

UNIVERSIDADE NACIONAL TIMOR LOROSA'E

Revista da Faculdade de Direito



COORDENAÇÃO

Isidoro Viana da Costa · Tomé Xavier Jerónimo
Pedro Marques da Silva

ANO I · NÚMERO I
2018



UNIVERSIDADE NACIONAL TIMOR LOROSÁ'E

Revista da Faculdade de Direito

Ano I · Número 1



2018

PERIODICIDADE

Anual

Número 1, Ano I, 2018

DIRECÇÃO/ COORDENAÇÃO

Isidoro Viana da Costa · Tomé Xavier Jerónimo · Pedro Marques da Silva

EDITOR

UNTL – Faculdade de Direito/ CIJE: Centro de Investigação Jurídico-Económica (Universidade de Porto)/Pedro Marques da Silva

CONSELHO CIENTÍFICO E DE REDACÇÃO

Isidoro Viana da Costa · Tomé Xavier Jerónimo · Júlio Crispim · Anastasia Murbani
Francisco Liberal Fernandes · José Aroso Linhares · Pedro Marques da Silva

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO

Alexandra Aragão, Angelito Ribeiro, Benjamim Corte-Real, Elsa Dias Oliveira, Francisco Guterres Lú-Olo, Francisco Liberal Fernandes, Graça Canto Moniz, Isabel da Costa Ferreira, Jorge Bacelar Gouveia, José Aroso Linhares, José Ramos-Horta, José Tomás Gonçalves, Júlio Anjos, Júlio Crispim, Manuel Trigo, Márcia Morikawa, Maria Paula Meneses, Maria Regina Redinha, Marisa Ramos Gonçalves, Michael Leach, Miguel Lemos, Mónica Jardim, Paulo Mota Pinto, Pedro Marques da Silva, Sara Araújo, Suzana Tavares da Silva, Tomé Xavier Jerónimo, Warren Wright, Wei Dan.

PROPRIEDADE

Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e

CAPA, DESIGN E EXECUÇÃO GRÁFICA

Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e /CIJE: Centro de Investigação Jurídico-Económica /Ana Paula Silva

IMPRESSÃO

Gráfica da UNTL

TIRAGEM

300 exemplares

ISSN: 2617-8281

Índice



Índice

Doutrina

A RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS COMPARADAS: TIMOR-LESTE E MOÇAMBIQUE 3

Francisco Guterres “Lú-Olo”

CIÊNCIA, TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO: UM NOVO PARADIGMA DECISÓRIO NO DIREITO AMBIENTAL..... 35

Alexandra Aragão

INCONSTITUCIONALIDADES TRIBUTÁRIAS E DIREITO DE RESISTÊNCIA 53

Angelito Ribeiro

O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA ORGANIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DE TIMOR-LESTE..... 65

Benjamim de Araújo e Corte-Real

BREVES NOTAS ACERCA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM TIMOR-LESTE. CONTRIBUTO ACERCA DA RESERVA DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL 83

Elsa Dias Oliveira

OIT: 100 ANOS DE ORGANIZAÇÃO E TRABALHO DIGNO..... 95

Francisco Liberal Fernandes . Maria Regina Redinha

TIMOR-LESTE NO CONSTITUCIONALISMO DE LÍNGUA PORTUGUESA..... 121

Jorge Bacelar Gouveia

PRINCÍPIOS E CASOS DIFÍCEIS..... 177

José Manuel Aroso Linhares

OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	207
<i>José Tomás Alves</i>	
BREVES PENSAMENTOS SOBRE O ART. 1.º DA CRDTL	217
<i>Mestre Pe. Júlio Crispim Ximenes Belo</i>	
SAIDA MAK DIREITU INTERNASIONAL UMANITARIU?	233
<i>Márcia Mieko Morikawa</i>	
“SÉ MAK TESI LIA? INTERLEGALIDADE E HIBRIDISMO DOS SISTEMAS DE JUSTIÇA EM TIMOR-LESTE.....	243
<i>Maria Paula Meneses, Marisa Ramos Gonçalves, Sara Araújo</i>	
O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS: UM CRIME PARA O SÉCULO XXI DE NASCIMENTO PREMATURO?	277
<i>Miguel Manero de Lemos</i>	
LOCAL ADMINISTRATION: A VIEW FROM VEMASSE.....	295
<i>Michael Leach</i>	
DA POTENCIAL IMPORTÂNCIA DO REGISTO PREDIAL PARA TI- MOR-LESTE.....	323
<i>Mónica Jardim</i>	
ÓNUS DA PROVA DA CULPA DO DEVEDOR QUE BENEFICIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO OU DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	347
<i>Paulo Mota Pinto</i>	
A REVOGAÇÃO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: UMA FIGURA IM- PERFEITA.....	379
<i>Ana Raquel Coxo</i>	
ALGUMAS NOTAS SOBRE OS REGIMES JURÍDICOS DO DIREITO ELEITORAL DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE TIMOR-LESTE.....	413
<i>Suzana Tavares da Silva</i>	

REMUNERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO SECTOR PRIVADO NO
ÂMBITO DO REGIME JURÍDICO TIMORENSE.....431

Tomé Xavier Jerónimo

IN THE MATTER OF A REVIEW TO DEVELOP THE QUALITY OF NA-
TIONAL LAW.....501

Warren Leslie Wright

Direito Comparado

DIREITO DE GREVE NO ORDENAMENTO COMUNITÁRIO 543

João Reis

APANÁGIO DO UNIDO DE FACTO SOBREVIVO NO DIREITO DE
MACAU579

Manuel Trigo

AS IMPLICAÇÕES EM PAÍSES TERCEIROS DO REGIME GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA UNIÃO EUROPEIA: A SUA EX-
TRATERRITORIALIDADE619

Graça Canto Moniz

BREVES NOTAS SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DAS PROVIDÊN-
CIAS CAUTELARES E A INVERSÃO DO CONTENCIOSO653

Júlio Miguel dos Anjos

O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLECTIVA NO DIREITO LABORAL DE
MACAU659

Wei Dan, Ângelo Patrício Rafael

Vida Académica

DEMOCRACIA, JUSTIÇA E ESTADO DE DIREITO675

José Ramos Horta

O LUGAR DOS DIREITOS HUMANOS NA RDTL: EM ESPECIAL, OS DIREITOS DAS MULHERES.....675

Isabel da Costa Ferreira

NOTA DE APRESENTAÇÃO

O surgimento da Faculdade de Direito em 2005, uma das últimas Faculdades a ser constituída e a juntar-se à oferta formativa da Universidade Nacional Timor Lorosa'e, era o epílogo frutuoso do diálogo entre a sociedade, e as suas necessidades, e a vontade de muitos timorenses: o ensino público do Direito, a formação de juristas de qualidade e o robustecimento de quadros qualificados num país ainda imberbe e que por isso tão precisa deles.

Desde o ano da sua fundação até ao estádio hodierno, a Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e, mais do que apenas germinar, saiu do dealbar mínimo de um tempo criador, de precárias condições, para ser, numa certeza indelével, polo centralizador da referência do ensino do Direito em Timor-Leste. Foi aqui, integralmente, com rigor e mérito, que se formaram Ministros de Estado e, hoje, S/ Exl.^a Francisco Guterres Lú-Olo, Presidente da República Democrática de Timor-Leste.

Não foram poucos os contributos inestimáveis e muitos são, por isso, os agradecimentos, alguns na forma de vénia. Institucionalmente, há a afirmação apodítica de que a Faculdade de Direito é fruto do trabalho dos anteriores Decanos dela, que no tempo em que assumiram funções, sempre abnegadamente, geriram a instituição com a visão holística que a fez dar passos, sempre, responsáveis. É justo lembrar os seus Decanos: Tomé Xavier Jerónimo, primeiro Decano da Faculdade de Direito, e Maria Ângela Guterres Viegas Carrascalão, a quem tive a honra, e a responsabilidade, de suceder. Para ambos, sempre, e na fase muito importante em que iniciam ou iniciarão os seus Doutoramentos, contam com um repositório permanentemente aberto para os seus esforços científicos. Contam com uma *casa de chegar*, a sua.

A publicação, agora em 2018, da Revista da Faculdade de Direito é mais um ligeiro contributo para o que há-de sobrevir na história institu-

cional do ensino do Direito em Timor-Leste mas, além portas — afinal é esse o sentido do universal —, é desejável que seja expressão do rigor e qualidade da produção científica pela Academia.

Escasseiam fontes bibliográficas de reconhecido e autorizado crivo científico, quase inexistentes que são os recursos físicos e reduzida que é a produção bibliográfica sobre Justiça em Timor-Leste. Para essa lacuna se tenta dar resposta. O desiderato, contudo, apenas foi exequível porque houve parcerias e contributos institucionais cujo abraço é razão de penhorada gratidão. Foi o caso dos professores das Faculdades de Direito das Universidades Portuguesas e da Faculdade de Direito da Universidade de Macau que se associaram neste número inaugural. É, a título pessoal, motivo de orgulho contar, numa primeira publicação da Faculdade de Direito, com eles e com alguns dos que são parte da família da Faculdade de Direito, todos sob o mesmo crivo rigoroso: Professores e Investigadores universitários.

Uma nota final de agradecimento é devida à Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), e ao Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE), muito em especial na pessoa do Professor Doutor Francisco Liberal Fernandes, que desde a primeira hora, mais do que participar, deu abertura pessoal à preparação editorial e à organização gráfica que, não existisse por ele, e não sairíamos do prelo, realizando-nos.

Para a comunidade científica e para a sociedade timorense fica a certeza de um repositório aberto e independente do acervo académico. Para todos, a promessa de não cessar um esforço ainda incipiente, que se deseja de vanguarda e sob o qual a qualidade será meta incessável de realização. Como se escuta, só permanece na frente aquele que está em constante movimento.

10 de Novembro de 2018

Isidoro Viana da Costa
Decano da Faculdade de Direito

A RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO. EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS COMPARADAS: TIMOR-LESTE E MOÇAMBIQUE

FRANCISCO GUTERRES “LÚ-OLO”

Presidente da República Democrática de Timor-Leste

* O texto reproduzido, ainda inédito, constitui a transcrição integral da monografia de licenciatura em Direito de S/Exl.^a Dr. Francisco Guterres Lú-Olo na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e, elaborada como pressuposto da conclusão daquele curso. Existia até hoje, fruto da fraca organização bibliotecária que em curtos momentos a terá marcado mas que se crê já corrigida e a contar agora, finalmente, com funcionários nacionais exemplares, apenas uma versão deste documento, não catalogada e emaranhadamente organizada. Reproduz-se agora esse documento, pela sua valia histórica e pela indelével qualidade jurídica, respeitando-se o texto original. Para que a sua publicação pudesse ter lugar foi requerida a S/Exl.^a autorização para a divulgação, deferida pelo Despacho da Casa Civil da Presidência da República com o n.º Ref.^a GCCC/240VIII/X/2018, de oito de Outubro de 2018. A Faculdade de Direito agradece por isso, penhoradamente, a colaboração prestada pelos serviços da Presidência da República.

Introdução

A presente monografia tem como objecto de estudo a análise do *Princípio do Estado de Direito Democrático* e o processo de recepção deste Princípio na história pré-constitucional de Timor-Leste e de Moçambique.

Partindo do tratamento científico-doutrinal que daquele Princípio tem sido feito e da consideração dos seus pressupostos materiais — a saber, a *constitucionalidade*, a *divisão e separação de poderes*, a *juridicidade*, o sis-

tema de direitos fundamentais e a soberania popular-, esta investigação visa determinar os antecedentes político-ideológicos que inspiraram a adopção do *Princípio do Estado de Direito Democrático*, nos dois países em apreço, e qual a sua configuração final e actual nas respectivas Constituições.

Capítulo I

Princípio do Estado de Direito Democrático

1. O Princípio do Estado de Direito Democrático

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL) comporta, na sua essência, o *Princípio do Estado de Direito Democrático*. Aparece consignado de forma expressa no artigo 1.º, vindo a densificar-se ao longo do seu corpus normativo, em vários sub-princípios de si caracterizadores. Estamos a referir-nos (i) ao *Princípio da Legalidade da Administração*, (ii) ao *Princípio da Segurança Jurídica e da Protecção da Confiança dos Cidadãos*, (iii) ao *Princípio da Proibição do Excesso (ou da Proporcionalidade)* e ao (iv) *Princípio da Protecção Jurídica e das Garantias Processuais*¹.

Tendo em conta o estudo que ora se propõe, são quatro os pressupostos materiais do Princípio do Estado de Direito² sobre os quais nos vamos debruçar: a *Constitucionalidade*, a *Divisão e Separação de Poderes*, a *Juridicidade*, a consideração de um sistema de *Direitos fundamentais* e a ideia da *Soberania Popular*. Por razões de sistematização, no que ao Princípio Democrático respeita, adiantamos que a sua análise será abreviada, vindo a inserir-se nas considerações que serão tecidas no âmbito da Soberania Popular³.

