: cumprimento e não cumprimento; transmissão; modificação e extinção; garantias. Coimbra: Almedina, 2010.
- DIMATTEO, Larry A; OSTAS, Daniel. “Comparative Efficiency in International Sales Law”. In: *American University Law Review.*, vol. 26, pp. 371-439, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. 25ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- . *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26.ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DREBES, Josué Scheer. “O Contrato Internacional à Luz do Direito Internacional Privado Brasileiro”. In: *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 6, pp. 190-212, 2010.
- ENGELBERG, Esther. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. II: obrigações. 11 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. *Leis Marítimas*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- GOMES, Rhodrigo Deda; GLITZ, Frederico E. Z. “Transferência do risco, Convenção de Viena (CISG) e análise econômica do direito contratual: breves ponderações”. In: *Revista de Direito Empresarial -RDEmp*, Belo Horizonte, ano 10, n. 1, pp. 1327, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 2: teoria geral das obrigações. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- GRAVES, Jack. “Penalty Clauses and the CISG.” In: *Journal of Law and Commerce*, vol. 30, n. 2, pp. 153-172, 2012.

- HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito civil*, vol. 2: direito das obrigações/ Giselda M. F. Novaes Hironaka (orientação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol II: transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias do crédito. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MARTINEZ, Ignacio Arroyo. *Curso de Derecho Marítimo*. 2. ed., Cizur Menor: Tomson Civitas, 2005.
- MARTINS, Eliane Octaviano. “INCOTERMS 2010: Entram em Vigor as Novas Regras de Comércio de Mercadorias”. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/incoterms-2010-entram-em-vigor-as-novas-regras-de-comercio-de-mercadorias/5/> . Acesso em: 20/01/2011.
- MORGAN, Jonathan. “The Penalty Clause Doctrine: Unlovable but Untouchable.” In: *Cambridge Law Journal*, vol. 75, n. 1, pp. 11-14, 2016.
- MUNOZ, Edgardo. “Teaching Comparative Contract Law through the CISG”. In: *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, n. 4, pp. 725-760, 2017.
- NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 15. ed. revista e actualizada. Lisboa: Ediforum, 2006.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2005.
- . “Incoterms: Introdução e traços fundamentais”, em *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65, Vol.II, Set. 2005, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=45580&ids-c=45582&ida=45612. Acesso em: 10/01/2011.
- PILTZ, Burghard. “Recent Developments in UN Law on International Sales (CISG)”. In: *European Journal of Commercial Contract Law*, vol. 3, n. 3-4, pp. 75-82, 2011.
- . “Venda Marítima Internacional: Alguns Aspectos Fundamentais da sua Regulação Jurídica”, In: *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, pp. 81-126, 2006.

- SCHIECHTRIEM, Peter. “Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations”. In: *Juridica International*, vol. 10, pp. 27-34
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Moura. *Contratos internacionais: compra e venda; cláusulas penais; arbitragem*. Coimbra: Almedina, 1986.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003.
- TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II. 7. ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 1997.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- WALD, Arnaldo. *Direito civil*, vol. 2: direito das obrigações e teoria geral dos contratos/ Semy Glanz; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti; Liliana Minardi Paesani (colaboradores). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WETHMAR-LEMMER, Marlene. “The Vienna Sales Convention and Gap-Filling”. In: *Journal of South African Law*, vol. 2012, n. 2, pp. 274-300, 2012.
- ZELLER, Bruno. “Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG.” In: *Pace International Law Review*, vol. 23, n. 1, pp. 1-14, 2011.
- . “Penalty Clauses - What Has Changed.” In: *Pace International Law Review*, vol. 30, n. 1, pp. 147-174, 2017.
- . “The Challenge of a Uniform Application of the CISG - Common Problems and Their Solutions”. In: *Macquarie Journal of Business Law*, vol. 3, pp. 309-322, 2006.

PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS — DESAFIOS E OPORTUNIDADES

SARA VASSALO AMORIM ¹

A — OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ONU SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

A relação entre o mundo empresarial e os direitos humanos tem estado na ordem do dia da agenda das políticas globais desde a década de 1990.

Em 2005, a Organização das Nações Unidas (ONU) designou um Representante Especial do Secretário-Geral para as Empresas e Direitos Humanos, mandatado para “identificar e esclarecer os parâmetros da responsabilidade corporativa e da responsabilidade das empresas transnacionais e outras empresas no que se refere aos direitos humanos” e “desenvolver o papel dos Estados na regulação eficiente e adjudicação do papel das empresas transnacionais e outras empresas no que se refere

¹ Licenciada em Direito e Mestre em Administração da Justiça (Universidade do Minho, Portugal); European Master (EMA) em Direitos Humanos e Democratização (European InterUniversity Centre for Human Rights and Democratisation, Itália, e Karl-Franzens-Universität Graz, Áustria). Agente responsável pelas políticas de justiça e Estado de Direito na Direcção-Geral da Justiça e Consumidores — Direcção Direitos Fundamentais e Estado de Direito da Comissão Europeia. As informações e opiniões expressas no presente artigo são da responsabilidade da autora.

aos direitos humanos, incluindo através da cooperação internacional”.² Em 2008, o Representante Especial apresentou o documento “Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights”,³ apoiado em três princípios de base, interrelacionados: (i) “o dever do Estado de evitar abusos aos direitos humanos por terceiros, incluindo empresas, através de políticas, regulamentação e julgamentos adequados”, (ii) “a responsabilidade corporativa pelo respeito dos direitos humanos, que significa que as empresas devem agir com a diligência devida para evitar a violação dos direitos de terceiros, e responder aos impactos adversos em que estejam envolvidas” e (iii) “a necessidade de maior acesso das vítimas a vias de recurso efectivo, tanto judicial como não judicial”.⁴ O enquadramento proposto neste documento combinava “obrigações legais vinculativas dos Estados, que decorrem de tratados internacionais sobre direitos humanos existentes” com a “responsabilidade étical/moral das empresas”.⁵

Face à necessidade de operacionalizar este enquadramento, o Representante Especial apresentou, em 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (a seguir, “Princípios Orientadores”). O apoio unânime recebido da parte do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, embora “[não] obstando a quaisquer outros promissores desenvolvimentos a longo prazo”,⁶ veio permitir que a discussão sobre a promoção dos direitos humanos no contexto empresarial progredisse.⁷

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS — CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, *Human Rights Resolution 2005/69: Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, E/CN.4/RES/2005/69, 2005, n.º 1, alíneas a) e b). Original em inglês; tradução da autora.

³ “Proteger, Respeitar, Remediar: um enquadramento para empresas e direitos humanos”. V. J. RUGGIE, *Protect, respect and remedy: A framework for business and human rights*, in *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, 3(2), 2008, pp. 189-212.

⁴ J. RUGGIE, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie — Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, A/HRC/17/31, 2011, p. 4. Original em inglês; tradução da autora.

⁵ B. FARACIK, *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, European Parliament, Bruxelas, 2017, p. 12. Original em inglês; tradução da autora.

⁶ J. RUGGIE 2011, n 4, p. 5.

⁷ V. B. FARACIK, n 5, p. 60.

Os Princípios Orientadores proporcionam um “padrão de referência global para evitar e avaliar o risco de impactos adversos ao nível dos direitos humanos associados à actividade empresarial”,⁸ veiculando uma “linguagem comum para empresas, Estados de acolhimento e de origem, bem como para a sociedade civil”.⁹ Embora não sejam legalmente vinculativos, os Princípios Orientadores, estruturados segundo os três pilares da *Framework*, são o padrão de autoridade no que se refere a empresas e direitos humanos. Tendo por base o reconhecimento da obrigação dos Estados de respeitar, proteger e dar cumprimento aos direitos humanos, bem como a obrigação das empresas de cumprirem a lei e respeitarem os direitos humanos, e a necessidade de recurso efectivo, estes princípios “salientam que passos os Estados devem dar para estimular o respeito dos direitos humanos por parte das empresas; providenciam um modelo para que as empresas saibam e demonstrem que respeitam os direitos humanos, e reduzam os riscos de causarem ou contribuírem para violações dos direitos humanos; e constituem uma série de referências para as partes interessadas apreciarem o respeito das empresas pelos direitos humanos”.¹⁰

Uma característica essencial destes princípios orientadores é a sua universalidade — aplicamse a *todos* os Estados e a *todas* as empresas. Por conseguinte, os Estados não podem deixar de respeitar as “obrigações legais existentes e [os] objectivos políticos de protecção e realização dos direitos humanos”,¹¹ devendo ainda dar os “passos necessários para evitar, investigar, punir e ressarcir [violações] através de políticas, legislação, regulamentação e decisões eficazes”,¹² adoptando todas as medidas — quer preventivas, quer de reparação — necessárias para esses efeitos, incluindo, possivelmente, com efeitos extraterritoriais.

Embora os Estados permaneçam como os principais titulares de obrigações, *todas* as empresas — independentemente da sua dimensão,

⁸ L. C. BACKER, *Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All*, in *Fordham Int'l LJ*, 2015, 38, p. 461.

⁹ B. FARACIK, *n* 5, p. 18.

¹⁰ Extraído da página oficial do Representante Especial do Secretário-Geral para as Empresas e Direitos Humanos, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>. Original em inglês; tradução da autora.

¹¹ L. C. BACKER, *n* 8, p. 473.