¹ Para um estudo mais profundo destes sub-princípios, remetemos o leitor para J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pág. 241 e ss; do autor, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

² GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pág. 243 ss; MARA SOFIA SILVA GONÇALVES, *Apontamentos de Direito Constitucional II*, Universidade Nacional de Timor-Leste — Fundação das Universidades Portuguesas, 1.º Ano Académico, Díli, 2009.

³ Um tratamento mais detalhado deste princípio encontra o leitor em GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pág. 283 e ss.

1.1. A Constitucionalidade

Um Estado que se afirma ser de *Direito* é necessariamente, e na sua concepção moderna⁴, um Estado Constitucional, ou seja, um Estado que tem por base (constituente) a Constituição. A Constituição, estabelece uma ordem jurídica fundamental que vincula todos os poderes públicos, vindo a dar à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos *medida e forma*, indicando as *formas de organização do Poder do Estado* e os *modos de exercício desse Poder* por parte dos titulares dos poderes públicos.

Nestes termos, a Constituição, encontrando fundamento de validade em si mesma — *auto-primazia normativa* —, é entendida como a *Lei Suprema, a Lei fundamental*, situada no topo da pirâmide da ordenação jurídico-normativa do Estado — *normae normarum*. Tal fenómeno explica a vinculação do legislador ordinário ao acervo normativo-constitucional e, assim, a garantia de que as leis devem ser feitas pelo *órgão*, segundo a *forma* e de acordo com o *procedimento* constitucionalmente previstos — aspectos *orgânico, formal e procedimental*. A Constituição é, pois, o parâmetro de validade formal e material dos actos normativos⁵.

1.2. Divisão e Separação de Poderes

Do Princípio do Estado de Direito Democrático extrai-se ainda o *Princípio da Divisão e Separação de Poderes*, assente nas ideias de limitação e responsabilidade no exercício das funções e das competências dos órgãos do Estado. Este sub-princípio, traduz-se na divisão e no controlo recíproco entre os órgãos dos poderes públicos, sendo a separação de poderes entendida como forma de organização e ordenação dos poderes públicos na tomada de decisões materialmente justas, de modo a garantir e a defender os direitos subjectivos dos cidadãos. O que se pretende,

⁴ MARCELLO CAETANO, *A Opinião Pública no Estado Moderno*, Livraria Petrony, 1965, pág. 45 e ss.

⁵ MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 1970.

na verdade, é evitar que os órgãos do Estado sejam assaltados por um poder totalitário e centralizado, assente no abuso e no arbítrio, nas mãos de uma única pessoa negando, por conseguinte, as liberdades e os direitos fundamentais dos cidadãos. Neste sentido, o Princípio da Separação de Poderes previsto nas Constituições dos Estados modernos baseia-se na ideia da participação activa dos cidadãos como elemento constituinte de um Estado de Direito Democrático.

1.3. A Juridicidade

Decorrência normal do que acabámos de descrever é a juridicidade quanto à forma e conteúdo dos actos dos poderes públicos, uma vez que “o Princípio do Estado de Direito Democrático é fundamentalmente um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do Estado”⁶. Daqui pressupõe-se a (necessária) conformidade dos actos do Estado com as regras e procedimentos prescritos, de forma a garantir a realização da justiça no âmbito de uma sociedade politicamente organizada. Contudo, o Direito não regula somente as relações entre os órgãos dos poderes públicos, mas também entre estes e os particulares de modo a que todos beneficiem das decisões do Estado na realização do Direito⁷.

1.4. Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais constituem uma das dimensões mais importantes do Estado de Direito Democrático, colocando o Homem no centro de todo o direito. A sua principal função consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado, tendo sido traduzidos de uma forma muito diferente ao longo dos

⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., pág. 255.

⁷ Reflexão sobre a temática encontra o leitor eu PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2007.

tempos⁸. É inegável a existência de direitos naturais do Homem; contudo, estes direitos não tiveram a mesma interpretação ao longo dos tempos, tendo o seu processo de maturação passado por longas batalhas entre o Rei e súbditos para, finalmente, passar a ser inscrito em documentos oficiais sob a forma de Constituição, conferindo fundamento e justificação do Estado⁹.

1.5. O Princípio da Soberania Popular

A CRDTL consagra nos artigos 1.º, e 2.º, n.º 1, 2, e 3 o princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, fundado na ideia de *Soberania Popular*. Ora, o domínio do homem pelo homem tem de ter uma justificação, isto é, precisa de ser *legitimado*. A consagração da Soberania Popular vem, por isso, autorizar ou legitimar o Governo de uns homens (representantes) sobre outros (representados).

A legitimação do domínio do Poder Político só pode derivar do Próprio Povo. O Povo é, ele próprio, o titular da soberania e referência da legitimação do exercício dessa mesma soberania. Ela deriva do Povo e serve o Povo. Com efeito, a soberania popular só existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelo princípio da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, da organização plural de interesses e procedimentalmente dotada de instrumentos que permitam e garantam a operacionalidade prática deste princípio¹⁰. É a Constituição, pois, quem dá legitimidade aos actos e procedimentos aí previstos para a organização do exercício da democracia, sob a égide do princípio da soberania popular.

⁸ A concepção dos direitos fundamentais já havia sido inspirada no tempo dos romanos em que se reservava ao indivíduo um espaço de liberdade de fé sem serem garantidos, no âmbito da comunidade, outros Direitos Subjectivos perante o Estado. A este propósito veja-se o *Édito da Tolerância de Milão*. Para um estudo mais aprofundado sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pág. 248 e ss.

⁹ ELIAS DIAZ, *Estado de Direito e Sociedade Democrática*, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1969, pág. 49 e ss.

¹⁰ É o que vem previsto nos artigos 62.º a 65.º da Constituição da RDTL.

Outra importante dimensão tem que ver com o Princípio da representação popular, previsto no artigo 92.º da CRDTL¹¹, que define o Parlamento Nacional como órgão de Soberania e representativo de todos os cidadãos timorenses com poderes legislativo, de fiscalização e de decisão política. Aqui reside precisamente o fundamento da representação democrática, que significa autorização dada pelo Povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela constituição, para praticar os actos em nome do Povo. Esta é uma representação assente na vontade do Povo que pressupõem a ideia de Povo formado por cidadãos iguais, livres e independentes. À delegação de vontade do Povo a um órgão para exercer o Poder Político dá-se o nome de *representação democrática formal* pois prevista na Constituição. Nestes termos, só os actos praticados pelo Parlamento, enquanto órgão, têm legitimidade, não o acto isolado de um Deputado ao Parlamento. Não basta, por isso, uma *representação democrática formal*: é ainda necessária e fundamental uma *representação democrática material* assente no conteúdo dos actos dos seus representantes, que devem ser orientados exclusivamente para servir os interesses do Povo que representam. Se o Parlamento aprova uma lei que viola esses interesses, embora passe por um procedimento formalmente válido, não tem sentido valorativo porque não corresponde os verdadeiros anseios e aspirações do Povo. O povo tem, por isso, de se rever, identificar e reencontrar nos actos dos seus representantes para que aquele saiba reencontrar a sua própria imagem no espelho da sua representação.

Ademais, a consagração constitucional do Princípio da soberania popular na CRDTL traz consigo a obrigação de os poderes públicos tratarem igualmente e sem discriminação cada membro do Povo timorense que tem o direito a participar activamente nos destinos políticos do seu país. Por outro lado, a democracia só será efectiva se ao Povo timorense for garantido o direito à liberdade para decidir, corrigir e rever os actos dos poderes públicos através de instrumentos jurídicos constitucionais, tais como o direito de sufrágio, o direito a apresentar petições, o direito

¹¹ Sobre esta matéria, e para uma análise interpretativa da CRDTL, vide PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Direitos Humanos — Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011.

à manifestação, o direito a apresentar reclamações, entre muitos outros¹².

Capítulo II

Timor-Leste e Moçambique: o caminho para o Estado Constitucionalidade

§ 1.º

Timor-Leste: os primeiros passos

1. Introdução

O povo de Timor-Leste durante muitos anos lutou pela sua independência contra a invasão indonésia no seu território. Sendo a Independência Nacional o objectivo principal, necessário era reunir forças e ideias. Foi assim lançada uma plataforma de unidade pela FRETILIN que fora aceite pelo partido UDT (União Democrática Timorense), plataforma, essa, que teve uma duração efémera dadas as propagandas anti-comunistas que desde então a indonésia lançava para dividir os timorenses. Com efeito, tal unidade quebrou-se. A indonésia aproveitou essa fraqueza timorense e invadiu o país a 7 de Dezembro de 1975. Porém, antes dessa data já haviam sido realizadas incursões das forças militares indonésias na fronteira, o que, de facto, perturbou o processo de descolonização que Portugal, enquanto potência administradora do território

¹² Este aspecto vem fundamentar a resposta a uma questão levantada por alguns autores: a questão de saber quem pode aceder ao conhecimento das questões públicas e dos problemas políticos? Só os sábios, os melhores preparados ou, ao invés, toda a sociedade? Neste âmbito, lembremos a feliz expressão de ROBERT DAHL, *On Democracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1998, pág. 75, citado por LÚCIA AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra editora, 2005: “*Como ninguém está em condições de decidir quem é que pode aceder ao conhecimento ou à compreensão das questões públicas, perante a dúvida, conclui-se que todos têm, à partida, igual capacidade da saber, e, portanto, igual direito a participar nos processos de decisão*”. Esta expressão vem de encontro às considerações tecidas a propósito do Princípio da Soberania Popular que a Constituição da RDTL consagra, fazendo parte das Constituições democráticas contemporâneas, de onde derivam a legitimidade e a legitimação da autoridade pública do Estado. Cfr. MARA SOFIA SILVA GONÇALVES, *O Amadurecimento Político-Institucional do Processo de Descentralização em Timor-Leste*, Actas das Jornadas Comemorativas da Conclusão do Primeiro Curso de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e, Fundação das Universidades Portuguesas, 2010, pág. 2 e ss.

de Timor-Leste. A guerra contra tal invasão, na forma de resistência armada, era o único recurso que restava ao povo *Maubere* para assim procurar encontrar a solução para o conflito. Porém, a FRETILIN foi o único partido a resistir à invasão, uma vez que as restantes opções político-partidárias convergiram a favor da integração de Timor-Leste na Indonésia, entendendo-o como um facto consumado, facto que no entanto nunca foi reconhecido nem por Portugal, nem pelas Nações Unidas. Por essa altura a questão de Timor-Leste era entregue à Organização das Nações Unidas, figurando a sua agenda, desde então, como uma questão internacional. Foi neste contexto que a FRETILIN declarou e assumiu ser a única e legítima representante do povo de Timor-Leste, vindo a organizar resistência contra a ocupação ilegal e a definir estratégias políticas e militares para, não só pôr fim à guerra mas, sobretudo, vencê-la.

A Unidade Nacional preconizada pela FRETILIN em 1987 enquadrava-se na estratégia de solução política do conflito. Essa mesma política de Unidade Nacional só veio a concretizar-se em 1998 com a criação de um órgão denominado Conselho Nacional da Resistência Timorense (CNRT), órgão, este, altamente suprapartidário, que reunia várias forças políticas e sociais de Timor-Leste e que tinha como intuito a luta conjunta no sentido de libertar o país do subjugado indonésio.

Esta Unidade Nacional viria a configurar e a denunciar os primeiros passos do pensamento político que levaria, afinal, à criação de um Estado de Direito Democrático num Timor-Leste independente. A corajosa e heroica luta da FRETILIN conferiu-lhe legitimidade para criar o Estado, mas ela própria, a FRETILIN, precisava de uma outra legitimidade, a legitimidade democrática expressa pelo Povo através das eleições livres e democráticas para criar e governar um Timor-Leste independente.

Foi a acção inequívoca da FRETILIN que, impulsionando e fomentando os ideais de uma desejável democracia pluralista em Timor-Leste, acabaria por dar legitimidade ao Povo timorense para erguer a sua Constituição e, bem assim, a legitimar a criação e funcionamento (vinculado) do Estado enquanto autoridade pública. Assim, o Estado que viria a formar-se não poderia deixar de ser outro senão um Estado constitucional legítimo e legitimado, submetido à Lei Fundamental que o criara. A Constituição aprovada pela Assembleia Constituinte eleita em 2001 deu corpo, por fim, ao desejo timorense: os direitos e liberdades fundamen-

tais reconhecidos aos cidadãos conferiram-lhe a substância máxima; a liberdade de consciência e de credo deram-lhe o carácter necessário para se afirmar como Povo; e a própria organização do poder político que estabeleceu, assente em rígidos princípios estruturantes — entre eles e principalmente, o sólido alicerce trazido pela consagração do Princípio do Estado de Direito Democrático — dava a garantia máxima de que o poder político supremo reside, afinal e tão só, no Povo Timorense. Tudo estava em concordância, pois, com o pensamento inspirador da luta dos timorenses pela sua independência.