¹² Princípio Orientador n.º 1.

sector, localização, propriedade e estrutura — estão vinculadas ao respeito de *todos* os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, em *todas* as suas actividades (acções e omissões), bem como nas relações com parceiros de negócios e entidades na cadeia de valores. A sua responsabilidade vai além do impacto que “possa[m] causar ou para que possam contribuir através das [suas] próprias actividades”, incluindo igualmente as que “[se] relacion[e]m com as [suas] operações, produtos ou serviços, sem qualquer causa ou contribuição da parte da empresa”.¹³ Além disso, mesmo que se verifique o incumprimento por parte dos Estados no que concerne às suas obrigações em termos de direitos humanos, este facto não isenta as empresas do cumprimento das suas próprias obrigações. Das empresas esperase igualmente que ajam e reajam, não só “evita[ndo] a violação dos direitos humanos de outrem”, mas também “responde[ndo] aos impactos sobre direitos humanos em que se encontr[e]m envolvidas”.¹⁴ Devem “identificar, prevenir e mitigar” o impacto sobre os direitos humanos,¹⁵ e agir com a devida diligência em termos de direitos humanos, o que inclui a avaliação do impacto (real e potencial), integrando e agindo de acordo com os resultados, monitorizando as respostas, e comunicando de que forma são tidos em consideração.¹⁶ Por último, o facto de as empresas assumirem voluntariamente compromissos nestas matérias não as isenta das suas obrigações de não violação dos direitos humanos e de reparação de eventuais violações.

Esta necessidade de sanar violações vincula tanto os Estados como as empresas, e é particularmente importante para outro grupo abrangido pelos Princípios Orientadores — os titulares de direitos. Esta questão será analisada na secção seguinte.

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, HR/PUB/11/04, 2011, p. 15. Original em inglês; tradução da autora.

¹⁴ Princípio orientador n.º 11.

¹⁵ Princípio orientador n.º 17.

¹⁶ *Idem*.

II — ACESSO A UM RECURSO EFECTIVO

O direito a um recurso efectivo, consagrado no artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁷ faz também parte da lógica subjacente aos Princípios Orientadores, nos quais o acesso a um recurso efectivo constitui o terceiro pilar, e é essencial para a concretização do primeiro e do segundo pilares.

Neste contexto, o recurso efectivo consiste no “*processo* de reparar um impacto negativo sobre os direitos humanos e [no] *resultado* substantivo que pode contrariar ou reverter o impacto negativo”.¹⁸ Os Estados têm o dever de “tomar as iniciativas adequadas para garantir [...] que, quando [...] ocorrem violações no seu território e/ou jurisdição, aqueles que são afectados por tais violações tem acesso a um recurso efectivo”.¹⁹ Por seu turno, as empresas têm a obrigação de “criar ou participar de mecanismos eficazes para a apresentação de queixas ao nível operacional”.²⁰ Por conseguinte, devem ser criados diferentes mecanismos: a nível estatal, quer judiciais quer nãojudiciais, e mecanismos nãoestatais, que operem a nível da empresa, ou por iniciativa de grupos de empresas ou de indústrias. Em todos estes casos, os “titulares de direitos e os seus danos devem estar no centro de todo o processo de recurso”.²¹

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Universal declaration of human rights*, 217 [III] A, Paris, 1948.

¹⁸ OHCHR — The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights — An Interpretative Guide*, HR/PUB/12/02, 2012, p. 7. Original em inglês; tradução da autora.

¹⁹ Princípio orientador n.º 25.

²⁰ Princípio orientador n.º 29.

²¹ S. DEVA, *Statement presented at the 3rd Session of the openended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, Geneva, Outubro 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HR->

A reparação pode consistir em “pedidos de desculpas, restituição, reabilitação, compensação financeira ou não financeira, e sanções (tanto criminais como administrativas, tais como coimas), bem como a prevenção através de, por exemplo, injunções ou garantias de não repetição”,²² ou outros meios acordados pelas partes. Pode ser obtida através de qualquer dos mecanismos disponíveis, que devem ser eficazes, facilmente acessíveis (incluindo do ponto de vista económico) e adequados, devendo ainda permitir uma reacção atempada, conjugando “elementos de prevenção, compensação e dissuasão”.²³ O procedimento deve ser “imparcial, protegido de corrupção e imune a tentativas de influência do seu resultado, quer políticas quer de outra natureza”.²⁴

No caso dos Estados, o acesso a um recurso efectivo relacionase com as suas obrigações de protecção, nomeadamente *prevenir, investigar e punir*. Os Estados devem providenciar acesso a mecanismos de recurso judiciais, mas também não judiciais. No primeiro caso, além de estarem obrigados a garantir “a eficiência dos mecanismos judiciais domésticos”,²⁵ os Estados também devem reduzir as barreiras que os titulares de direitos podem potencialmente encontrar no acesso à justiça, as quais podem ser de ordem legal (tais como a responsabilidade jurídica das empresas, ou a legitimidade processual), ou de ordem prática (designadamente, despesas processuais e de representação).²⁶ O acesso de grupos ou pessoas particularmente vulneráveis a um recurso efectivo exige do Estado uma “acção afirmativa adequada”.²⁷

Bodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/S.Deva-Subject6.Accessstojustice.pdf. Original em inglês; tradução da autora.

²² Princípio orientador n.º 25.

²³ S. DEVA, Outubro de 2017, n 21.

²⁴ Princípio orientador n.º 25.

²⁵ Princípio orientador n.º 26.

²⁶ *V.*, em particular, C. M. O'BRIEN, *Business and Human Rights — A Handbook for Legal Practitioners*. Conselho da Europa, Estrasburgo, 2018, pp. 132 e ss.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS — CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, *Report on the first session of the openended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument*, A/HRC/31/50, 2016, p. 25. Original em inglês; tradução da autora.

Os Estados também devem prever e criar mecanismos extrajudiciais “eficientes e adequados, enquanto parte de um sistema estatal geral de reparação das violações de direitos humanos relacionadas com empresas”,²⁸ que complementem e suplementem os mecanismos judiciais. Nos casos em que o recurso aos mecanismos judiciais não se revela necessário, os mecanismos extrajudiciais podem conhecer e adjudicar em matéria de queixas relativas a violações de direitos humanos que envolvam empresas. Estes mecanismos podem incluir, entre outros, provedores (que podem estar especificamente ligados a uma indústria ou sector), serviços de auditoria do trabalho, instituições nacionais de direitos humanos, pontos de contacto nacionais (segundo os termos das Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais),²⁹ ou outros institutos, departamentos, ou agências estatais (tais como institutos reguladores ou responsáveis pela aplicação da lei), instituídos com o poder de desempenhar tais funções, bem como mecanismos arbitrais ou de mediação.

No contexto deste pilar, as empresas também têm responsabilidades, que se encontram interligadas com a sua obrigação de respeito. Ao passo que o objectivo da obrigação de agir com a devida diligência é evitar possíveis violações, os mecanismos de reparação procuram sanar impactos que, não obstante, possam ocorrer. Todavia, quanto mais sólidos forem os instrumentos adoptados nos termos do Segundo pilar — tais como avaliações de impacto —, tanto mais eficiente será a reparação, dado que tal permitirá à empresa reconhecer e reparar imediatamente esse impacto, e restaurar o respeito pelos direitos humanos. Além disso, o dever de diligência estará desprovido de significado e conteúdo, se não for acompanhado da disponibilidade para admitir e corrigir o impacto negativo sobre os direitos humanos.

Nos termos dos Princípios Orientadores, exigese das empresas que “criem ou participem de mecanismos para a apresentação de queixas ao nível operacional”.³⁰ Tais mecanismos constituem “meios formais através dos quais indivíduos ou grupos podem apresentar as suas questões

²⁸ Princípio orientador n.º 27.

²⁹ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, OECD Publishing.

³⁰ OHCHR — THE OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The business and human rights dimension of sustain-*

quanto ao impacto de uma empresa [sobre os seus direitos] e podem procurar obter reparação”.³¹ Para serem eficazes, estes mecanismos devem envolver todos os interessados, ser públicos e responder a critérios de transparência, e deverá ser assumida responsabilidade perante os queixosos. É da maior importância que sejam assumidos compromissos de não retaliação, uma vez que a “[i]nexistência de medo de vitimização na procura de obtenção de reparação é parte integrante do acesso a um recurso efectivo”.³²

Outro ponto relevante é a cooperação das empresas com outros mecanismos. Ainda que existam mecanismos de apresentação de queixas ao nível da empresa, esta pode entender que existem mecanismos mais adequados — por exemplo, caso considerem que a questão pode ou deve ser apreciada por um tribunal. De igual modo, uma vez que os titulares de direitos assumem o papel principal no processo, as empresas devem comunicarlhes todas as alternativas ao seu dispor, permitindo-lhes assim uma decisão informada.

Os mecanismos extrajudiciais, estatais ou não estatais, deve respeitar os critérios enumerados no Princípio Orientador n.º 31: devem ser legítimos, acessíveis, previsíveis, equitativos, compatíveis com os direitos, fonte de aprendizagem permanente, garantir transparência, e, no que se refere aos mecanismos a nível operacional, basearse no envolvimento e no diálogo.

Todavia, os Princípios Orientadores não consagram uma solução única em matéria de acesso a um recurso efectivo. Em geral, deverão ser empregues “mecanismos e estratégias de implementação múltipla”³³ que garantam às vítimas de violações de direitos humanos por parte de empresas uma reparação efectiva, e não se limitem a comunicações ou exercícios políticos. Por conseguinte, os titulares de direitos devem poder

able development: Embedding “Protect, Respect and Remedy” in SDGs implementation, 2017, p. 5. Original em inglês; tradução da autora.

³¹ OHCHR — THE OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights*, 2017, p. 68. Original em inglês; tradução da autora.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS — CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, n 27, p. 36.

³³ S. DEVA, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies*, in *European Company Law*, 9(2), 2012, p. 104. Original em inglês; tradução da autora.

“procurar, obter e fazer cumprir um ‘*bouquet* de recursos”³⁴ que sejam adequados às violações em causa, e às necessidades e preferências dos titulares de direitos.

C — DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA ESTADOS E EMPRESAS

Tal como Ruggie previra, os Princípios Orientadores não fizeram com que os desafios em matéria de empresas e direitos humanos terminassem.³⁵ Constituem, é certo, um “passo importante (embora imperfeito) para a humanização do mundo empresarial”,³⁶ aceite como um enquadramento para melhorar os *standards* e as práticas nesta área.

Desde a sua adopção, os Princípios Orientadores têm sido criticados por não possuírem força vinculativa. Neste contexto, algumas vozes têm sugerido a criação de um tratado com força legal.³⁷ Com efeito, a luta para que os Princípios Orientadores adquiram visibilidade entre os Estados e as partes interessadas continua a ser uma realidade. Este facto, ao qual acrescem os recursos limitados, dificulta que sejam implementados, executados e monitorizados de forma eficaz. De facto, até hoje, apenas 21 Estados adoptaram Planos de Acção Nacionais (PANs),³⁸ destinados a implementar os Princípios Orientadores. Não obstante, em 2017 surgiu uma “nova vaga” de PANs, que parece ter encorajado outros Estados — actualmente, mais de 20 Estados estão a desenvolver novos PANs, ou apresentaram compromissos nesse sentido.³⁹

Uma das áreas que requer mais desenvolvimentos é a implementação de mecanismos de reparação, tanto por parte dos Estados, como por parte das empresas. Aqueles que “vivem situações de vulnerabili-

³⁴ S. DEVA, Outubro de 2017, *n* 21.

³⁵ V. J. RUGGIE, 2011, *n* 6, p. 5.

³⁶ S. DEVA, 2012, *n* 33, p. 102.

³⁷ V. B. FARACIK, *n* 5.

³⁸ Informação disponível em <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

³⁹ *Idem*.

dade e marginalização vivenciam os impactos das violações de direitos humanos por parte das empresas de forma diferente, e podem ter expectativas divergentes quanto à reparação do dano sofrido”, podendo também “enfrentar barreiras adicionais quando tentam aceder a um recurso efectivo”.⁴⁰ É o caso, por exemplo, dos povos indígenas, cujo direito de consulta e ao consentimento informado só será efectivado se for precedido pela remoção de barreiras linguísticas e financeiras, e se for garantido o acesso a perícias técnicas. De igual modo, a reparação concedida deverá ter em consideração as especificidades das suas circunstâncias.

Todavia, há que ter em conta que, entre os consumidores, têm surgido sinais positivos de sensibilização, não só em matéria de responsabilidade empresarial quanto a direitos humanos, mas também quanto aos mecanismos existentes. Casos recentes de acções colectivas intentadas contra a Nestlé nos Estados Unidos da América, tendo por base alegações de violações de direitos humanos, são disso exemplo.⁴¹ Além disso, o facto de, na sequência destas acções, a Nestlé ter procurado alterar a sua conduta e ser agora uma das várias empresas que criaram mecanismos de reparação, é particularmente encorajador.⁴² Este exemplo poderá também ter influência sobre os governos — sobretudo em Estados em desenvolvimento — que, de outro modo, poderiam temer que a exigência de respeito pelos direitos humanos “dissuadi[sse] o investimento estrangeiro”.⁴³

Além disso, ainda que existam custos económicos associados às potenciais violações, uma “abordagem estritamente legalista”⁴⁴ aos direitos humanos pode ficar aquém dos padrões de referência exigidos pela sociedade civil. Isto salienta ainda mais o “enorme potencial [dos Princípios Orientadores] para contribuir para uma mudança positiva para centenas de milhões entre os mais pobres e marginalizados”.⁴⁵

⁴⁰ S. DEVA, Outubro 2017, n 21.

⁴¹ V., a título de exemplo, <https://www.business-humanrights.org/en/nestlé-lawsuit-re-forced-labour-in-thai-fishing-industry>, e T. BELLON, *Lawsuit alleges child labor used for Nestle chocolate products*, in *Reuters*, 2018, disponível em <https://www.reuters.com/article/nestle-lawsuit/lawsuit-alleges-child-labor-used-for-nestle-chocolate-products-idUSL2N1Q302C>.

⁴² V. <https://www.nestle.com/csv/impact/respecting-human-rights>.

⁴³ B. FARACIK, n 5, p. 57.

⁴⁴ S. DEVA, 2012, n 33, p. 109.

⁴⁵ OHCHR, n 30, p. 3.

Apesar dos desafios que a área da interação entre empresas e direitos humanos enfrenta num mundo em constante mudança, há motivos para permanecer otimista, especialmente tendo em conta que os Princípios Orientadores são “um ‘chão’ e não um tecto, permitindo assim lutar para ir mais além dos mínimos, quer se seja um Estado ou uma empresa”.⁴⁶

REFERÊNCIAS

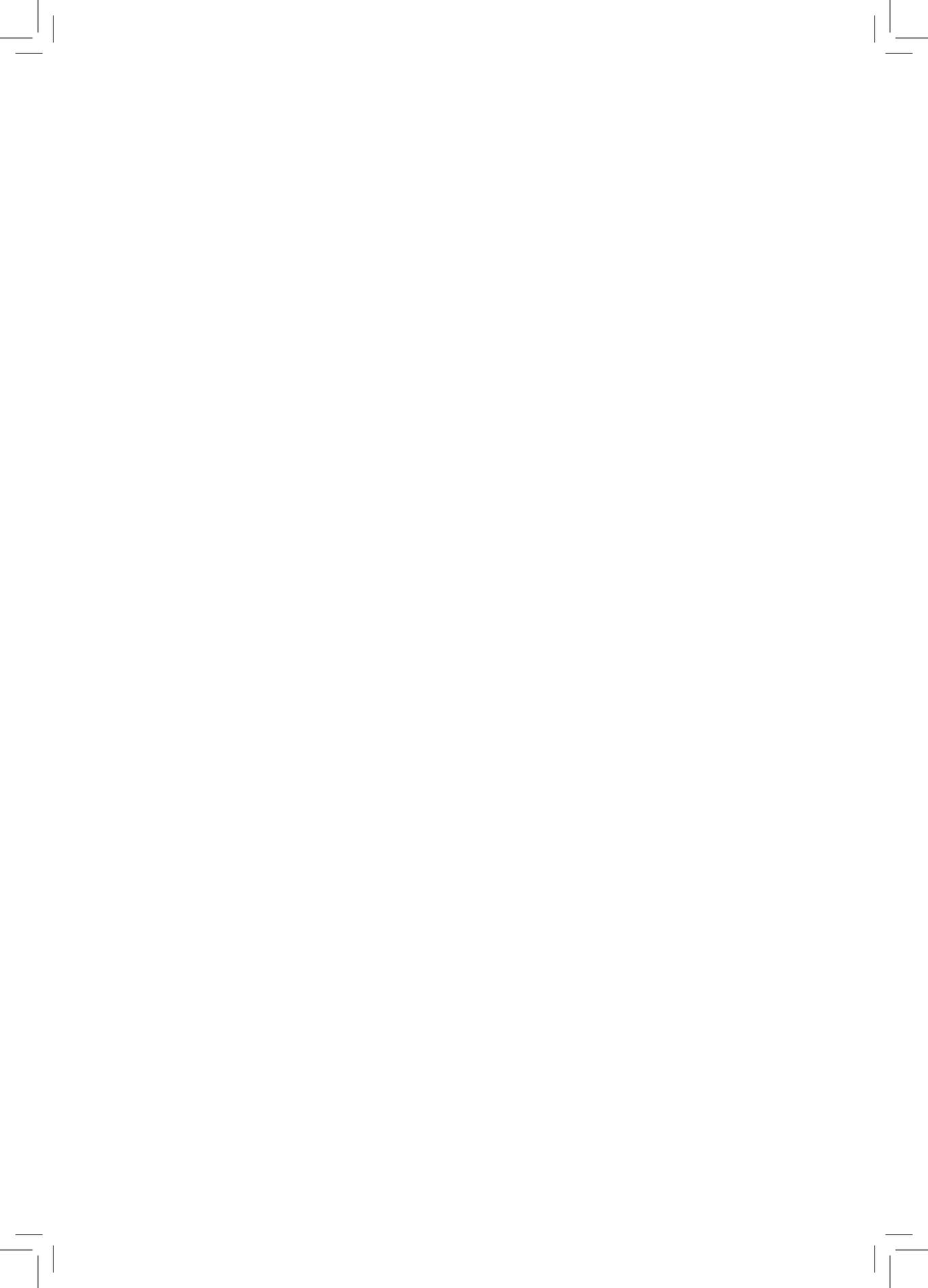
- Backer, L. C. (2015). Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All. *Fordham Int'l LJ* 38, 457542.
- BELLON, T. (2008). *Lawsuit alleges child labor used for Nestle chocolate product*. Reuters. Disponível em <https://www.reuters.com/article/nestle-lawsuit/lawsuit-alleges-child-labor-used-for-nestle-chocolate-products-idUSL2N1Q302C>
- Deva, S. (2012). Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies. *European Company Law* 9(2), 101–109.
- Deva, S. (2017, October). *Statement presented at the 3rd Session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Genebra, Suíça.
- Deva, S. (2017, November). *Statement presented at the 2017 UN Forum on Business and Human Rights (Closing plenary)*. Genebra, Suíça.
- Faracik, B. (2017). *Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. European Parliament.
- O'Brien, C. M. (2018). *Business and Human Rights — A Handbook for Legal Practitioners*. Conselho da Europa
- OECD (2011). *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. OECD Publishing.

⁴⁶ B. FARACIK, n 5, p. 18.