Atendendo aos momentos conjunturais de Timor-Leste, e de modo a estabelecer posteriormente a comparação com a também peculiar situação de Moçambique, passaremos agora a uma abordagem da legitimidade dos órgãos constituídos, sobre os quais as realidades específicas dos países em apreço souberam imprimir neles o devido sentido valorativo.

2. Os primeiros passos na recepção do Estado de Direito Democrático

A recepção do Princípio do Estado de Direito Democrático no ordenamento jurídico timorense é o passo mais decisivo na construção do seu Estado. A subordinação do Estado à Constituição e às leis é, desde logo, o corolário lógico da sua afirmação como Estado soberano — interna e externamente — e assim, livre e independente. Aliás, e tal como referido previamente, o princípio desdobra-se em outros grandes princípios orientadores e simultaneamente ordenadores do tecido social timorense para o dever ser. A recepção deste Princípio na ordem jurídica timorense foi pensada e reflecte o querer de todo um Povo que conquistou a sua independência. O Princípio do Estado de Direito Democrático é, por isso, o garante da paz, na construção democrática do Estado.

§ 2.º A gênese das Constituições

A. Timor-Leste

1. Introdução

A recepção do Princípio do Estado de Direito Democrático na Constituição de Timor-Leste foi feita de forma imediata e consensual, como vimos. Razões várias explicaram este processo: desde logo, a Unidade Nacional dos timorenses só poderia ser garantida se existisse um sistema pluralista de expressão e de organização; depois, porque a ruptura total com a administração indonésia determinou a necessidade da criação de leis estruturantes de forma a organizar o poder político¹³; por outro lado, porque os timorenses desejavam a paz e a estabilidade, longe de qualquer interferência da Indonésia. Condição indispensável para o desenvolvimento do país; ainda, devido à localização geográfica de Timor-Leste, que implicava a necessidade de criação de um sistema de economia de mercado; por último, para evitar que indivíduo, grupo de indivíduos e organizações se instaurassem ou se autoproclamem legítimos para governar o país. Tudo isto explica o sentimento do Povo no momento em que criou a Constituição e, com ele, o sistema democrático timorense e os seus honrosos valores, o núcleo duro do seu Estado de Direito¹⁴.

¹³ A não ser que a Indonésia aceitasse a forma transitória de Governo, de acordo com a Convenção de 5 de Maio de 1998, assinada por Portugal, Indonésia e ONU, em Nova Iorque — se bem que nesta hipótese seria extremamente difícil dar continuidade a uma administração (Indonésia) que havia sofrido um tremendo colapso.

¹⁴ A descontinuidade de uma cultura institucional em Timor-Leste provocada pela invasão e administração indonésia teve as suas consequências, não obstante os esforços dos timorenses para suprir e obviar essa situação. À FRETILIN, partido que ganhou as eleições gerais em 2001, coube essa nobre missão: lançar as primeiras bases de construção de um Estado de Direito Democrático, criar leis estruturantes da organização do poder político, organizar uma Administração Pública que respondesse de forma célere às necessidades primárias, definir as prioridades e programá-las no con-

A Assembleia Constituinte de Timor-Leste eleita em 2001 foi a expressão inequívoca da vontade do Povo timorense que lhe conferiu poderes para redigir e aprovar uma Constituição. As eleições foram organizadas directamente pela UNTAET com base no seu Regulamento n.º 2001/2, de 26 de Fevereiro, que conferia igualmente poderes de decisão àquele órgão para se transformar em Parlamento Nacional de Timor-Leste após a aprovação da Constituição¹⁵.

A representação da vontade popular no momento constituinte — *soberania do povo*, detentor do *poder político supremo* — surgiu dos votos obtidos por cada formação política partidária que concorreu para as eleições. Como resultado, doze partidos políticos tiveram assentos expressos na Assembleia Constituinte. O número de deputados de cada partido correspondia ao total dos votos obtido por cada um dos partidos concorrentes nas eleições, totalizando, assim, oitenta e oito deputados constituintes.

2. Eleições Gerais para a Assembleia Constituinte de 2001

A Assembleia Constituinte, composta por oitenta e oito deputados, foi eleita por sufrágio universal directo, em 30 de Agosto de 2001. A eleição da Assembleia Constituinte desdobrou-se num Círculo Eleitoral Nacional para eleição de setenta e cinco mandatários nacionais e em vários Círculos Eleitorais Distritais para eleger treze mandatários dos treze Distritos. Participam nesses dois níveis de eleição os vários partidos políticos nacionais, entre os quais a FRETILIN, e também cidadãos independentes. A lei eleitoral na qual se baseou para a designação dos seus membros¹⁶ optou por escolher um sistema misto que combinava um círculo eleitoral nacional com setenta e cinco deputados eleitos por um método de representação proporcional baseado numa fórmula específica

texto de um Planeamento Nacional de Desenvolvimento que por todos havia sido aceite (incluindo pela Igreja Católica e outras confissões religiosas), buscar e a criar receitas tributárias próprias (aqui incluídas, e principalmente, as receitas provenientes da exploração do petróleo do mar de Timor-Leste), que gerassem os melhores frutos para responder àquelas necessidades, defender a soberania nacional e promover a democracia, entre muitas outras.

¹⁵ Artigo 2.º, n.º 6 do Regulamento n.º 2001/2, de 26 de Fevereiro.

¹⁶ Regulamento da UNTAET n.º 2/2001, de 26 de Fevereiro.

— chamados “representantes nacionais” — e treze círculos distritais uninominais, elegendo um deputado por cada distrito administrativo, de acordo com um sistema maioritário *the first past the post* — denominados “representantes distritais”. Todos os candidatos, porém, concorreram em qualquer dos tipos de círculos, incluídos em listas partidárias ou na qualidade de independentes¹⁷.

À Assembleia Constituinte precedeu a missão das Nações Unidas que se desdobrou em duas fases distintas: a primeira correspondente à consulta popular realizada a 30 de Agosto de 1999, mediante a qual as Nações Unidas se envolveram directamente dando cumprimento ao acordo de 5 de Maio estabelecido em Nova Iorque entre Portugal, Indonésia e sob os auspícios do Secretário-Geral. O processo foi liderado por Ian Martin em representação do Secretário-Geral das Nações Unidas ao abrigo da Resolução do Conselho de Segurança n.º 1246, missão, essa, designada por *United Nation Mission in East Timor* (UNAMET).

Anunciado que foi o resultado dessa consulta em 4 de Setembro de 1999, do qual 78,5% dos votos foram no sentido da independência de Timor-Leste, a Indonésia reagiu de forma não pacífica, tendo daqui resultado a morte de muitos timorenses e a destruição quase total das infra-estruturas criadas durante a ocupação indonésia. A fim de dar cobro a esta situação, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a Resolução n.º 1264, sobre o envio de uma força multinacional liderada pela Austrália. Designada por INTERFET, que só entrou em vigor em 20 de Setembro de 1999, já depois da violência ter sido consumada pelas tropas Indonésias e milícias armadas.

¹⁷ A FRETILIN obteve quarenta e três assentos nacionais e doze assentos distritais. A nível distrital, apenas no Oecusse se registou um mandato ganho por um candidato independente. Assim, no total, a FRETILIN conquistou cinquenta e cinco lugares, tendo os restantes sido repartidos pelas diferentes listas, da seguinte forma: Partido Democrático (PD), sete (7); Partido Social Democrata (PSD), seis (6); Associação Social-Democrata Timorense (ASDT), seis (6); União Democrática Timorense (UDT), dois (2); Partido Nacionalista Timorense (PNT), dois (2); Klibur Oan Timor Asuwain (KOTA), dois (2); Partido do Povo de Timor (PPT), dois (2); Partido Democrata Cristão (PDC), dois (2); Partido Socialista de Timor (PST), dois (1); Partido Liberal (PL), um (1); União Democrata Cristã (UDC), um (1); Deputados Distritais Independentes (Sr. António da Costa Lelan), um (1).

A segunda missão corresponde à administração transitória da ONU em Timor-Leste, estabelecida pela Resolução do Conselho de Segurança da ONU n.º 1272, à qual foi dada a denominação *United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET) e que teve início em 25 de Outubro de 1999.

Como representante dessa missão foi nomeado Sérgio Vieira de Melo, que detinha todos os poderes, exercidos sob o comando de regulamentos, directivas e ordens executivas. Este mandato duraria até à criação das condições indispensáveis para a eleição dos órgãos de soberania nacionais que governariam o país.

A Administração Transitória, centrada numa única pessoa, veio mais tarde a ser apoiada por um Governo Provisório, composto por timorenses e sob a forma de um Gabinete de Transição. No entanto, os seus membros não detinham competências para tomar decisões que vinculassem a Administração Transitória.

Foram igualmente criados dois órgãos nacionais, designadamente, o Conselho Consultivo Nacional¹⁸ e o Conselho Nacional¹⁹. O primeiro era um órgão consultivo da Administração Transitória, presidido pelo Administrador Transitório e tinha funções de assessoria, apenas dava recomendações sobre matérias da competência do Administrador Transitório²⁰. A ideia subjacente à criação do órgão era incluir os timorenses na Administração Transitória e, assim, incrementar a participação dos mesmos na tomada de decisões num órgão que se assumia como *quase* parlamentar. O segundo, o Conselho Nacional, órgão sucedâneo do primeiro, foi presidido por Kay Rala Xanana Gusmão em 23 de Outubro de 2000, tendo este resignado ao mandato em 28 de Março de 2001 e, assim, substituído por Manuel Carrascalão. Este órgão era composto por trinta e seis membros e detinha competências diferentes daquelas que possuía o Conselho Consultivo, nomeadamente, o poder de criar e aprovar Regulamentos da UNTAET e competência para propor as alterações

¹⁸ Regulamento da UNTAET n.º 2/1999.

¹⁹ Regulamento da UNTAET n.º 24/2000, de 14 de Julho.

²⁰ Este órgão era composto por quinze membros nomeados pelo próprio Administrador Transitório, onze em representação das principais correntes de opinião, grupos políticos e representação de confissões religiosas e sete membros do Conselho Nacional da Resistência Timorense (CNRT) presidido por Kay Rala Xanana Gusmão.

necessárias a esses Regulamentos. Apesar de tudo, na prática as suas decisões também não eram vinculativas para o Administrador Transitório. Este órgão termina o seu mandato em 14 de Julho de 2001, dando então lugar ao embrião do órgão legislativo composto por timorenses que haveria de nascer em 30 de Agosto de 2001: a Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal, directo e secreto.

3. O mandato da Assembleia Constituinte

A Assembleia Constituinte, de acordo com os poderes com os quais foi investida, tinha como competência elaborar e aprovar uma Constituição para a ação timorense que, assim, iria emergir como Estado. Tinha ainda competência para aprovar ou modificar os projectos de Regulamento da UNTAET que fossem submetidos para apreciação do II Governo de Transição, que entretanto continuou as suas funções até 19 de Maio de 2002. De acordo com este mandato, a Assembleia Constituinte iniciou os seus trabalhos em 15 de Setembro de 2001 e terminou em 22 de Março de 2002, com a aprovação da Constituição da República Democrática de Timor-Leste²¹.

Assim, tendo em vista os objectivos da Assembleia Constituinte, foram criadas várias Comissões temáticas²², cada uma delas voltada para

²¹ No início dos seus trabalhos este órgão aprovou ainda o seu Regimento Interno, pelo qual pautou e orientou os seus trabalhos.

²² As Comissões temáticas criadas ao abrigo do Regimento da Assembleia Constituinte foram as seguintes:

1. A Comissão Temática I, criada para discutir e aprovar as propostas relativas aos grupos de matérias respeitantes às partes II e V da referida estrutura sistemática; as matérias específicas foram: Parte II — Direitos, Deveres e Liberdades Fundamentais; Título I — Princípios Gerais; Título II — Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais; Título III — Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais; Parte V — Defesa e Segurança Nacionais. Esta Comissão foi presidida pelos deputados Paulo Assis Belo (PD), como Presidente, Adalgisa Soares Ximenes (FRETILIN), como secretária, e Vicente Soares Faria (FRETILIN), como Relator;

2. A Comissão Temática II, virada para as matérias respeitantes à Organização do Poder Político. Título (...) Presidente da República. Capítulo I — estrutura, Eleição e Nomeação. Capítulo II — Competências. Capítulo III — Conselho de Estado. Título (...) Governo. Capítulo I — Estrutura, Eleição e Nomeação. Capítulo II — For-

uma ou duas partes dos assuntos constitucionais constantes dos projetos de Constituição apresentados pela FRETILIN, pelo PSD, pelo KOTA²³, pela UDT, pelo PPT, todos subscritos pelos deputados das respectivas bancadas e por outros deputados apoiantes dos respectivos projectos. Em obediência ao Regimento interno da Assembleia Constituinte, foi ainda aprovada, em sessão plenária, uma estrutura sistemática da Constituição na qual se iria enquadrar a formatação das ideias nos três projectos apresentados. É de realçar igualmente que duas outras Comissões foram criadas ao abrigo do regimento da Assembleia Constituinte: a Co-

mação e Responsabilidade. Capítulo III — Competências. Note-se que esta Comissão discutiu e aprovou também os títulos concernentes aos Princípios Gerais, ao Parlamento Nacional e ao Poder Judicial. Foram igualmente aprovados dois outros artigos sobre as Regiões Administrativas e o Poder Local. A Comissão foi presidida pelo deputado Jacob Fernandes, como Presidente, e por um Secretário e um Relator:

3. A Comissão Temática III discutiu e aprovou a Temática da Organização Económica e Financeira com os seguintes títulos: Título I — Princípios Gerais; Título II — Solos; Título II — Sistema Financeiro e Fiscal. Esses títulos foram desagregados em vários artigos e sistematizados dentro da estrutura sistemática da Constituição que inicialmente a Assembleia Constituinte aprovara. Isso, porém, não prejudicou as propostas dos deputados admitidas para os debates tidos nas reuniões de trabalho da Comissão, bem como as provenientes de outras entidades ou organizações durante as audiências públicas organizadas pela Comissão. A Comissão foi presidida pelos deputados Manuel Tilman (KOTA), como Presidente, Maria Genoveva Martins (FRETILIN), como Secretária, e Francisco Carlos Soares (FRETILIN), como Relator;

4. A Comissão Temática IV teve como tópicos centrais para discussão e aprovação os seguintes: os Princípios Fundamentais, as Garantias, Fiscalização e Revisão da Constituição; Disposições Finais e Transitórias provenientes dos projectos de Constituição dos partidos FRETILIN, KOTA, PSD, UDT, PPT, PD. Lembre-se que os partidos ADST e PDC subscreveram a proposta da FRETILIN. A Comissão foi presidida pelos deputados Francisco Xavier do Amaral (ASDT), como Presidente, coadjuvado pelos deputados Francisco Miranda Branco (FRETILIN), como Relator, e Eusébio Guterres (PD), como Secretário.

Em bom rigor pode-se dizer que estas quatro Comissões Temáticas, com os deputados de todos os partidos políticos devidamente representados, debateram e aprovaram as propostas iniciais da feitura de uma nova Constituição para Timor-Leste Independente.

²³ Klibur Oan Timor Asuain, que preconizava um sistema monárquico para Timor-Leste, reflectido no seu anteprojecto constitucional.

*missão Legislativa Especializada*²⁴ e a *Comissão de Harmonização*²⁵. É importante salientar ainda que os partidos políticos com menos deputados participaram nos debates de todas as Comissões, facultando-lhes oportunidade de se manifestarem nos momentos de decisão e aprovação das várias temáticas. Face à natureza do mandato ninguém foi excluído. É por este motivo que falamos em *representação proporcional*.

Resumindo, podemos dizer que a ONU cumpriu uma missão especial em Timor-Leste, particularmente com base no acordo de 5 de Maio entre esta Organização, Portugal e a Indonésia para organizar a Consulta Popular, liderada por Ian Martin, representante do Secretário-Geral da ONU, que culminou no referendo realizado em 30 de Agosto de 1999. Foi um acto internacional que reconheceu a idoneidade do povo de Timor-Leste. Este acto reflecte, pois, a confirmação da independência proclamada pela FRETILIN em 28 de Novembro de 1975. É também a consequência lógica da estratégia de solução negociada do conflito, preconizada pela FRETILIN em 1987 — ideia esboçada desde 1983 — nas montanhas de Timor-Leste por Kay Rala Xanana Gusmão, Comandante das FALINTIL e líder da FRETILIN na Resistência Armada; por esta altura, as propostas de solução desta natureza foram enviadas ao Secretário-Geral das Nações Unidas, às entidades portuguesas competentes e ao Presidente Suharto, na Indonésia, que, pura e simplesmente, optou pela sua rejeição.

²⁴ A Comissão Legislativa Especializada foi criada em consequência da imposição legal para apreciar os projectos de Regulamento provenientes do I Governo da UNTAET, nos termos da Resolução do Conselho Nacional, que entretanto fora dissolvido. Além disso, tinha também competências para apreciar, decidir e aprovar as propostas legislativas apresentadas pelo Administrador Transitório ao II Governo de Transição da UNTAET, o qual permaneceu em plenas funções até 19 de Maio de 2002, como referido.

²⁵ A *Comissão de Harmonização*, criada com base no Regimento da Assembleia Constituinte, com competências para sistematizar e harmonizar as várias matérias da Constituição aprovadas pelas quatro Comissões Técnicas, incluindo as propostas, pareceres ou aditamentos dos deputados, das entidades ou organizações apresentadas durante as audiências públicas realizadas pelas respectivas Comissões. A *Comissão de Harmonização*, depois de analisar e harmonizar os textos parciais aprovados pelas Comissões Temáticas, apresenta à Mesa da Assembleia Constituinte um texto único, devidamente ordenado, de modo a ser discutido e aprovado em sessões plenárias previamente calendarizadas, no âmbito do programa geral das suas actividades.

A desvinculação de Kay Rala Xanana Gusmão da FRETILIN e o apartidarismo das FALINTIL na Resistência Armada tornaram possível a concretização desta solução, não negando a existência da FRETILIN, que se tornou numa verdadeira componente da Luta Armada nas montanhas de Timor-Leste, liderada por Nino Konis Santana²⁶, Secretário da Comissão Directiva da FRETILIN e Chefe do Conselho de Luta após a captura do Kay Rala Xanana Gusmão, pelas tropas indonésias, em 1992.

No entanto, a violência perpetrada pelas forças indonésias que se seguiu ao anúncio dos resultados do Referendo, representou a violação mais flagrante do acordo de vontades manifestadas por Portugal, pela Indonésia e pela ONU em Nova Iorque, constituindo, portanto, uma manifesta violação dos princípios e regras do Direito Internacional, internacionalmente aceites pela comunidade. A Resolução n.º 1264 do Conselho de Segurança da ONU deu cobro a esta situação violenta que ocorreu, tendo sido enviada uma força multinacional liderada pela Austrália. Logo após esta fase, teve início em 25 de Outubro de 1999, ao abrigo da Resolução n.º 1272, 1999, do Conselho de Segurança da ONU, a Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste. Sérgio Vieira de Melo assumiu o cargo de Administrador do Governo de Transição em representação do Secretário-Geral da ONU, com plenos poderes centralizados²⁷. Face a esta natureza de Governo centralizado os timorenses exigiram o alargamento do âmbito da governação, pedido que foi aceite pelas Nações Unidas. Foram criados, então, dois órgãos nacionais: o Conselho Consultivo Nacional e o Conselho Nacional. No entanto, as decisões destes órgãos não eram vinculativas relativamente ao Administrador do Governo de Transição.

Após este período, formou-se o II Governo de Transição com a participação dos Timorenses, tendo como Primeiro-Ministro Mari Alkatiri. Porém, este Governo dependia de um poder legislativo exercido pelo Administrador Transitório. O Governo assim configurado administrou o território entre 14 de Setembro de 2001 e 19 de Maio de 2002, substituindo, assim, o I Governo de Transição que iniciara o seu mandato em 14 de Julho de 2000.

²⁶ Cfr. JOSÉ MATTOSO, *A Dignidade. Konis Santana e a Resistência Timorense*, Temas e Debates, Lisboa, 2005.

²⁷ Conferidos pelo Regulamento da UNTAET n.º 1/1999, de 27 de Novembro.

A Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal, directo e secreto em 30 de Agosto de 2001 foi o órgão investido, com plenos poderes, para produzir e aprovar a primeira Constituição da República Democrática de Timor-Leste. Tal como referido, as propostas de Constituição foram apresentadas pelos Partidos Políticos que as subscreveram sob formas de “Projectos de Constituição”. Estes foram admitidos pela Assembleia Constituinte, baixando para debate nas Comissões Temáticas, então criadas na base do Regimento Interno da Assembleia Constituinte. Discutidos e aprovados que foram os projectos pelas referidas Comissões, estas apresentaram os seus relatórios finais à Mesa da Assembleia Constituinte que, por sua vez, baixa-a à Comissão de Harmonização para inserir e arrumar as temáticas dentro da “Estrutura Sistemática da Constituição”, erguendo, assim um único Projecto da Constituição para o debate e aprovação da Assembleia Constituinte em sessões plenárias.

De destacar foi o facto de a Assembleia Constituinte ter aprovado o Projecto único da Constituição numa primeira votação final, tendo este ainda sido submetido à apreciação do Povo através dos Deputados Constituintes que, para esse efeito, se deslocaram aos treze Distritos para recolher, efectivamente, várias opiniões, críticas, sugestões e emendas relativamente ao Projecto. Estas foram alvo de nova discussão e consideração, às quais se seguiu a aprovação final e global em última sessão plenária da Assembleia Constituinte.

Deste modo, também o Povo de Timor-Leste participou na feitura da Constituição, embora a Assembleia Constituinte fosse o único órgão competente, legítimo e com plenos poderes para redigir e a aprovar. Deste modo fez-se a recepção do Princípio do Estado de Direito Democrático em Timor-Leste, aceite por todos os timorenses pela forma da sua participação na elaboração da Constituição. Em Moçambique, porém, tal ocorreu de modo bastante diferente, como vamos analisar seguidamente.

B. Moçambique

1. A formação do Direito em Moçambique

Uma abordagem sobre a formação do Direito em Moçambique leva-nos a considerar que este país conheceu um sistema jurídico de fonte consuetudinária, existente muito antes da colonização portuguesa. Foi também o que aconteceu por toda a África antes da ocupação árabe. Em sede de direito comparado, muitos autores atestam essa convicção: até aos nossos dias as normas de fonte consuetudinária ainda são aplicadas pelas comunidades tradicionais e rurais, elas mesmas produtoras de tais normas. Dado ser a África um continente constituído por vários povos é óbvio que não se verifica homogeneidade nessas normas. Cada comunidade possui as suas próprias regras de acordo com a cultura dos povos daquele continente, as saber, profundamente enraizada no sentimento religioso. Assim, a valorização dessas normas parte da concepção filosófico-religiosa da vida das comunidades, sendo transmitidas oralmente pelas gerações ao longo dos anos.

2. A justaposição dos sistemas tradicionais nos sistemas jurídicos coloniais

A colonização europeia nos territórios africanos deixou indeléveis marcas nas suas civilizações, particularmente reflectidas nos seus sistemas jurídicos, tenham sido elas influências oriundas dos sistemas francês, inglês, português ou romano-holandês. Contudo, antes disto já havia sido implantado o sistema jurídico muçulmano em consequência da sua ocupação no norte da África nos séculos VII e VIII, que passou a vigorar nas comunidades que se converteram ao Islão. Expandiu-se depois para o sul da África, tendo alcançado muitos territórios como, entre outros, o Senegal, a Guiné, a Nigéria, o Sudão, a Somália, o Quênia, com diferentes implantações conjugadas com outros elementos de outras famílias jurídicas e com o Direito tradicional de fonte costumeira local. O exemplo mais rico é o actual sistema jurídico da África do Sul.

Só a partir do séc. XVII os territórios africanos foram colonizados pelas potências coloniais europeias, nomeadamente pela França, pela Inglaterra, por Portugal e pelo império romano-holandês, tendo os seus sistemas jurídicos sido aí implantados. Daí o enraizamento, articulação e coabitação do Direito muçulmano, do Direito Europeu, e dos Direitos locais e tradicionais. Esta diversidade de sistemas jurídicos fez do continente africano um verdadeiro mosaico de culturas e civilizações diferenciadas, pelas quais se justificam o diferente modo de articulação desses vários sistemas jurídicos. Portugal, França e os Países-Baixos orientaram-se por um *princípio de assimilação* das populações das suas respectivas colónias pela aplicação do Direito da metrópole, renunciando às normas costumeiras locais. A Inglaterra, por sua vez, propôs-se pela implantação de uma forma de governo indirecto nas suas respectivas colónias, o que nos deixa pressupor o respeito pela aplicação do Direito das populações autóctones, de acordo com as respectivas normas tradicionais.

Portanto, este cruzamento de culturas, resultante da colonização europeia dos territórios africanos, leva-nos a contextualizar os diferentes sistemas jurídicos da África subsariana em três grupos: *i)* os de matriz Romano-germânica, incluindo os Direitos dos países lusófonos e francófonos; *ii)* os de *Common Law*, correspondentes aos direitos das antigas possessões inglesas; e *iii)* os sistemas híbridos, registados noutros países africanos, nomeadamente na África do Sul, no que se conjuga o Direito Romano-holandês e o *Common Law* inglês.