- OHCHR — The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2012). *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights*. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf
- OHCHR The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2017). *The business and human rights dimension of sustainable development: Embedding “Protect, Respect and Remedy” in SDGs implementation*. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf
- OHCHR The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (s. d.). *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights — An Introduction*. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Intro_Guiding_PrinciplesBusinessHR.pdf
- Organização das Nações Unidas (2011). *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (HR/PUB/11/04). Disponível em: <https://www.shiftproject.org/un-guiding-principles/>
- Organização das Nações Unidas — Assembleia Geral (1948). *Universal declaration of human rights* (217 [III] A).
- Organização das Nações Unidas — Comissão de Direitos Humanos (2005). *Human Rights Resolution 2005/69: Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (E/CN.4/RES/2005/69). Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc
- Organização das Nações Unidas — Conselho de Direitos Humanos (2011). *Human Rights Resolution 17/4: Human rights and transnational corporations and other business enterprises* (A/HRC/RES/17/4). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>
- Organização das Nações Unidas — Conselho de Direitos Humanos (2016). *Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument* (A/HRC/31/50). Disponível em: [RFD 2/2 \(2019\)](https://docu-</p></div><div data-bbox=)

ments-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/22/PDF/G1601822.pdf?OpenElement

- Ruggie, J. G. (2007). Business and human rights: the evolving international agenda. *The American Journal of International Law*, 101(4), 819-840.
- Ruggie, J. G. (2008). Protect, respect and remedy: A framework for business and human rights. *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, 3(2), 189212.
- Ruggie, J. G. (2011). *Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie — Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework* (A/HRC/17/31). Retrieved from: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>
- Special Representative of the Secretary General on human rights and transnational corporations and other business enterprises (s. d.). Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx>



PROCURA DA VALIDADE JURÍDICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO CRIME DE CORRUPÇÃO EM TIMOR-LESTE

ZENILTON NEVES¹

Resumo

O crime de corrupção, tipificado no artigo xx do código penal não é um crime isolado sem relação com outros tipos legais de crime. Portanto, na sua ocorrência, o crime de corrupção também tem consequências ao nível do enriquecimento ilícito. A ideia de criminalização do enriquecimento ilícito provém de instrumentos internacionais anticorrupção cujo objetivo é que todos os Estados adotem um tal tipo legal no seu ordenamento jurídico.

No entanto, esta política — que é capaz de contribuir para o combate à corrupção — pode encontrar uma barreira constitucional e penal. Assim, este estudo procura verificar a validade da criminalização do enriquecimento ilícito enquanto medida de combate à corrupção. Com esse objetivo, este estudo vai procurar a validade em como é desenvolvida a sua epistemologia jurídica para que se possa criminalizar este ato ilícito. Assim, este estudo pretende mostrar que os princípios constitucionais e penais podem ser mitigados através de restrição dos direitos fundamentais e aplicação do princípio da proporcionalidade. Porém, a aplicação do princípio da presunção de inocência na frente de um crime de corrupção deve ser uma aplicação relativa e não absoluta.

No entanto, por forma a não violar os princípios constitucionais e penais, exige-se aos juristas uma mitigação cautelosa de tais princípios. Portanto, neste estudo propomos uma formulação adaptada a partir de uma análise de direito comparado dos ordenamentos jurídicos onde se criminaliza o enriquecimento ilícito.

Palavra-Chave: Enriquecimento ilícito, Bem jurídico, Presunção de inocência, Restrição do Direito, Princípio da Proporcionalidade

¹ Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

Introdução

A importância do tema em análise para Timor-Leste pode ser aferida pelo índice de corrupção: de acordo com relatório do *Transparacy International*, Timor-Leste continua dentro da linha dos países mais corruptos. No entanto, o relatório da Comissão Anticorrupção, do início de 2019, refere que esta investigou 40 casos de indícios do crime de corrupção, sendo que no total, apenas em 10 casos foi deduzida acusação pelo Ministério Público².

Esta situação permite mostrar que o crime de corrupção está radicado nas instituições, no Estado e na sociedade. Portanto, é necessário readaptar a política criminal e a dogmática penal, uma vez que os meios convencionais não respondem de modo adequado à evolução do crime. Há necessidade de readaptar não só legislação, mas também apostar na prevenção contra as ameaças à manutenção do Estado de Direito e à própria democracia. Uma das principais ameaças aos Estados de direito democrático é a corrupção.

A discussão sobre a readaptação da política criminal e da dogmática penal, e os outros meios de prevenção e combate ao crime de corrupção, continuam a estar presentes no discurso público. Até este momento, o legislador, a Comissão Anticorrupção, o Ministério Público e a sociedade civil têm discutido sobre uma legislação ideal, que possa responder à evolução do crime de corrupção. Um dos principais aspetos que tem sido alvo de discussão no desenvolvimento desta legislação é a incriminação do enriquecimento ilícito através do instituto da inversão do ónus da prova, a ser inserido na nova legislação especial sobre o crime de corrupção.

A discussão a propósito da punição do enriquecimento ilícito tem-se centrado na ponderação, por um lado, na complexidade da sua investigação, que muitas vezes dificulta aos investigadores a recolha da prova, e, por outro lado, a ideia de que essa punição colide com os princípios constitucionais e penais. Até este momento, a discussão foi encerrada sem conclusão porque há duas ideias que são conflitantes. No entanto, esta ideia

² Tatoli, Agência Noticiosa de Timor-Leste, KAK Loke investigasaun ba kazu indikasaun korrupsaun 40-resin <http://www.tatoli.tl/2019/04/kak-loke-investigasaun-ba-kazu-indikasaun-korrupsaun-40-resin/>

contribui muito para a definição da política criminal sobre a corrupção. Dai que, nasceu esta ideia de procurar a validade epistemológica penal sobre a admissibilidade da criminalização do enriquecimento ilícito. Portanto, este trabalho vai procurar a mitigação jurídica da barreira constitucional e penal, para que na formulação de crime não viole os princípios. Além disso, iremos realizar a micro-comparação com outros sistemas para saber de que modo eles mitigam essa barreira constitucional e penal. Por fim, formularemos uma norma dotada de validade jurídica no nosso ordenamento.

1. Noção e âmbito de enriquecimento ilícito

1.1. *Enriquecimento ilícito*

O crime de corrupção, na sua evolução, não é considerado nos dias de hoje como um crime realizado de modo isolado tal como definido no Código Penal Timorense, mas antes um crime complexo que tem derivação com outras figuras de crimes. Uma das figura de crime que já é considerado como uma questão mundial no contexto do crime de corrupção é o enriquecimento ilícito.

O crime de enriquecimento ilícito é um novo crime criado na evolução do combate ao crime de corrupção e crime organizado. No discurso sobre a corrupção existem dois conceitos em discussão: enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado. Na nossa opinião, o conceito que será mais certo para designar a elaboração deste ideia é “o crime de enriquecimento ilícito”, não “crime de enriquecimento injustificado”. Julgamos que a ideia de enriquecimento injustificado faz mais sentido na esfera do direito civil, não merecendo acolhimento em sede das infrações criminais. Assim, o enriquecimento ilícito é que mais se enquadra na perspetiva criminal.

Portanto, o enriquecimento ilícito corresponde aos “(...) ganhos que se provam em juízo de resultarem de prática de um crime”³. Portanto o resultado deste crime pode ser dentro de crime de exercício das funções

³ Apud Mariti Fernando Mucanda, Afonso, Legitimação Do Crime De Enriquecimento Ilícito No Sistema Jurídico-Penal, P.12, DIAS, Augusto Silva — Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito, in 2º Congresso de investigação Criminal. Coimbra, 2010. p. 32.

ou crime organizado. Desta vista, a criminalização do enriquecimento ilícito deve enquadrar-se mais na ideia quando exista contrapartida, a opacidade na evolução patrimonial decorrente da aquisição de bens desses agentes, nos casos em que existe uma desconformidade entre os bens e rendimentos declarados e os realmente existentes⁴. No entanto, a ideia da origem deste crime de enriquecimento ilícito nasceu como uma arma de combate à corrupção que afeta muitos Estados. Porque os instrumentos tradicionais de combate à corrupção já provaram que são ineficazes a responder à complexidade do crime de corrupção. Como disse o prof. Bacelar Gouveia, “Os indícios de corrupção são muito difíceis de investigar porque normalmente envolvem fluxos com bancos que estão em paraísos fiscais, portanto, esses crimes são difíceis de investigar porque são crimes internacionalizados e sobretudo crimes que têm a ver com fluxos financeiros”⁵.

Por isso, a comunidade internacional pensa que existe necessidade de desenvolver estes novos mecanismos, que abordar também o enriquecimento ilícito como um dos tipos de crime. Além disso, o combate à corrupção e à criminalidade organizada exige esforço e cooperação entre os Estados, uma vez que estes crimes já não são meramente locais, mas também transnacionais. Deste modo, o combate deste tipo de criminalidade nunca poderia ser tarefa exclusivamente de um Estado, devendo passar por mecanismos de cooperação e de auxílio inter-estatais.

Foi dentro deste contexto que surgiu em 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, através da Resolução das Nações Unidas n.º. 58/4, de 31 de outubro de 2003, a qual foi ratificada por 148 Estados, incluindo Timor-Leste. Através desta resolução, no seu art. 20º a Organização das Nações Unidas sugere aos Estados o estabelecimento do crime de enriquecimento ilícito no âmbito dos princípios constitucionais e penais vigentes, o qual se define enriquecimento ilícito como um delito sobre o incremento significativo do património de um funcionário

⁴ SUSANO, HELENA, Juíza de Direito, Da Criminalização Do Enriquecimento Ilícito Dentro Dos Limites Da CRP, s.n.:s.l

⁵ Apud Pedro Gomes Pereira, João, Enriquecimento problema de formulação, Universidade de Coimbra, P. 99, GOUVEIA, Jorge Bacelar — Defende criminalizar do crime enriquecimento ilícito. Jornal correio da manhã. [Em linha]. Lisboa. p. (não consta). [Consult. 12 MAR. 2017]. Disponível em <http://jorgebacelargouveia.blogspot.pt/2011/03/para-nao-enriquecer-ilicitamente.html>.

público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.⁶ Por isso esta norma é uma mera opção dos Estados membros como medida de combate à corrupção no seu ordenamento jurídico.

1.2. Âmbito do Enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito corresponde a uma nova ideia por isso, para se compreender, deve ter uma abordagem holística. Assim, existe a ideia de que o enriquecimento ilícito no contexto do crime de corrupção é uma ideia complexa. Por isso, para se compreender só pode **ser** feita através das suas vertentes que lhe deram origem ou a sua definição conceitual. Portanto, há diversas **vertentes** que definem o âmbito deste crime, mas neste contexto as vertentes mais relevantes são de vertente política, financeira e sexual. Mesmo, assim não significa afastar do âmbito as outras figuras do crime organizado que provavelmente pode ter origem neste crime, por exemplo branqueamento capitais, tráfico de droga.

A vertente política do enriquecimento ilícito é a vertente mais importante que podemos considerar no combate à corrupção. Assim, nas ideias de política criminal esta vertente é a principal vertente, com o objetivo de criar uma medida de combate à corrupção na política⁷. No entanto, na lógica dogmático-penal, a ideia é criar uma norma para, através deste crime, gerar a punição dos funcionários públicos ou políticos que utilizam as suas funções para aumentarem o seu rendimento e bens de maneira ilícita. Portanto, este crime, nomeadamente, através de figuras crime está dentro do crime em exercício das funções. Neste sentido, como diz Paulo Pinto de Albuquerque, “um dos instrumentos legais mais eficazes de combate ao enriquecimento ilícito de políticos consiste na criação de uma incriminação que pune o agente quando se verifica uma disparidade gritante entre os seus rendimentos e o seu património ou modo de vida e exista um perigo do enriquecimento do agente ter provindo de fontes ilícitas”⁸.

⁶ Vide Convenção Das Nações Unidas Contra A Corrupção, pagina 21

⁷ Apude Pedro Matos Pinhal, João Enriquecimento Ilícito, P. 27

⁸ Ibidem

Na vertente financeira, considera-se o enriquecimento ilícito como um crime de carácter específico. Portanto, esta ideia só pode ser aplicada no âmbito do crime realizado no exercício das funções públicas. Porque estas se relacionam com o acto do agente público que, no seu exercício de funções, adquire um rendimento que é superior ao próprio rendimento lícito. Porém não há justificação razoável para esse enriquecimento⁹.

Portanto, esta ideia é uma ideia ampla, por isso, este crime não pode limitar-se ao âmbito do exercício das funções mas pode abranger ~~as~~ os sectores privados. Porque o crime de corrupção pode ~~ser~~ acontecer entre o funcionario publico ou politico com uma pessoa que tem relação de parantesco ou contratual. Além disso, pode ser fora deste crime que este deriva com outra figura de crime como crime organizado. Mesmo que já existam algumas medidas no direito penal Timorense que estão dentro de exercício das funções que regulam o mesmo facto na ideia anterior, mas, na verdade ainda não se mostram suficientes à criminalização do enriquecimento ilícito, o que continua a ser uma deficiência. Além disso, estas deficiências não se limitam a condenar o enriquecimento ilícito mas, também a falta de meios para eliminar o enriquecimento ilícito e o lucro que foi obtido através do crime. No entanto, o crime de enriquecimento ilícito que esta definido no artigo 20.º da CNUCC é uma previsão que só define o enriquecimento ilícito realizado pelos funcionários públicos no exercício das suas funções mas não define outro agente que faça parte deste crime que não seja agente publico.

Por fim, o enriquecimento ilícito também está em relação com outros tipos de crime, nomeadamente com os crimes de tráfico de droga, de influências, de seres humanos, órgãos, etc., uma vez que em toda a criminalidade organizada sempre existe relação entre estes e um enriquecimento. Por isso são considerados como crime organizado tanto nacional ou transnacional.

⁹ Ibidem P.28

2. Bens Jurídico e Forma de Crime

2.1. Os Bens Jurídicos. Tutela e Enriquecimento Ílicito

O direito penal é uma ciência do direito que nasceu para proteger e preservar o seu valor essencial chamado de bens jurídico. De acordo com a ideia de Figueredo Dias bem jurídico é “a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹⁰. Por isso, na teoria de crime um dos elementos da norma muito importante é bens jurídico porque todas as normas penais se destinam ao bem jurídico. Porque, todas as normas penais proibitivas ou impositivas sempre tutelam um bem jurídico¹¹ que visa refletir a ideia do princípio *nullum crime sine lege certa*, este elemento é importante para ter clareza no momento da interpretação entre facto e bens que está em lesivo.

Portanto a ideia é para limitar a interpretação a mera opção política na identificação bem jurídico e o arbítrio do julgador. Será que a corrupção e enriquecimento ilícito são tutelados como um bem jurídico? Sabemos que a origem de enriquecimento ilícito provém sempre de corrupção ou outro crime económico-financeiros. Mesmo assim, tudo isso não tem validade quando não está deriva ao princípio *nullum crime sine lege previa*¹². Portanto antes disso, deve haver uma lei que preveja sobre o facto e o bem jurídico. A reflexão deste ideia, no contexto de direito penal timorense considera corrupção como um dos tipos de crime praticado no exercício das funções pública. Mesmo assim, estas previsões das normas ainda não são suficientes para incriminar todos os tipo de crime que derivam da corrupção, neste contexto de enriquecimento ilícito.

¹⁰ Apud Simas santos, Manuel & Leal-Henrique, Manuel, Noções de Direito Penal, 5.edição, Editora Rei Dos Livros, Dias Figueredo, Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2.ed, P.114

¹¹ Marques da Silva, Germano, Direito Penal Portugues, Parte Geral, Teoria do Crime, P.22

¹² Justo Santos, A, Introdução ao estudo do Direito, Coimbra editora, P.243

Por isso, para ter a sua legalidade o legislador deve tipificar uma legislação própria sobre enriquecimento ilícito. Mas o importante é definir o bem jurídico tutela o enriquecimento ilícito. Portanto falamos sobre bens jurídicos no direito penal referimos- nos sempre ao unico bem juridico lesivo, mas no crime de enriquecimento ilícito que deriva a corrupção não é só unico bem juridico. Porque o resultado deste crime tem impacto sobre vários sectores da vida em sociedade. Este condições viabilizado a consequências de várias ordens no indivíduo. Por isso corrupção é considerado como crime extraordinário.

Quando falamos de enriquecimento ilícito no crime de corrupção, o bem jurídico tutelado o enriquecimento ilícito é o mesmo bem jurídico tutelado, a corrupção, ou pode ser outra figura de crime organizado. Portanto, pode ser bens jurídica tutela imediata ou mediata da corrupção¹³. Por isso, a tipificação é importante. Mesmo que a questão micro prevenção de enriquecimento ilícito exige transparência e a idoneidade para proteger a integridade do Estado. Isso não é suficiente porque crime de corrupção é um crime complexo tanto no seu agente como próprio crime.

Portanto, esta ideia expressa as seguintes ideias: primeiro é para proibir as condutas ilícitas, quer sejam individuais quer sejam coletivas no sentido de se prevenir e proteger os bens jurídicos comunitários. Segunda ideia: é imperioso integrar o crime de enriquecimento ilícito no sistema jurídico-penal. Terceira ideia: é para garantir a transparência no exercício de funções públicas, a idoneidade dos cargos e do exercício político¹⁴.

¹³ Os bens jurídicos sub tutela imediata esta com a relação a produção ato jurídico que viabiliza a violação do princípios de legalidade administrativa e de correlativa autonomia intencional do estado. Portanto efeito deste ato em nível macro é um efeito que violar a vontade e integridade do estado. Mas em nível micro é uma violação pureza de administração publico. Por que através deste ato que existe vontade ilícito que viola ao vontade do estado para obter lucro para si ou para outro. No entanto os bens jurídico sob tutela mediata da corrupção é considerado como um atentado do estado. Porque a própria representate do Estado que no seu exercício de funções pública que causar dano ao estado, em fim o estado não atingir ao proprio objetivo de garantia e proteção dos direitos fundamentais do seu cidadão, Cristina De Sousa Bonfim Dias, Hália, O crime de Corrupção no Novo Regime Jurídico-Penal São-Tomense, Universidade Lusíada, P.48.

¹⁴ Legitimação Do Crime De Enriquecimento Ilícito No Sistema Jurídico-Penal Mariti Fernando Mucanda, Afonso, P.69

Por fim, esta ideia pretende prevenir a lesão de bens jurídicos para alcançar a dimensão na defesa e garantia de satisfação das necessidades sociais irrevogáveis e do bem-estar da sociedade. Portanto, a defesa de bens sociais fundamentais garante a sobrevivência da sociedade e continuidade da prestação dos serviços públicos para atingir o objetivo do Estado.

2.2. Forma de Crime Enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito no crime de corrupção é sempre um crime praticado no exercício das funções pelos funcionários público ou político através do cargo que exerce e enriquece ilícitamente. A prática deste crime tem várias formas na sua execução depende dos tipos de corrupção praticada. Mas, a ideia geral é o funcionário público ou político apropriar-se de forma ilegal de bens coletivos do Estado situados na administração estatal. Por outro, o funcionário público ou político aproveita-se das funções que as normas constitucionais e outras normas lhe atribuem para desviar os bens do erário público.

A forma de enriquecer ilícitamente viola outros princípios fundamentais que orientam a administração pública. Neste contexto é o princípio da prossecução do interesse público¹⁵ e da boa administração. Mais concretamente estas forma de enriquecimento ilícito operam no âmbito da administração pública direta e indireta¹⁶.