Pelo exposto podemos concluir que nestes países o Direito escrito vigorou mas o Direito tradicional manteve-se aplicável, durante o período colonial, no referente às relações de Direito Privado por ser mais compatível com as realidades sócio-económicas das comunidades locais e de modo a assegurar a harmonia e a coesão social dessas mesmas comunidades.

3. Breve contexto histórico da formação do sistema jurídico de Moçambique

Moçambique foi um colónia portuguesa desde o séc. XVII até à data da sua independência, em 1975. Como tal, a formação do seu sistema jurídico passou por esse processo de colonização, tendo-se er-

guido, naturalmente, com base no sistema jurídico europeu pertencente ao primeiro grupo, o qual aludimos acima: o de matriz Romano-germânico. No entanto, este sistema teve de se confrontar, pelo menos em termos de implementação, com uma realidade política, social e cultural bem determinada. As normas tradicionais continuavam a vigorar no seio das comunidades locais, aplicáveis às relações jurídico-privadas, não obstante a aplicação directa das normas escritas sob o *princípio de assimilação* já referenciado. Tal ficou a dever-se a vários factores: (i) desde logo, porque na vida das comunidades locais predominava o comunitarismo, pelo que o exercício do direito subjectivo, de acordo com a lei escrita, era muito limitado; (ii) segundo, porque a cultura tradicional comunitária se enraizava na tradição dos seus antepassados com carácter religioso e sagrado; assim, qualquer violação das regras tradicionais era fortemente censurada e penalizada como forma de reparação do comportamento violador; (iii) por último, e como consequência lógica, prevalecia uma ideia basilar: assegurar a paz e a coesão social, condições indispensáveis para a sua sobrevivência, daí a relevância de mecanismos de conciliação como ponto de partida para a resolução de litígios entre particulares.

Neste contexto sócio-cultural qualquer elemento estranho de regulação da vida não seria desejável a menos que fosse aceite pela comunidade, sendo repellido por esta se lhe fosse imposto. Surge, assim, a necessidade de ponderação na aplicação das leis escritas. E Portugal foi intransigente nesse sentido ao aplicar as suas leis em Moçambique tal como nas restantes colónias da África, ao optar por um processo de “*assimilação dos moçambicanos*” ao ponto de estes aceitarem essas leis. Assim fizeram também os franceses através de um Governo directo, ao invés dos ingleses, que, tal como referido, optaram pela via de um Governo indirecto nas respectivas colónias africanas.

O Governo directo pressupõe a existência de uma única ordem jurídica, assente nas leis, neste caso, oriundas da Europa. Este domínio concretiza-se num sistema centralizado e hierárquico e na sujeição da maioria da população ao regime do indigenato, que define as regras para os *não-cidadãos*. Deste modo, este regime impõe um estatuto de assimilados mediante a aquisição de direitos de cidadania, que, afinal, acabam sempre nas *mãos* de uma minoria.

O Governo indirecto, por sua vez, parte de uma concepção assente

na diferenciação entre os nativos e os não-nativos, separados pelas ordens normativas às quais estão sujeitos. Assim, aos *nativos* aplicava-se o Direito civil da Metrópole e aos *não-nativos* aplicavam-se os direitos costumeiros, estando sujeitos às autoridades tribais.

A presença dos portugueses em Moçambique teve início no séc. XVII mas só foi efectiva nos finais do séc. XIX. Tal veio a pressupor uma diferenciação das divisões administrativas ao longo desse período em que os chefes tradicionais moçambicanos mantiveram o seu poder nas estruturas tradicionais por um lado e, por outro, um modelo administrativo metropolitano em Conselho e Freguesias onde se marcou a presença acentuada dos colonos.

Por tudo quanto exposto podemos dizer que o Direito tradicional continuou a vigorar nas colónias europeias da África, não obstante a aplicação das leis escritas das potências colonizadoras. Mas isso não significa que o Direito tradicional se ocupe da mesma posição hierárquica que as leis coloniais, pois estas últimas continuaram a deter a condição de Direito Comum aplicável.

4. A Independência de Moçambique

Moçambique tornou-se independente em 25 de Junho de 1975, depois de uma prolongada luta armada de libertação nacional conduzida pela Frente Nacional de Libertação de Moçambique (FRELIMO). A independência alcançada foi o resultado de uma aspiração única dos moçambicanos de se tornarem livres e independentes da potência colonizadora, aspiração, esta, traduzida na diferenciação face a um longo período colonial. A FRELIMO encarnou essa aspiração ao tornar-se líder dessa luta.

Porém a luta armada de libertação não foi o único recurso para os moçambicanos se tornarem independentes; podemos mesmo afirmar que foi um *recurso subsidiário*, mas de importância primordial dada a natureza dessa luta e dadas as condições conjunturais quer internas, quer externas, em que essa luta se desenrolou. O cessar-fogo e a assinatura dos *Acordos de Lusaka* entre Portugal e a FRELIMO em Setembro de 1974 é, pois, disso testemunho, do carácter *subsidiário* mas *determinante* da luta armada.

Sucedeu-se a formação de um Governo de transição composto por representantes da FRELIMO e do Governo Português, que se estendeu

até ao culminar da independência de Moçambique, em 1975. A partir de então Moçambique tornou-se um Estado soberano e independente. O Comité Central da FRELIMO estabeleceu uma Constituição inspirada no sistema de governo de partido único, liderado pela FRELIMO. Eram seus corolários os seguintes: (i) Estado Soberano de orientação Marxista-Leninista; (ii) ausência de separação de poderes; (iii) subordinação do Estado ao Partido; (iv) direitos e liberdades limitadas, com prevalência dos direitos colectivos em detrimento dos direitos individuais; v) e uma economia de mercado centralmente planificada.

Tudo isto ficou a dever-se a vários factores, fundamentalmente de influência político-ideológica, influência que então dividia o mundo entre capitalistas e socialistas, dos quais as partes beligerantes granjeavam apoio material e político nas suas lutas: ou pela independência, ou pela manutenção da *velha ordem*. Outro não menos importante factor foi o facto de Moçambique ter sido submetido a um sistema de economia menos vantajoso durante o período colonial, cujos reflexos se fizeram sentir junto dos moçambicanos. Entendia-se que, desmantelando esse sistema de economia, poderiam de certo modo atender às suas necessidades com modelos de produção colectiva assentes em “*machambas estatais*”. Facto não menos importante foi a retirada da potência administrante que deixou um quase vazio na administração pública, uma autêntica ruptura que foi preenchida com o modelo de organização e as estruturas já criadas pela FRELIMO nas zonas libertadas durante a guerra colonial.

Apesar de tudo, a FRELIMO e os moçambicanos souberam extrair das suas experiências as devidas ilações na construção do seu Estado. A Constituição de 1975 conferiu-lhes igualmente os melhores resultados: primeiro, porque criou as bases de estruturação de um Estado Soberano; segundo, porque conferiu a Moçambique o estatuto de soberania pelo reconhecimento internacional da sua independência; terceiro, garantiu o direito à autodeterminação do povo moçambicano; e, por último, o reconhecimento e a afirmação da sua identidade nacional.

Estes foram os alicerces que a FRELIMO lançou para a edificação do Estado moçambicano, tendo sido o melhor arquitecto da construção dessa grandiosa obra moçambicana.

Em 1976 surgiram os primeiros indícios de desestabilização do país, que mais tarde tomaram a forma de guerra civil, opondo a Resistência

Nacional Moçambicana (RENAMO) à FRELIMO no Governo. Este conflito armado estendeu-se por todo o país com o apoio militar da Rodésia do Sul à RENAMO em forma de retaliação contra Moçambique pela sua adesão ao processo de sanções contra a Rodésia, e pelo apoio dado por Moçambique aos guerrilheiros e refugiados zimbabwenos. Coma independência do Zimbabué em 1980, a África do Sul entrou no palco de guerra novamente contra a FRELIMO — dando assim apoio militar à RENAMO — pelo facto de Moçambique ter dado apoio contra o regime do *Apartheid* na África do Sul. De acordo como *Human Rights Watch* em 1994, a RENAMO aumentou o seu exército de menos de 1000 efectivos em 1980, para 8000 efectivos em 1982. Isto deu com que as operações militares se expandissem por todo o país e as consequências sociais e económicas daí resultantes foram agravadas por calamidades naturais. Os resultados foram extremamente nefastos para a economia do país.

Em 1987 esforços foram feitos para estabelecerem conversações entre FRELIMO e a RENAMO, as quais só tiveram início em 1990, em Roma. Em Outubro de 1992, também em Roma, o Presidente Joaquim Chissano e o líder da oposição, Afonso Dlakama, assinaram finalmente o “Acordo de Paz” que previu vários pacotes de medidas, entre as quais se destacaram: *i)* o cessar-fogo; *ii)* a desmobilização e *iii)* o repatriamento dos efectivos das forças armadas da RENAMO. Em 1994 realizaram-se as primeiras eleições multipartidárias (Presidenciais), seguidas de eleições para os órgãos locais, em 1998.

Estes últimos acontecimentos marcaram uma viragem na situação política de Moçambique, que se traduziu na profunda alteração da Constituição de 1975 e na adopção de uma nova em 1990. Esta veio estabelecer os seguintes aspectos essenciais: a *introdução do Estado de Direito Democrático*, assente no *Princípio da legalidade*, na *separação de poderes*, nas *liberdades e garantias individuais*, no *multipartidarismo*, no *sufrágio universal directo, periódico* e no *voto secreto*, bem como na *liberdade de imprensa*. A Constituição de 2004 sofreu alterações profundas, embora se discutissem já em duas sessões Legislativas anteriores sobre a mudança do sistema de governo presidencialista para um sistema de governo semi-presidencialista; como tal não aconteceu, verifica-se uma continuidade da anterior Constituição e, portanto, a consolidação do sistema jurídico-político em vigor.

Conclusão

A recepção do Princípio do Estado de Direito Democrático, analisada no âmbito da evolução constitucional e contexto político-ideológico dos dois países em questão, leva-nos a concluir o seguinte:

- a) À partida, entende-se que tanto Timor-Leste, quanto Moçambique têm Constituições semelhantes pelo facto de acolherem os mesmos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático. A diferença reside apenas no facto de a recepção dos mesmos princípios se ter feito em condições e épocas diferentes e no modo como cada um destes países resolveu os seus problemas. Seria erróneo, por isso, importar soluções para os problemas de cada um sem que os seus próprios povos escolhessem as melhores para si, no sentido de garantir a paz, a estabilidade e o desenvolvimento dos seus respectivos países.
- b) Timor-leste e Moçambique lutaram pela sua independência em condições e espaços geográficos diferentes, e também contra diferentes inimigos. Mas passaram pelas mesmas vicissitudes dos efeitos das guerras, que marcaram cada um destes países. Daí que cada povo, timorense e moçambicano, tenha sido o melhor arquitecto de construção dos seus respectivos Estados. Terminada a guerra em Mocambique, em 1975 a FRELIMO instituiu um sistema de Governo de partido único — a FRELIMO — após a independência que proclamou nesta data, por meio de acordos com o Estado Português. Outorgou a sua Constituição com base numa concepção monista do poder, fundada nas fórmulas ideológicas Marxistas-Leninistas, onde não havia ainda a separação de poderes, nem a consideração das liberdades individuais, nem o multipartidarismo, entre outros. Isto ficou a dever-se aos seguintes aspectos: primeiro, porque a independência foi conquistada pela FRELIMO, que por ela lutou; depois, a influência das condições político-ideológicas que granjeavam partidos únicos; e, finalmente, porque Portugal não deixou nem institui-

ções, nem tradições democráticas em Moçambique as quais levaram este país a afastar-se dos modelos democráticos ocidentais.

- c) Nisto reside a diferença entre os dois países no que respeita à recepção do princípio do Estado de Direito Democrático. A recepção em Timor-Leste realizou-se de forma directa e automática como vimos. Razões explicaram: primeiro, a Unidade Nacional dos timorenses só poderia ser garantida se houvesse um sistema pluralista de expressão e de organização; segundo, porque houve uma ruptura total e completa com a administração indonésia, que determinou a necessidade de criação de leis estruturantes para organizar o poder político, a menos que a indonésia aceitasse a forma Transitória de Governo, de acordo com a Convenção de 5 de Maio de 1998, assinada por Portugal, pela Indonésia e pela ONU em Nova Iorque. Mesmo assim seria de difícil gestão dar continuidade a uma administração que havia entrado em colapso²⁸; terceiro, porque os timorenses almejavam a paz, a estabilidade, condições indispensáveis para o desenvolvimento do país; quarto, devido à localização geográfica de Timor-Leste associada à necessidade de criação de um sistema de economia de mercado; quinto, para evitar que indivíduos ou grupos de indivíduos e organizações se instaurassem ou se auto-proclamassem legítimos para governar o país. Tudo isto explica o sistema democrático timorense assente nos valores consignados na Constituição de Timor-Leste, os quais traduzem, desde logo, o seu núcleo duro.
- d) A descontinuidade (com a administração Indonésia) de uma cultura institucional em Timor-Leste teve as suas consequências, não obstante os esforços dos timorenses para suprir essa situação. À FRETILIN, o partido que ganhou as eleições em 2001, coube essa nobre missão: lançar as primeiras bases de construção de um Estado de Direito Democrático; criar leis estruturantes da organização do poder político; organizar uma administra-

²⁸ No entanto, pior teria sido se o Governo Transitório das Nações Unidas acomodasse no seu seio as mesmas pessoas que apoiavam fortemente a integração de Timor-Leste na Indonésia.