Outro forma de enriquecimento ilícito é o património que se presume ilícito numa situação de enriquecimento ilícito consistirá numa situação concreta havendo incongruência entre o património e os rendimentos do funcionário. Ou seja, havendo uma situação em que o funcionário público age por ação ou por omissão, no sentido em que este não justifica efetivamente a origem do património.

¹⁵ Rebelo de Sousa, Marcelo, Direito administrativo geral Tomo I, Introdução e princípios fundamentais, D.Quixote, P.205

¹⁶ Mariti Fernando Mucanda, Afonso Legitimação Do Crime De Enriquecimento Ilícito No Sistema Jurídico-Penal, Universidade Autónoma de Lisboa, P. 78

3. Barreira e Mitigação

3.1. Barreira de Criminalização Enriquecimento Ilícito

O discurso sobre criminalização enriquecimento ilícito no contexto do crime de corrupção existe quase em todos os países. Alguns países conseguem criminalizar através da mitigação dos princípios constitucionais e penais. Em Timor-Leste este discurso já existe há alguns anos, mas a discussão está estagnada na ideia sobre barreira constitucional e penal.

O argumento sobre a barreira de criminalização de enriquecimento ilícito tanto em Timor-Leste ou noutros países, como Portugal, as ideias são as mesmas. Uma é desfavorável e que a ideia de criminalização deste acto é violar os princípios constitucionais e penais. Em especial, do princípio da presunção de inocência, do direito à não auto incriminação e da inversão do ónus da prova sobre a culpa. Portanto, este princípio está garantido na constituição Timorense no artigo 34º. Sobre a garantia de processo criminal. Mesmo que nos termos do artigo 9º. sobre a recepção do direito internacional, mas de facto esta ideia de criminalização está a colidir com as normas constitucionais.

No entanto em alguns Estados mesmo que já tenham ratificado a convenção de relevo para este crime mas não estão obrigados a seguir esta via”. Em Portugal também houve um debate acerca de uma proposta lei sobre criminalização de enriquecimento ilícito. O argumento apresentado para esta ideia foi o facto de não estarem a respeitar as normas constitucionais. No entanto, outra ideia é dizer que o crime está relacionado com crime de enriquecimento ilícito está previsto e punido no direito penal por isso não precisa de incriminação deste comportamento¹⁷.

Relacionado com este argumento, Costa Andrade, disse que “o problema da luta contra o crime económico em Portugal, incluindo a corrupção, não é um problema de legislação, mas de aplicação das leis dis-

¹⁷ Apud Pedro Matos Pinhal, João, Enriquecimento Ilícito, P.33, RODRIGUES, Ricardo. — Criminalizar o Enriquecimento Ilícito. [em linha] Inverbis (30 Abril 2008), [Consult. 20 Março 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/criminalizar-enriquecimento-ilicito.html>

poníveis”. refere ainda que a conhecida “*impunidade*” dos autores de “*muitos ilícitos criminais*” não é “*por falta de lei, mas por falta de aplicação*” da legislação existente, ou seja, se houver indícios de enriquecimento ilícito de um titular de cargo público ou político, deve fazer-se um enquadramento com os crimes que estiveram na base desse enriquecimento, podendo ser corrupção, participação económica em negócio, prevaricação, infidelidade, peculato e, em certas situações, furto¹⁸.

No entanto, Figueiredo Dias tem a mesma ideia que a anterior. Ele disse que o enriquecimento ilícito é o resultado de “*um outro crime*”, como falta de declaração, ilícito fiscal ou tráfico de influências; outra situação mencionada é a de que se um funcionário apresenta um património incongruente face aos rendimentos esta situação deve ser tratada pela “*via fiscal ou via civil*”, mas não pela via penal: “*a linha de ataque deve ser outra, no campo penal, mais incidente sobre os crimes antecedentes dos quais resultam os patrimónios incongruentes*”¹⁹. Por isso, ele propõe para tirar esa ideia, de inversão do ónus da prova ou da violação do princípio da presunção de inocência, uma vez que a proposta passa a atribuir ao MP a responsabilidade de provar que o património não foi adquirido por meios lícitos.

Mas na ideia da política criminal é uma necessidade a criminalização do enriquecimento ilícito. Porque a criminalização deste crime é como uma arma de luta contra a corrupção e outros crimes económico-financeiros e também mais útil para combater a fraude fiscal.

3.2. Mitigação Jurídica da Barreira de Criminalização

O espírito da criminalização do enriquecimento ilícito vem da ideia da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção que Timor-Leste ratificou, através da resolução pelo Parlamento Nacional em 10 de dezembro de 2008. No artigo 20 que prevê uma previsão sobre enriquecimento

¹⁸ Apud Pedro Matos Pinhal, João, Enriquecimento Ilícito, P.33, ANDRADE, Costa. — Enriquecimento Ilícito — Especialistas consideram que a criação deste crime não se justifica no Direito Penal Português. [em linha] Diário de Notícias. Lisboa; Controlinveste Media, SGPS, SA (16 Março 2009), [Consult. 15 Fevereiro 2010]. Disponível em <http://www.dnoticias.pt/actualidade/pais/186486-enriquecimento-ilicito>

¹⁹ Ibidem

ílicito que sugere ao Estado membro para adotar no seu ordenamento jurídico. Porém, a ratificação desta convenção tem a sua constitucionalidade, mas em princípios está contrária com outra normas constituição.

Portanto, estas ideias entram no conflito entre as normas internacionais e normas constitucionais e penais. Mas na verdade este crime de enriquecimento ilícito não existe só na outra figura do crime mas já existe também no crime corrupção. Porque através da corrupção houve discrepância entre os rendimentos declarados e o enriquecimento. Ou pode ser através de lucros provenientes de uma fonte de crime de corrupção. Contudo na ideia política criminal Timorense, considera-se uma medida de combate à corrupção que deve ser enserida na lei Anti-corrupção, com a razão é para responde a ineficaz medida tradicional de combate corrupção. Mas antes disso é importante à fazer uma mitigação das normas que estão em conflito para ter uma formulação da norma que na sua aplicação continua a respeitar as normas constitucionais e penais. Portanto, o primeiro mitigação da presunção de inocência procura a sua relação com outro crime ou neste contexto crime de corrupção. Horizonte desta ideia é para saber como é a forma da sua adoção à frente de um crime. Mesmo que este princípio seja *erga omnes* com função de “constituir na elevação dos direitos, liberdades e garantias, mas não no rebaixamento de outros direitos fundamentais”²⁰.

Daí que, maneira de adoção pode ser relativa ou absoluta depende do delito cometido, pode ser um crime grave ou simples. Com essas circunstância que poderão ser restringidas para a salvaguarda de outros direitos constitucionais. Tudo isso deve ser verificado antes de adoção da forma de mitigação. Nas ideias anteriores já explicou que crime de corrupção é considerado como crime extraordinário, por que além de ofender a dignidade do Estado, causar também dano ao estado e o cidadão inteiro. Por isso, o modo de combate deve ser extraordinário.

A mitigação desta barreira pode ser através de restrição de direitos fundamentais através da reserva da lei restritiva para salvaguardar outros

²⁰ Apud Pedro Gomes Pereira, João, O Crime De Enriquecimento Ilícito — Os Problemas De Formulação, P.26, Alexandra Vilela, “*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*”, Coimbra Editora, pág 22.

direitos ou interesses constitucionalmente protegido²¹. Neste contexto, a dignidade do Estado, pureza administrativa e bem do estado para interesse comum prevalece o interesse de um suspeito ou arguido. Como explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais, bem como uma ponderação ou concordância prática dos direitos em conflito”²². Portanto, não se pode fazer a restrição de direitos fundamentais em abstracto, mas apenas no caso concreto, tendo sempre um carácter excepcional, e desde que garantem a essência do próprio direito. Porém, a aplicação do princípios presunção de inocência na frente de um enriquecimento ilícito e crime de corrupção deve ser uma aplicação relativa não é absoluta. Portanto, a presunção de inocência é relativa a partir de preseguição da verdade, através dos elemento probatório, durante a instrução do processual, dentre deste processo a situação o suspeito ou acusado não fica inerte em relação á sua presunção de inocência.

Como disse o Souto Moura o princípios presunção de inocência é “necessariamente o princípio deve ter reflexos sobre o tratamento do arguido no processo penal, embora os direitos deste também possam ser limitados pelo direito dos demais cidadãos à segurança, pelas necessidades cautelares que por vezes impõem a prisão preventiva. O autor salienta ainda que o princípio da presunção de inocência tem reflexos extra-processuais, impondo que o arguido seja tratado como se não fosse suspeito de um crime e não pode ser desfavorecido face aos demais cidadãos, possuindo a presunção de inocência deste modo reflexos noutras áreas do Direito diversas do processo penal, em concreto no direito do suspeito e arguido ao trabalho, ao bom nome e à imagem, no entanto, SOUTO MOURA conclui que o suspeito/arguido tem de sofrer o tratamento negativo que terceiros decidam impor-lhe, desde que não lhes seja juridicamente exigível outro”²³.

²¹ Direito constitucional e Teoria da Constituição, Gomes Canotilho, J.J, Almendina, P.450

²² Apud Pedro Gomes Pereira, João, Enriquecimento problema de formulação, Universidade de Coimbra, P.53, Gomes Canotilho e Vital Moreira, “*Fundamentos da Constituição*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, P. 134.

²³ Marina Verdial Pina, Cláudia, A Presunção De Inocência Nas Fases Preliminares Do Processo Penal : Tramitação E Actos Decisórios, P.19. MOURA, José Souto de, “ A

No entanto, outra ideia que pode solucionar este conflito, é o recurso ao princípio da proporcionalidade. Assim, perante o conflito entre a segurança pública e as garantias de defesa (ambas normas constitucionais de natureza igual), a solução deve respeitar o princípio da proporcionalidade, prevalecendo o princípio mais apto ao caso concreto, desde que não ponha em causa o interesse contrário. Portanto, desde que se opte solução que trazer maiores benefícios e que seja a menos prejudicial para os interesses contrários²⁴. Tudo isso, a autoridade tributária ou o Ministério Público mantêm o dever de fazer a prova dos elementos do crime, isto é, dos rendimentos lícitos do funcionário ou político, do seu património e modo de vida e da manifesta desproporção entre aqueles e estes e ainda de um nexo de contemporaneidade entre o enriquecimento e o exercício das funções políticas. Se a Autoridade Tributária ou o Ministério Público provar todos os elementos dos indícios de crime, logo notifica o suspeito para provar que o acréscimo do seu rendimento não é de corrupção e outra figura de crime.

Porém, aplicação ónus da prova não é no sentido formal mas é sentido material, como disse Marques Silva “a doutrina dominante, com quase rara unanimidade, é hoje no sentido de que não existe ónus de prova em sentido formal, ou seja o encargo de produzir a prova por parte da acusação ou defesa, mas já não é tão dominante no que respeita ao chamado ónus de prova em sentido material, ou seja, à sujeição às consequências desfavoráveis resultantes da falta de prova”²⁵. Dai que a relatividade da aplicação presunção de inocência e direitos fundamentais podem mitigar para uma necessidade de um processo criminal. Portanto todas estas ideias são para não tolher um processo criminal que tem consequências na garantia da segurança e da justiça.

Questão da Presunção de Inocência do Arguido“. *RMP*. Lisboa : Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Ano 11, nº 42 , pp. 31-47.

²⁴ Apud Pedro Gomes Pereira, João, Enriquecimento problema de formulação, Universidade de Coimbra, P.53, Gomes Canotilho e Vital Moreira, “*Fundamentos da Constituição*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, P. 134.

²⁵ Marques Silva, Germano, Curso de Processo Penal II, Verbo, P92

4. Legitimidade e Formulação de Criminalização do Enriquecimento Ilícito

4.1. Legitimidade da criminalização do enriquecimento ilícito

A ideia de criminalização do enriquecimento ilícito só é uma ideia meramente política criminal que ainda não é suficiente para criminalizar este delito. Porque é só uma ideia que vai suportar a ideia dogmático penal. A prática existente na criminalização de enriquecimento ilícito que adaptaram muitos Estados pode compreender através dois elementos: uma desproporção entre o enriquecimento e os rendimentos lícitos declarados, e uma falta de justificação para a origem lícita desses rendimentos²⁶. Mas antes disso deve classificar-se este ideia na classificação do crime, para que saber a relação dos elementos do crime.

Portanto, enriquecimento ilícito, no caso, crime corrupção classifica-se como crime especial porque só designa um determinado agente e facto como previsto no artigo 292º.CPTL. No entanto o enriquecimento ilícito é um dos crimes materias porque o resultado é corrupção é provável gerarem um acréscimo ao rendimento ou património para quem os pratica. Por isso, corrupção também é considerado como um dos crimes organizado e económico-financeiro. Portanto, consideramos com bens ou lucros provenientes de uma fonte ilícita. Este resultado considera-se como crime material e formal, porque viola a dignidade do Estado e pureza da administração pública e também finança do Estado.

Sendo assim, a ideia dogmático penal sobre a criminalização de enriquecimento ilícito vem da ideia jurídica que diz que o enriquecimento ilícito no crime de corrupção é considerado como um comportamento que causa perigo ao bem jurídico legalmente protegido. Portanto, os bens jurídicos que vai ser lesados neste comportamento ilícito e são a dignidade do Estado, pureza da administração pública e defesa da garantia de satisfação das necessidades sociais impreteríveis e do bem-estar e defesa de bens sociais fundamentais de sobrevivência da sociedade.

²⁶ Pedro Gomes Pereira, João, Enriquecimento problema de formulação, Universidade de Coimbra, P.32

Com este modo, a criminalização de enriquecimento ilícito tem legitimidade porque este comportamento viabiliza a violação estes bens jurídicos. No entanto, a evolução do crime corrupção constitui a necessidade para criminalizar todos os tipo de crime corrupção, neste caso, é enriquecimento ilícito. Porque, a ideia do pressuposto do direito de necessidade sobre uma situação de perigo atual é uma necessidade para proteger juridicamente o interesse do bem comunitário. Pois, o perigo é a probabilidade de dano, a ameaça de lesão do bem jurídico” do Estado. Em fim compõe-se na potência de um fato que vai causar a perda ou diminuição de um bem; é dano provável”²⁷.

Mas noutro conceito, o perigo é considerado como uma situação ou estágio a partir do qual é provável a produção de um resultado negativo ou a situação factual que pode implicar probabilidade de um dano. Dai que o direito penal exerce a sua função de proteção aos bens jurídicos protegidos, quer seja pessoal ou seja da comunidade. A ideia de criminalizar as ações ou as omissões que põem em perigo ou que lesem os bens jurídicos fundamentais que neste caso em concreto se refere a um determinado enriquecimento ilícito²⁸.

Portanto, o funcionário público que enriquecer de forma ilícita, torna a sua conduta contrária à ordem jurídica. Neste contexto as condutas deste crime põe em perigo ou que lesem um bem jurídico devem ser criminalizadas. No entanto, esta conduta ilícita tem a sua legalidade, dai que dogmático penal tem a sua função de criação de normas jurídico-penais que tipificadeste crime em fim protege o bem juridico tutelado.

Isto quer dizer que, a criminalização o enriquecimento ilícito, o dogmático penal cumpre uma das suas funções imprescindíveis que consiste em punir uma ação ou uma omissão que viole os bens jurídicos económico-financeiros do Estado. Por outro, criminalização enriquecimento ilícito como medida de combater o crime de corrupção, que pode facilitar a recuperação dos bens ou lucro dos bens que vêm do crime corrupção.

Por conseguinte, necessario uma legislação sobre medida de combate à criminalidade organizada e económico-financeira como no caso Portugues. Que através da lei Lei N.º 5/2002, De 11 De Janeiro que es-

²⁷ Legitimação Do Crime De Enriquecimento Ilícito No Sistema Jurídico-Penal, Mariti Fernando Mucanda, Afonso, Universidade Autonoma de Lisboa, P.15

²⁸ Ibidem

tabelece um regime especial que regula as séries de crime que inclui crime corrupção sobre recolha de prova, quebra do segredo profissional, e perda dos bens a favor do Estado.

4.2. Formulação do crime enriquecimento Ílicito

A barreira constitucional e penal da criminalização do enriquecimento ilícito juridicamentente já é mitigado. Mesmo assim, não é suficiente quando não há elaboração da ideia dogmático penal, onde formula sobre questão técnica da formulação do crime. Mesmo que neste contexto não seja uma tarefa fácil, porque exige capacidade e arte jurídica de um jurista para evitar erro literal que pode violar os princípios constitucionais. Mesmo assim, é uma necessidade na sua formulação para fundamentar as ideias política criminal e mitigação constitucionais.

As ideias da formulação técnico da criminalização é a ideia de tipicidade que é considerada como uma técnica de formulação das normas penais. A formulação do crime de enriquecimento ilícito pode adoptar duas diferentes abordagens: Podem definir o comportamento proibido como uma omissão ou como uma acção. Dai que podemos verificar um comportamento dentro dos princípios da legalidade que estão previsto no artigo 34º. CRDTL e artigo 1º. CPTL²⁹. Portanto com este previsão sobre a legalidade podemos usar para analisar a discussão sobre a criminalização de enriquecimento ilícito entre MP, CAC e sociedade civil Timorense.

Durante a discussão observei que não há formulação clara sobre como é incriminar este delito. Mas a ideia geral que se pode tirar desta discussão é procurar os elementos que vão ser objeto de criminalização. Mas sabemos que o enriquecimento ilícito no contexto do crime de corrupção é um resultado de crime não é acto de crime. Portanto quando há incriminação de enriquecimento autonomamente violar os princípios constitucionais e penais. Por isso procura derivação com o crime antecedente, para que possa fazer restrição de direito e de garantia durante a fase de instrução probatorio. Portanto quando há desproporcional

²⁹ Marques da Silva, Germano, Direito penal Portugues Parte Gera II teoria do Crime, editoda Verbo, P.43

entre o rendimento declarado e rendimentos obtidos ao serviço do cargo ou da função.

Dai que o cidadão, funcionário ou político notificado para justificar essa discrepância. Como disse Marques da Silva “que defende a introdução na norma incriminadora de uma condição objectiva de punibilidade. Constatando-se que existe uma desproporção entre o enriquecimento verificado e os rendimentos lícitos conhecidos, bem como a desproporção com a declaração de rendimentos, será prudente que o MP ou a própria Administração Fiscal notifiquem o suspeito para vir corrigir a sua declaração, indicando a fonte lícita dos rendimentos não declarados”³⁰. Mas para saber o crime subjacente, além de corrigir o suspeito também justifica a origem deste rendimento. Mesmo que o declarante consiga justificar, mas deste acto do declarante é um acto que viola o dever de declaração.

Portanto, com este indício de crime baseando nos princípios da investigação, o tribunal ordena o M.P ou a autoridade polícia criminal para descobrirem a verdade material. A ideia é descobrir a verdade material sobre desproporcional do rendimento ou bens que foram declarados e a sua derivação de crime. Portanto, enriquecimento ilícito deve considerado como indício de crime. Como disse Pedro Caeiro, “a punição do enriquecimento ilícito assemelhar-se-ia a uma espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido”. Portanto, “a detenção de um património incongruente com os rendimentos lícitos do detentor, cuja origem se desconhece, constitui um indício da prática de crimes anteriores, que por isso devem ser investigados”³¹.