ção Pública que respondesse de forma célere às necessidades prioritárias do povo de Timor-Leste; definir as prioridades e programá-las no contexto do Planeamento Nacional de Desenvolvimento que havia sido aceite por todos, incluindo a Igreja Católica e outras confissões religiosas; buscar ou criar receitas próprias, (incluindo as de petróleo no mar de Timor-Leste) mais adequadas para responder àquelas necessidades; defender a soberania nacional, promover e consolidar a democracia. Só a FRE-TILIN podia tê-lo feito, uma vez que sempre se esforçou para desenvolver o país de uma forma sustentável face à destruição quase total das suas infra-estruturas levada a cabo pelas tropas indonésias depois do Referendo, em 1999. A Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste (UNTAET) era um governo centralizado cujos poderes legislativo e administrativo eram exercidos pelo seu Representante Especial Sérgio Vieira de Melo. Este tipo de Governo centralizado levou os timorenses a solicitar que nele fossem integrados, sob forma de um Governo misto, solicitação que foi aceite pelas Nações Unidas. Ainda que existissem alguns pontos menos bons neste tipo de Administração, apesar disso a ONU cumpriu a sua missão: estabilizou o país e procedeu à organização de eleições gerais para uma Assembleia Constituinte. A memória institucional da UNTAET sofreu as reformas necessárias face à nova Constituição aprovada pela Assembleia Constituinte eleita. A organização do poder político teve outra dimensão com características de separação e interdependência dos órgãos do Estado, revestindo-se das dimensões do Estado de Direito Democrático.

- e) Situação análoga foi a que em Moçambique ocorreu no período entre 1974 e 1975. Traduz-se na fase transitória da formação do Governo, da qual Portugal fez parte, com o único partido — A FRELIMO — até à sua Independência em 1975. A partir da década de 80 os dirigentes deste partido sentiram a necessidade de estabilizar o país, pois, até então, a RENAMO continuava as suas ações de desestabilização do país, apoiada pela Rodésia e África do Sul. Essa necessidade impeliu a FRELIMO a abrir o caminho para reconhecer este partido como seu adversário político e não

mais como inimigo de guerra. E isto implicava revisão da Constituição de 1975 aprovada unicamente pela FRELIMO, facto que se verificou em 1990 pela profunda alteração introduzida na Constituição que viria agora a preconizar um sistema multipartidário e de liberdade de organização e de expressão política. Ainda assim, foi obra única da FRELIMO porque foi ela quem introduziu essa alteração. As eleições Presidenciais seguidas de eleições para eleição dos órgãos do poder local em 1994 foram o resultado dessa mudança na ordem jurídico-constitucional de Moçambique.

- f) A recepção directa do princípio do Estado de Direito Democrático em Timor-Leste tem como objectivos garantir a paz, a estabilidade e a unidade nacional, necessárias ao desenvolvimento do país.

A solução negociada do conflito em Timor-Leste teve por base a unidade de todos os timorenses, condição indispensável para a vitória da independência em 1999, mediante o acto Referendário organizado pelas Nações Unidas que viria a dar cobro à ocupação ilegítima que durante anos tinha devastado o Povo timorense. A FRETILIN, a única vanguarda de luta do povo Maubere pela independência do seu país não usou dessa prerrogativa para assumir a liderança do país independente sob o modelo de partido único, mas aceitou e declarou de forma inequívoca propugnar o sistema pluripartidário em que só a vontade do Povo timorense, expressa em eleições livres e democráticas, é legítima e relevante. As eleições gerais organizadas pela UNTAET em 2001 conferiu essa legitimidade à FRETILIN, que desde então governou o país, criando as bases estruturantes do novo Estado de Direito Democrático timorense e, simultaneamente, apostando no desenvolvimento sustentável do país apoiado no Plano Nacional de Desenvolvimento, que havia sido aceite por todos os timorenses. A Assembleia Constituinte eleita elaborou e aprovou a Constituição da República Democrática de Timor-Leste, assente nos valores universais da dignidade da pessoa humana, dos direitos e liberdades fundamentais, do respeito pela diversidade e pluralismo de opiniões, os quais constituem, já por si, o núcleo duro dessa *Magna Carta*.

- g) A recepção do Princípio do Estado de Direito democrático em Moçambique foi operada de forma gradual e transitória, atendendo às reais condições sócio-políticas e económicas do país marcado por longos anos de guerra contra o regime da ditadura de Salazar e pela divisão entre os moçambicanos. Mas Moçambique passou igualmente por um Governo de transição entre 1974 e 1975 do qual fizeram parte os representantes da FRELIMO e o Estado Português em consequência do acordo firmado em Lusaka, em 1974. A outorga da independência em 1975 levou a FRELIMO, o único Partido, a governar o país com exclusividade mas sempre com permanente instabilidade provocada pela RENAMO, o partido da oposição, com apoio da Rodésia e do *Apartheid* da África do Sul. A partir de 1980 a própria FRELIMO sentiu a necessidade de estabelecer a paz e o diálogo com a oposição, o que se conseguiu com Acordo de Roma. Desde então surgiu a ideia de criar-se um sistema multipartidário, cuja concretização veio a verificar-se em 1994, com a realização das eleições livres e democráticas em Moçambique.
- h) Podemos dizer que a recepção do princípio do Estado de Direito democrático em Timor-Leste foi efectuada de forma directa pelo reconhecimento da democracia pluralista de organização dos poderes públicos e de opiniões assentes nos valores e princípios atinentes aos direitos fundamentais, da liberdade e dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição da República Democrática de Timor-Leste. Diferentemente, em Moçambique, tudo começou com um sistema de partido único, tendo depois transitado mais tarde para o sistema multipartidarista em 1994 e até aos dias de hoje, As sucessivas reformas introduzidas pelas Constituições de 1994 e de 2004 levaram Moçambique a reforçar e a consolidar os princípios democráticos em Moçambique.

Referências Bibliográficas

- AA.VV., BACELAR DE VASCONCELOS, Pedro C. (coord.), *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Direitos Humanos — Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011
- AMARAL, Lúcia, *A forma da República*, Coimbra Editora, 2005
- CAETANO, Marcello, *A Opinião Pública no Estado Moderno*, Livraria Petrony, Lisboa, 1965
- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.^a ed., Tomo I, Coimbra Editora, 1970;
- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.^o ed., Tomo II, Coimbra Editora, 1972
- DAHL, Robert A., *On Democracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1998
- DIAZ, Elias, *Estado de Direito e Sociedade Democrática*, Iniciativas Editoriais, Lisboa, 1969
- GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2007
- GOMES CANOTILHO, J.J., e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991
- MATTOSO, José, *A Dignidade. Konis Santana e a Resistência Timorense*, Temas e Debates, Lisboa, 2005
- MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, 2002
- MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2007
- SILVA GONÇALVES, Mara Sofia, *O Amadurecimento Político-Institucional do Processo de Descentralização em Timor-Leste*, Actas das Jornadas Co-

memorativas da Conclusão do Primeiro Curso de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e, Fundação das Universidades Portuguesas, 2010

— *Apontamentos de Direito Constitucional II*, Universidade Nacional Timor Lorosa'e — Fundação das Universidades Portuguesas, 1.º Ano Académico, Díli, 2009

WOLFF, H., BACHOF, O., STOBER, R., *Direito Administrativo*, Vol. I., Fundação Calouste Gulbenkian, 2006

ZIPPELIUS, R., *Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., Lisboa, 1984

CIÊNCIA, TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO: UM NOVO PARADIGMA DECISÓRIO NO DIREITO AMBIENTAL

ALEXANDRA ARAGÃO

(aaragao@fd.uc.pt)

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentação e legitimidade. 3. A “segurança” da fundamentação científica. 4. Conteúdo da participação pública. 5. Os papéis da ciência e do público. 6. Utilidade da participação pública. 7. Novo paradigma decisório. 7.1. Tecnologias da informação e comunicação (TIC) e sistemas de informação geográfica (SIG). 7.2. Os serviços dos ecossistemas. 8. Plataformas digitais. 9. Conclusão. Anexo — MapNat App.

1. Introdução

Estamos numa época em que a política do ambiente é reconhecida como uma política transversal, no sentido de que as dimensões ambientais são um componente cada vez mais significativo de todas as restantes políticas públicas, seja a de transportes, a energética, a de telecomunicações, a de defesa, a industrial, a agrícola, a florestal, a de pescas ou a comercial.

De forma expressiva, a Lei de Bases do Ambiente de Portugal explica que “a transversalidade da política de ambiente impõe a sua consideração em todos os sectores da vida económica, social e cultural, e obriga à sua articulação e integração com as demais políticas sectoriais, visando a promoção de relações de coerência e de complementaridade”¹.

Encontramos idêntica afirmação no Tratado sobre o Funciona-

¹ Artigo 13 da Lei 19/2014, de 14 de abril (<https://dre.pt/pesquisa/-/search/25344037/details/maximized>).

mento da União Europeia: “as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável”² e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”³.

Ora, a obrigação de tomar em consideração os efeitos das atividades humanas no ambiente faz com que, frequentemente, as medidas de política ambiental sejam vistas como um obstáculo aos investimentos produtivos ou como um travão ao desenvolvimento⁴.

A exigência de avaliação ambiental estratégica (de planos e programas)⁵, avaliação de impacte ambiental (de projetos)⁶, licença ambiental (de instalações)⁷, etc., são requisitos ambientais que, se não impedem, pelo menos dificultam ou atrasam o funcionamento das atividades em causa.

Daí a importância de uma fundamentação robusta das medidas pró-ambientais que são tomadas no interesse das atuais e das futuras gerações⁸, e que correspondem a uma visão estratégica de sustentabilidade a longo prazo.

² Artigo 11 (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>).

³ Artigo 37 (disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

⁴ O artigo 61 n.º3 da Constituição da República Democrática de Timor Leste determina que “O Estado deve promover acções de defesa do meio ambiente e salvaguardar o desenvolvimento sustentável da economia”.

⁵ Diretiva 2001/42/CE de 27 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0042>)

⁶ Diretiva 2014/52/UE de 16 de abril de 2014, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0052>).

⁷ Directiva 2010/75/UE de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição) (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0075>).

⁸ A associação da proteção ambiental à proteção das gerações futuras surge de forma muito clara na Constituição da República Democrática de Timor Leste: “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o proteger e melhorar em prol das gerações vindouras” (artigo 61 n.º1).

2. Fundamentação e legitimidade

Segundo o Direito ambiental, os poderes públicos devem fundamentar as suas decisões em dois pilares: o pilar da ciência e o pilar da democracia. Um breve percurso por alguns instrumentos de Direito do ambiente confirma a exigência da dupla fundamentação das decisões, baseadas não só em dados científicos mas também na participação do público.

No plano das Nações Unidas, esta exigência está presente na Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992⁹, nos seus princípios 9 e 10. O princípio 9, afirma que “os Estados deverão cooperar para reforçar as capacidades próprias endógenas necessárias a um desenvolvimento sustentável, melhorando os conhecimentos científicos através do intercâmbio de informações científicas e técnicas, e aumentando o desenvolvimento, a adaptação, a difusão e a transferência de tecnologias incluindo tecnologias novas e inovadoras”. Ao mesmo tempo, o bem conhecido princípio 10 declara que “a melhor forma de tratar as questões ambientais é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados ao nível conveniente. Ao nível nacional, cada pessoa terá (...) a oportunidade de participar em processos de tomada de decisão”.

Vinte anos depois, em 2012, a Declaração RIO + 20 sobre “o futuro que queremos”¹⁰ reafirma a relevância da ciência e da tecnologia e, ao mesmo tempo, o compromisso de envolver a sociedade civil. Sobre ciência, a Declaração Rio + 20 enfatiza a necessidade de “fortalecer as interfaces entre ciência e política”¹¹.

Isso requer o “reforço das capacidades nacionais, científicas e tecnológicas, para o desenvolvimento sustentável”¹², bem como

⁹ Disponível em https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf.

¹⁰ Resolução 66/288 adotada na sessão 66 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 27 de julho de 2012, disponível em https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/2012_Declaracao_Rio.pdf.

¹¹ Ponto 85 k), pág. 18.

¹² Parte VI. sobre meios de implementação, ponto 272, pág. 53.