Portanto, cabe esta ideia o MP adquirir a competência de descobrir a verdade material para demonstrar a realidade dos factos de origem do crime³². Por fim o MP pode acusar um só tipo de crime dentro de crime organizado ou crime económico-financeira. como disse Germano Marques da Silva “o crime é uma unidade não uma soma de componente”³³.

³⁰ Apud Pedro Gomes Pereira, João, O Crime De Enriquecimento Ilícito — Os Problemas De Formulação, P.41-42, Germano Marques da Silva, “*Sobre a incriminação do...*” idem, pág. 56.

³¹ Ibidem, P.73

³² Marques da Silva, Germano, Curso de Processual Penal II, editora Verbo, P. 78

³³ Marques da Silva, Germano, Parte Geral II Teoria do Crime, editora de Verbo, P.11

Nesta situação nos outros ordenamentos jurídicos onde este crime já se encontra legislado, por exemplo no caso de França, Macau, Hong Kong e da legislação de países de America Latina com Argentina que verificamos a sua aplicação, em que o pedido de justificação é considerado um dever, como se fosse uma obrigação legal ou carga persuasiva, em que o funcionário público tem de provar a origem legal da sua riqueza.

No entanto, a falta de declaração ou viola dever de declaração os bens ou rendimento pode ser punido. Por outro, considera como “um dos elementos do tipo do crime deve ser a falta de declaração dos factos geradores da riqueza desproporcionada, em relação aos rendimentos obtidos ao serviço do cargo ou da função, ou dos declarados em cumprimento de um outro dever de declaração”³⁴.

Portanto a formulação técnica desta tipicidade é o funcionário ou político não conseguir justificar a origem lícita desses rendimentos, está a violar um dever declarar. Mas não se pode criminalizar imediatamente este ilicitude, mas pode-se considerar como um dos crimes desta norma. Porque, esta ilicitude é considerada como prova indirecta de um crime. Como Marques Silva disse que “pelo facto de o enriquecimento ilícito ser um crime autónomo, seria difícil conjugar, este crime com os crimes subjacentes, quando se prove que o enriquecimento teve por causa factos criminosos”³⁵.

Porém, a formulação das normas pode ser com a seguinte ideia: “Os obrigados à declaração nos termos da lei declaração e controlo público de rendimentos e interesse patrimonial e Controlo Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são considerados como

³⁴ Apud Pedro Gomes Pereira, João, O Crime De Enriquecimento Ilícito — Os Problemas De Formulação, P.33, Germano Marques da Silva, “*Sobre a Incriminação do...*”, pág. 53.

³⁵ Apud Malato Moura Guedes Machado, Rodrigo, Enriquecimento Ilícito, Universidade Autonoma de Lisboa P.71, “Seria muito estranho que o crime de enriquecimento ilícito fosse preconizado numa Convenção das Nações Unidas, se a sua consagração nos sistemas jurídicos particulares fosse incompatível com os princípios fundamentais do Direito Penal”. Nas palavras de Germano Marques da Silva — “Homenagem de Viseu a Jorge Figueiredo Dias”, p. 50.

suspeito nos termos do artigo 58º. CPPTL. Quando os indícios de crime são fortes o suspeito transforma-se imediatamente em ao arguido para prosseguir outra fase do processo nos termos do artigo 59º CPPTL.

Em fim, a operacionalização desta ideia é a necessidade da legislação sobre a declaração e controlo público de rendimentos e interesse patrimoniais e Controlo Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos. Por fim, todas estas legislações irão ser a medida de combate ao crime de corrupção e outros crimes organizado e económico-financeiros.

Conclusão

O crime de corrupção na sua evolução não é um crime isolado como definido no código penal Timorense mas já é um crime complexo que tem derivação com outra figura de crime. Uma das figuras de crime já considerado como uma da questão mundial no contexto crime de corrupção é o enriquecimento ilícito.

O enriquecimento ilícito é um crime nova na evolução do crime de corrupção, por isso, no discurso sobre corrupção nomeadamente, existem dois conceitos de enriquecimento ilícito ou enriquecimento injustificado. Por fim qual é o conceito que será mais certo para designado a elaboração desta ideia é “o crime de enriquecimento ilícito” não é “crime de enriquecimento injustificado”.

O enriquecimento ilícito é uma ideia nova, por isso, para compreender deve-se um horizonte holístico através das suas vertentes que deram origem ou a definição conceitual. Geralmente há diversas vertentes que defini âmbito deste crime que são vertentes Política e Financeira. Mesmo que assim não significa afastar ao âmbito das outras figuras do crime como branqueamento de capitais e lavagem de dinheiro.

Mas para esse crime ter a sua legalidade de acordo com o princípio da legalidade, o legislador deve tipificar uma legislação própria sobre corrupção. Importante é definir o bem jurídico tutelado a corrupção e o bem jurídico tutelado ao enriquecimento ilícito para que ter a sua legalidade. Portanto, falamos de crime, tipificação é importante para definir entre o facto de crime e o bem protegido.

O bem jurídico tutelado o enriquecimento ilícito é o mesmo bem jurídico tutelado a corrupção ou pode ser outra figura de crime. Por isso

a tipificação é importante. Mesmo que a questão micro prevenção de enriquecimento ilícito exija transparência e a idoneidade para proteger a integridade do Estado. Isso não é suficiente porque crime corrupção é um crime complexo tanto no seu agente como no próprio crime. O enriquecimento ilícito no crime de corrupção é sempre um crime praticado no exercício das funções pelo funcionário público ou político. Mais concretamente estas forma de enriquecimento ilícito operam no âmbito da administração pública direta e indireta. onde, o funcionário público ou político apropriam de forma ilegal de bens coletivos do Estado situados na administração estatal.

Por outro lado, o funcionário público ou político aproveita-se das funções que as normas constitucionais e outras normas lhes atribuem para desviar os bens do erário público. Já temos uma ideia de política criminal para criminalização do enriquecimento ilícito mas esta numa barreira constitucional e penal que deve mitigar antes de entrar na ideia do dogmático penal. A mitigação desta barreira pode ser através de restrição de direitos fundamentais através da reserva da lei restritiva para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegido. Por outro, pode solucionar este conflito, com o recurso do princípio da proporcionalidade.

Portanto, a ideia de formulação deve começar com a ideia que, o dever de declaração é obrigatório para todos os cidadãos, funcionarios e também políticos, quem não cumprir este dever poder ser punido. Mas não se pode punir com esse crime mas pode ser considerar como um dos crime deste lei. Porque, o enriquecimento ilícito no contexto do crime de corrupção é um resultado de crime, não é acto de crime. Por isso, procura derivação do crime antecedente, para que se possa fazer restrição de direito e de garantia durante do fase do processo da produção de prova.

No entanto, quando existe disproporcionalidade entre o rendimento declarado e rendimentos obtidos ao serviço do cargo ou da função. Dai que o MP ou a própria Administração Fiscal notifiquem o suspeito para vir corrigir a sua declaração, indicando a fonte lícita dos rendimentos não declarados. Porém a formulação das normas pode ser com a seguinte ideia: Os obrigados à declaração nos termos da lei da declaração e controlo público de rendimentos e interesse patrimonias e Controlo Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos “que, por si ou por

interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriores prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são considerados como suspeitos”.

Por fim, a legislação sobre a declaração e controlo publico de rendimentos e interesses patrimoniais e Controlo Público da Riqueza dos Titulares de Cargos Políticos vai ser uma medida de combate ao crime de corrupção e crime organizado ou economico-financeiros.

Bibliografia

- Convenção Das Nações Unidas Contra A Corrupção
Cristina De Sousa Bonfim Dias, Hália, O crime de corrupção no novo regime jurídico-penal são-tomense, Universidade Lusíada, 2014.
- Diaz Figueredo, Comentario conimbricense do codigo penal parte especial, tomo I, coimbra editora, 1999
- Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Gomes Canotilho, J.J, Almendina, reimpressão da 7ª edição, 2003.
- Gomes Pereira, João, O Crime De Enriquecimento Ilícito — Os Problemas De Formulação, Universidade Católica Portuguesa Faculdade De Direito Escola De Lisboa, Outubro de 2011.
- Justo Santos, A, Introdução ao estudo do Direito, Coimbra editora, 2006.
- Legitimação Do Crime De Enriquecimento Ilícito No Sistema Jurídico-Penal, Mariti Fernando Mucanda, Afonso, Universidade Autonoma de Lisboa, Julho de 2018.
- Malato Moura Guedes Machado, Rodrigo, Enriquecimento Ilícito, Universidade Autonoma de Lisboa, Julho 2018.
- Marina Verdial Pina, Cláudia, A Presunção De Inocência Nas Fases Preliminares Do Processo Penal : Tramitação E Actos Decisórios, Universidade Nova de Lisboa, Julho 2015
- Marques da Silva, Germano, Curso de Processual Penal II, editora Verbo, 2009

- Marques da Silva, Germano, Parte Geral II Teoria do Crime, 2ª edição, editora de Verbo, 2005.
- Pedro Matos Pinhal, João, Enriquecimento Ílicito, Universidade Autónoma de Lisboa, Janeiro 2014
- Rebello de Sousa, Marcelo, Direito administrativo geral Tomo I, Introdução e princípios fundamentais, D.Quixote, 2ª Edição, Novembro, 2006.
- Simas Santos, Manuel & Leal-Henrique, Manuel, Noções de Direito Penal, 5.ª edição, Editora Rei Dos Livros, 2016.
- Tatoli, Agência Noticiosa de Timor-Leste, KAK Loke investigasaun ba kazu indikasaun korrupsaun 40-resin <http://www.tatoli.tl/2019/04/kak-loke-investigasaun-ba-kazu-indikasaun-korrupsaun-40-resin/>