“investimento em inovação, ciência e tecnologia a serviço do desenvolvimento sustentável”¹³, para promover o intercâmbio entre cientistas e líderes, envolvendo avaliações científicas inclusivas, fundadas em fatos transparentes, assim como promoverá o acesso a dados confiáveis, pertinentes e atualizados nas áreas relacionadas às três dimensões do desenvolvimento sustentável, com base nos mecanismos existentes”¹⁴.

Quanto à participação do público, a Declaração de 2012 das Nações Unidas sublinha “o papel da sociedade civil e a importância de permitir que todos os seus membros participem ativamente do desenvolvimento sustentável”¹⁵, visando “garantir a plena participação das partes interessadas e de especialistas da sociedade civil, da comunidade científica e do sistema da ONU”¹⁶ e “explorando novos mecanismos para promover a transparência e a participação efetiva da sociedade civil”¹⁷.

De forma mais concreta, a Convenção das Nações Unidas sobre direito de acesso à informação, direito de participação e direito de acesso à justiça, celebrada em Aarhus em 1998¹⁸, é o expoente máximo da democracia ambiental impondo às partes um elevado grau de envolvimento cívico, ao mesmo tempo que estabelece um mecanismo de controlo bastante eficaz: a possibilidade de o público apresentar comunicações ao Comité de Cumprimento.

No espaço Europeu, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é claro quanto à necessidade de ter em conta os dados científicos e técnicos disponíveis na elaboração da política de ambiente¹⁹. O Tratado da União Europeia, por seu turno, consagra, desde o Tratado de Lisboa, disposições relativas aos princípios democráticos²⁰, segundo as quais “todos os cidadãos têm o direito de participar na vida

¹³ Parte VI. sobre meios de implementação, ponto 271, pág. 53.

¹⁴ Parte IV. sobre o quadro institucional para o desenvolvimento sustentável, ponto 76 g), pág. 16.

¹⁵ Parte II. sobre renovação do compromisso político, ponto 44, pág. 9.

¹⁶ Parte V. sobre quadro de ação e acompanhamento, ponto 248, pág. 49.

¹⁷ Parte IV. sobre o quadro institucional para o desenvolvimento sustentável, ponto 88 h), pág. 20.

¹⁸ Disponível em <https://www.unece.org/env/pp/treatytext.html>.

¹⁹ Artigo 191 n.º3 §1 “Na elaboração da sua política no domínio do ambiente, a União terá em conta: — os dados científicos e técnicos disponíveis”.

²⁰ Correspondendo ao título II do Tratado, a aos artigos 9 a 12.

democrática da União. As decisões são tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível”. O compromisso da União com a democracia ambiental é reafirmado pela aprovação, em 2008, da Convenção de Aarhus, que a União já tinha assinado em 1998.

Por fim, em Portugal, a própria Constituição consagra, de forma precursora, desde 1976, o dever de o Estado levar a cabo uma política ambiental “com o envolvimento e a participação dos cidadãos”²¹. Relativamente à ciência, afirma a Lei fundamental que incumbe ao Estado, no âmbito económico e social, “assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país”²².

3. A “segurança” da fundamentação científica

Ora, a legitimação dupla das decisões, simultaneamente técnica e social, tem potencial para reforçar a eficácia, a justiça e a aceitabilidade das medidas públicas adotadas em prol do ambiente.

No entanto, considerando a dificuldade de avaliar opiniões subjetivas e valorar sentimentos difusos em relação ao ambiente, é perfeitamente compreensível que os decisores prefiram basear as suas decisões relativas às complexas questões ambientais, em argumentos científicos, que dão um grau de segurança maior do que opiniões do público, sempre subjetivas, por vezes manipuladas e frequentemente contraditórias. Na prática, o resultado é que a participação pública não influencia as decisões tanto quanto seria desejável.

De facto, embora seja impossível fazer decorrer soluções jurídicas diretamente de meras informações de carácter científico, as características da produção científica facilitam muito a fundamentação das decisões, sejam elas políticas, jurídicas ou empresariais. De facto, os relatórios científicos são caracterizados pela objetividade, reprodutibilidade e universalidade. A própria linguagem científica é apresentada como um discurso neutro sobre factos da vida real. Por isso, a preferência pela fundamentação de decisões jus-ambientais apenas em dados da ciência não é difícil de compreender. No fundo, a opção pela fundamentação

²¹ Artigo 66 n.º2 da Constituição da República Portuguesa.

²² Artigo 81 l).

meramente científica acaba por transferir implicitamente para a comunidade científica, a responsabilidade material pelas opções tomadas.

Efetivamente, a situação ideal para qualquer decisor, seria basear todas as suas decisões em posições científicas absolutamente fiáveis, apresentadas com elevada assertividade por especialistas, incontestadas nos meios científicos e aceites pela generalidade do público.

Infelizmente, mas não surpreendentemente, a maioria dos casos da vida real afasta-se muito desta situação ideal. A controvérsia social associada a problemas ambientais é a regra, e não a exceção. Na vida real, os poderes públicos enfrentam o desafio de basear as suas decisões ambientais em informações científicas complexas, polémicas e até contraditórias e, ao mesmo tempo, na participação pública, de conteúdo não menos complexo, fruto de opiniões divergentes, baseadas em ideologias conflitantes, por vezes céticas relativamente à ciência e reticentes relativamente à tecnologia.

4. Conteúdo da participação pública

Para tornar ainda mais complicado, o já de si complexo processo de decisão, as contribuições do público para a tomada de decisão estão longe de ser contributos diretos, articulados ou de sentido único. Confirmando esta ideia, a Convenção de Aarhus sobre acesso à informação, direito de participação e acesso à justiça em matéria ambiental²³ — como já referimos, o principal instrumento internacional de democracia ambiental e o mais potente propulsor da participação pública na tomada de decisões ambientais — usa quatro expressões diferentes para se referir aos pontos de vista trazidos pelo público ao processo decisório. A propósito da participação pública nas decisões determina que “os procedimentos aplicáveis à participação do público deverão prever a possibilidade de o público apresentar por escrito ou, se necessário, nas audições ou consultas públicas com o requerente, comentários, informações, análises ou pareceres que considere relevantes para a actividade proposta”²⁴.

²³ Disponível em <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>.

²⁴ O artigo 6 n.º 7.

Isto significa que podem existir formas muito distintas de participação pública, todas elas válidas e todas elas representando contributos importantes para o processo de tomada de decisão em matéria ambiental. Neste ponto, é importante distinguir o sentido de cada uma das quatro formas de participação dos cidadãos, com o seu aporte diferenciado para o processo decisório.

- “Comentários” são observações críticas complementares sobre informação existente;
- “Informações” são novos dados, destinados a melhorar o conhecimento disponível;
- “Análises” são interpretações sistemáticas de informação existente;
- “Pareceres” são juízos de valor ou pontos de vista pessoais.

De acordo com essa tipologia, quando o público participa, pode contribuir essencialmente de duas formas: através de uma participação informativa ou através de uma participação opinativa. A primeira, pode corresponder ao que a Convenção de Aarhus denomina “comentários” (quando se trate de críticas baseadas em factos), “informações”, ou “análises”. A segunda, pode corresponder a “pareceres” e também a “comentários” (quando se trate de críticas baseadas em opiniões, convicções, crenças ou juízos de valor). As duas formas de participação configuram contributos de sentido muito diferente. No caso da participação informativa, os novos factos podem e devem ser confrontados com os dados científicos pré-existentes. Em função da sua veracidade ou plausibilidade, poderão ser rotulados dicotomicamente como válidos ou inválidos. Os válidos serão exemplos de “ciência cidadã”, os inválidos podem resultar de desconhecimento ou ser meras mistificações negacionistas da verdade científica. Diferentemente, no caso da participação opinativa o público fornece posicionamentos pessoais sobre o que está em causa na decisão, contribuindo com novos elementos subjetivos de ponderação (como emoções ou sentimentos).

A influência de cada forma de participação no processo de tomada de decisão é forçosamente diferente. E apesar de os afetos serem uma contribuição importante para o processo decisório, ponderar informação factual e científica por um lado, e informação emocional e subjetiva por outro, é pretender comparar o incomparável.

Por isso o dever de incorporar não apenas factos científicos, mas também sentimentos, no processo de tomada de decisão em matéria ambiental é o drama diário dos órgãos públicos — políticos, administrativos, empresariais ou judiciais — que têm a seu cargo a responsabilidade de estabelecer regimes, escolher soluções, arbitrar controvérsias, apreciar requerimentos, conceder licenças ou realizar auditorias.

5. Os papéis da ciência e do público

Para entender os diferentes papéis da ciência e da participação pública, vamos imaginar, ilustrativamente, uma típica decisão pública destinada a aprovar ou recusar o desenvolvimento de uma atividade económica proposta, como por exemplo um projeto de investimento²⁵ ou um plano estratégico de desenvolvimento²⁶.

Neste contexto, o decisor pode confiar na ciência para:

- informar se a atividade pretendida terá impactes ambientais ou não;
- descrever e caracterizar os impactes quanto à probabilidade, frequência, duração, intensidade, amplitude, complexidade ou irreversibilidade²⁷;
- identificar possíveis alternativas à atividade ou estratégia em causa;
- indicar medidas eficazes de mitigação e compensação;
- descrever o estado do ambiente e caracterizá-lo quanto ao seu estado ecológico (desejável ou indesejável), bem como quanto à necessidade de intervenção corretiva humana.

Por outro lado, os contributos do público são fundamentais para:

- aquilatar a importância social ou económica das atividades propostas;

²⁵ Conceito de projeto segundo a Diretiva AIA.

²⁶ A Diretiva sobre avaliação estratégica é que prevê a obrigação de avaliar os efeitos ambientais de planos e programas.

²⁷ Estas são as características relevantes dos projetos para efeito de determinação da importância dos impactes ambientais segundo o anexo III 3. da Diretiva 2014/52 de 16 de abril de 2014, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0052&from=FR>).

- apreciar a aceitabilidade social, jurídica e ética dos impactos ambientais;
- aferir a aceitação social e a viabilidade socio-económica de possíveis alternativas;
- avaliar a percepção social e o impacto económico das medidas de mitigação e compensação;
- identificar a relevância antrópica do ambiente natural afetado.

Naturalmente, a interpretação dos contributos do público pode convocar igualmente ciências, neste caso, ciências sociais, mas o objetivo desta lista é mostrar as vantagens de fazer convergir racionalidades diferentes, científicas e não científicas, na decisão final.

6. Utilidade da participação pública

As razões pelas quais a incorporação dos contributos da participação pública é importante decorrem de diversos instrumentos de Direito internacional.

Antes de mais, a Convenção de Aarhus afirma claramente que “no domínio do ambiente, a melhoria do acesso à informação e da participação pública no processo de tomada de decisões aumenta a qualidade das decisões e reforça a sua aplicação, contribui para a sensibilização do público para as questões ambientais, dá-lhe a possibilidade de manifestar as suas preocupações e permite às autoridades públicas ter em conta essas preocupações²⁸.”

Também as *Recomendações de Maastricht sobre a promoção da participação pública eficaz na tomada de decisões em matéria ambiental* proclamam as múltiplas vantagens da participação pública: “a participação pública aumenta a qualidade e a implementação efetiva das decisões relativas ao meio ambiente. Proporcionar ao público a oportunidade de exprimir os seus pontos de vista e exigir que as autoridades públicas tenham em devida consideração esses pontos de vista na decisão reforça a responsabilização e a transparência do processo de tomada de decisão ambiental e pode fortalecer o apoio público às decisões tomadas. Processualmente, contribui para uma maior consciencialização do

²⁸ §9 do Preâmbulo.

público e das autoridades públicas para as questões ambientais”²⁹.

De todas as vantagens, a melhoria da qualidade das decisões é a que está mais em consonância com a Convenção de Aarhus. De acordo com o *Guia de Implementação da Convenção de Aarhus*, “a importância de integrar plenamente as considerações ambientais na tomada de decisão governamental exige que as autoridades públicas possuam informações precisas, abrangentes e atualizadas (...). O público pode ser uma importante fonte desta informação”³⁰.

7. Novo paradigma decisório

O objetivo da reflexão que desenvolvemos até aqui é mostrar a necessidade de aumentar a relevância da participação pública no processo de tomada de decisão. A ciência e a tecnologia podem ajudar neste processo, dando objetividade aos sentimentos e transformando-os, de certa forma, em factos que possam ser mais facilmente incorporados no processo de decisão.

A chave para fazer convergir os contributos da ciência e da participação pública passa por um novo conceito científico emergente, que permite uma análise científica de perceções subjetivas dos cidadãos sobre a natureza e o ambiente: o conceito de serviços dos ecossistemas³¹. Este conceito, potenciado pelo uso das tecnologias de informação e comunicação digital (TIC) e dos sistemas de informação geográfica (SIG), amplamente disponíveis no mercado através de smartphones, dá origem a um novo paradigma de tomada de decisão.

²⁹ Recomendações adotadas pela Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa sob o título *Maastricht Recommendations on Promoting Effective Public Participation in Decision-making in Environmental Matters. Prepared under the Aarhus Convention*, Geneva, 2015 p. 6 (disponível em <https://www.unece.org/environmental-policy/conventions/public-participation/aarhus-convention/tfwg/envppppdm/ppdm-recs.html>)

³⁰ Página 119 do Guia, disponível em <https://www.unece.org/index.php?id=35869>.

³¹ Sobre o conceito, numa perspetiva jurídica, ver ALEXANDRA ARAGÃO, “A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas” in: *Estudos em homenagem a Jorge Miranda*, Coimbra Editora, 2012, vol. IV, p. 11 a 41 (<http://hdl.handle.net/10316/80975>).

7.1. Tecnologias da informação e comunicação (TIC) e sistemas de informação geográfica (SIG)

Antes de mais, importa analisar os fundamentos jurídicos que justificam o uso de tecnologias de informação e comunicação e de sistemas de informação geográfica no apoio à tomada de decisão em matéria ambiental.

A declaração da ONU sobre “o futuro que queremos” aborda o assunto e reconhece que “as tecnologias da informação e comunicação (TICs) facilitam o fluxo de informações entre governantes e governados. Nesse sentido, é essencial trabalhar para a melhoria do acesso às TICs (...)”³². Além disso, destaca “a importância de ações de cooperação em inovação tecnológica, pesquisa e desenvolvimento”³³.

No que diz respeito à Europa, a União Europeia “tem por objetivo reforçar as suas bases científicas e tecnológicas”³⁴. Além disso, desde que começou a assumir competências ambientais, a União Europeia parte do pressuposto de que “na preparação da sua política em matéria de ambiente, a União terá em conta (...) os dados científicos e técnicos disponíveis”³⁵.

No contexto da chamada *Europa Digital*³⁶, a utilização de estratégias digitais contribuirá para o cumprimento dos mais ambiciosos objetivos ambientais europeus, conduzindo ao cumprimento de um dos objetivos

³² Parte II. sobre renovação do compromisso político, ponto 44, pág. 9-10.

³³ Parte VI. sobre meios de implementação, ponto 271, pág. 53.

³⁴ Artigo 179 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia inserido no Título XIX sobre investigação e desenvolvimento tecnológico.

³⁵ Artigo 191 n.º3 §1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

³⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões sobre uma *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa* em 6 de maio de 2015 (COM/2015/192 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>). Mais recentemente ver a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da *Estratégia para o Mercado Único Digital - Um Mercado Único Digital conectado para todos* de 10 de maio de 2017 (COM(2017) 228 final disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a4215207-362b-11e7-a08e-01aa75ed71a1.0017.02/DOC_1&format=PDF).

da política ambiental da União que é o alcançar de um elevado nível de proteção ambiental³⁷ para avançar rumo ao desenvolvimento sustentável³⁸.

Quanto aos sistemas de informação geográfica, a sua utilização tem sido particularmente promovida na União Europeia desde a Diretiva Inspire³⁹. A criação de uma Infraestrutura para Informação Geográfica mostra o reconhecimento da importância das TIG para reforçar a transparência ambiental e a democracia⁴⁰. Assim, um dos direitos dos cidadãos da UE é ter acesso a informação ambiental, nomeadamente utilizando ferramentas de visualização geográfica, fornecidas no geoportal Inspire⁴¹.

Como resultado, o uso combinado de tecnologias de informação e comunicação e sistemas de informação geográfica, tem o potencial de gerar uma grande quantidade de dados estatísticos e cartográficos. Também isto está em consonância com o dever europeu de produzir análises estatísticas: “(...) o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotarão medidas relativas à elaboração de estatísticas, sempre que necessário, para a realização das atividades da União”⁴². Além disso, “a elaboração das estatísticas da União far-se-á no respeito pela imparcialidade, fiabilidade, objetividade, isenção científica, eficácia em relação aos custos e pelo segredo estatístico, não devendo acarretar encargos excessivos para os agentes económicos”⁴³.

Finalmente, a Convenção de Aarhus também parece apoiar o uso

³⁷ Artigo 191 n.º2 *ab initio* do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.

³⁸ Consagrado no Tratado da União Europeia como objetivo para a Europa (artigo 3º n.º3), objetivo à escala mundial (artigo 21 f) e objetivo para o planeta (artigo 3 n.º5). Na Carta dos Direitos Fundamentais da União é consagrado como princípio (artigo 37).

³⁹ Diretiva 2007/2/CE de 14 de março de 2007, que estabelece uma infra-estrutura de informação geográfica na Comunidade Europeia - Inspire (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0002&from=EN>).

⁴⁰ Sobre o tema, ver ALEXANDRA ARAGÃO “Uma Europa Inspiradora: Sustentabilidade e Justiça Territorial Através dos Sistemas de Informação Geográfica”, in: *Boletim de Ciências Económicas*, Tomo I, Coimbra, 2014, p. 493-526 (<http://hdl.handle.net/10316/80980>).

⁴¹ <http://inspire-geoportal.ec.europa.eu/>.

⁴² Número 1 do artigo 338.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁴³ Número 2 do artigo 338.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

das TIC e dos SIG, pois reconhece “a importância da utilização dos meios de comunicação social e das futuras formas de comunicação, eletrônicas ou outras”⁴⁴.

Está, pois, justificado o esforço de encontrar meios e estratégias para levar a sério a participação do público no processo de tomada de decisão.

7.2. Os serviços dos ecossistemas

Quanto aos serviços dos ecossistemas, foram lançados como conceito global com relevância política por Kofi Annan, no discurso da Cimeira das Nações Unidas do Milênio: “o ambiente natural realiza para nós, gratuitamente, serviços básicos sem os quais a nossa espécie não poderia sobreviver. A camada de ozono remove os raios ultravioletas do sol que prejudicam pessoas, animais e plantas. Os ecossistemas ajudam a purificar o ar que respiramos e a água que bebemos. Eles convertem os resíduos em recursos e reduzem os níveis atmosféricos de carbono que, de outra forma, contribuiriam para o aquecimento global. A biodiversidade fornece um stock abundante de medicamentos e produtos alimentares e mantém a variedade genética que reduz a vulnerabilidade a pragas e doenças. Mas estamos a degradar e, em alguns casos, destruir, a capacidade do meio ambiente de continuar a fornecer-nos esses serviços de suporte à vida”⁴⁵.

O discurso lançou o mote para um trabalho científico de grande fôlego, consubstanciado em vários Relatórios (gerais, temáticos e regionais) destinados à Avaliação dos Ecossistemas do Milênio⁴⁶. O conceito de serviços dos ecossistemas reflete uma nova ferramenta científica com um potencial surpreendente, se for utilizado para realização de fins jurídicos⁴⁷.

⁴⁴ Parágrafo 15 do preâmbulo.

⁴⁵ Intitulado *We, The Peoples* o discurso de 80 páginas aludiu, de forma inspiradora, aos serviços dos ecossistemas, na página 55 (Disponível em http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf).

⁴⁶ Todos disponíveis em <https://www.millenniumassessment.org/en/index.html>.

⁴⁷ ALEXANDRA ARAGÃO com SANDER JACOBS e AN CLIQUET, “What’s law got to do with it? Why environmental justice is essential to ecosystem service valua-

Dos quatro tipos de serviços dos ecossistemas (serviços de provisionamento, de regulação, de manutenção e também culturais), as ciências centradas na natureza (como ecologia, biologia, química, geologia e física) são adequadas para explicar os três primeiros: de provisionamento, de regulação e de manutenção. Mas entender os serviços ecossistêmicos culturais — o valor da natureza para as pessoas, do ponto de vista cultural — requer a contribuição das ciências centradas no ser humano. Além do Direito, a Antropologia, a Sociologia, a Psicologia, a Filosofia, a História, a Linguística, a Política ou a Teologia são fundamentais para compreender verdadeiramente o valor cultural dos serviços dos ecossistemas.

Assim, os serviços ecossistêmicos culturais são a “gramática” que permite aos decisores, aos operadores económicos, aos cidadãos, compreender e exprimir em linguagem científica — objetiva, mensurável, reprodutível e generalizável — os conhecimentos, as perceções, as emoções e os sentimentos que decorrem do contacto com a natureza.

Depois de converter dados não científicos em informações científicas, o processo de tomada de decisão torna-se mais gerível. A conversão de emoções difusas em informações organizadas sobre serviços culturais dos ecossistemas permite equilibrar os argumentos jurídicos contrastantes e alcançar soluções mais justas.

É importante notar que ter informações precisas sobre os sentimentos das pessoas em relação ao meio ambiente é extremamente relevante para os decisores, sejam eles administradores públicos, autoridades eleitas, CEOs de empresas, juízes, árbitros, mediadores, candidatos, réus e todos os envolvidos em disputas jurídicas. Mas também é crucial para aqueles que tentam influenciar os procedimentos de tomada de decisão como os opositores a projetos, os apoiantes de projetos, os lobistas, os proprietários de terras, as ONGs ambientais, os operadores de instalações, os investidores, os planeadores e os urbanistas.

tion”, in: *Ecosystem Services*, Special issue on Integrated Valuation, 2016 (<http://dx.doi.org/10.1016/j.ecoser.2016.09.012>); ALEXANDRA ARAGÃO, “A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas” in: *Estudos em homenagem a Jorge Miranda*, Coimbra Editora, 2012, vol. IV, p. 11 a 41 (<http://hdl.handle.net/10316/80975>).

Na legislação da UE, o dever de ter em consideração os serviços ecossistêmicos⁴⁸ nas decisões é uma obrigação transversal. Na legislação ambiental, os serviços dos ecossistemas são mencionados no contexto da luta contra espécies exóticas invasoras⁴⁹, na promoção de fontes de energia renováveis⁵⁰, no ordenamento do espaço marinho⁵¹, na responsabilidade ambiental⁵² e no programa LIFE⁵³. Para além da legislação ambiental, na política agrícola⁵⁴, na política de coesão⁵⁵, na cooperação internacional⁵⁶ também os serviços dos ecossistemas devem ser tidos em consideração.

Na União Europeia, até a jurisprudência está a ser influenciada pela

⁴⁸ A Divisão de Estatística das Nações Unidas está a trabalhar em conjunto com a Agência Europeia do Ambiente para desenvolver uma Classificação Internacional Comum de Serviços dos Ecossistemas (CICES) para fins de contabilidade ambiental (a versão mais atualizada, está disponível em <https://cices.eu/>).

⁴⁹ Regulamento 1141/2014, de 22 de outubro de 2014 relativo à prevenção e gestão da introdução e propagação de espécies exóticas invasoras (disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.317.01.0035.01.POR&toc=OJ.L:2014:317:TOC).

⁵⁰ Diretiva 2009/28 de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>).

⁵¹ Diretiva 2014/89 de 23 de julho de 2014, que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0089&from=EN>).

⁵² Diretiva 2004/35 de 21 de abril de 2004 relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035&from=EN>).

⁵³ Regulamento 1293/2013, de 11 de dezembro de 2013 que estabelece um Programa para o Ambiente e a Ação Climática (LIFE) (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1293&from=EN>).

⁵⁴ Regulamento 1305/2013, de 17 de dezembro de 2013 relativo ao apoio ao desenvolvimento rural pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER) (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1305&from=EN>).

⁵⁵ Regulamento 1300/2013, de 17 de dezembro de 2013 relativo ao Fundo de Coesão (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:347:0281:0288:pt:PDF>).

⁵⁶ Regulamento 233/2014, de 11 de março de 2014 que cria um instrumento de financiamento da cooperação para o desenvolvimento (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0233&from=EN>).

nova ferramenta. Em 2014, o Tribunal de Justiça Europeu abordou a questão dos serviços ecossistêmicos no julgamento sobre a política alemã de recursos hídricos⁵⁷.

8. Plataformas digitais

Considerando que existe fundamento jurídico para usar o conceito de serviços dos ecossistemas e para usar dados estatísticos e cartográficos produzidos através das TIC e dos SIG, como é possível associar essas ferramentas para avaliar e mapear o valor da natureza para as pessoas?

Uma das soluções mais promissoras passa por aplicações de telemóvel dedicadas à produção voluntária de informações sobre serviços ecossistêmicos culturais, protegendo a identidade e os dados pessoais do utilizador. Um exemplo é a aplicação MapNat, uma plataforma on-line (desenvolvida por um centro de investigação ambiental UFZ em Leipzig, na Alemanha e pelo Instituto norueguês para a investigação ambiental NINA⁵⁸) dedicada ao mapeamento participativo dos serviços culturais dos ecossistemas⁵⁹. Embora o foco principal do MapNat sejam os serviços ecossistêmicos culturais, o aplicativo atualmente permite mapeamento participativo de quatro categorias de serviços: serviços de aprovisionamento (apresentados em vermelho), serviços de regulação (apresentados em verde), serviços culturais (apresentados em azul) e “desserviços” dos ecossistemas (apresentados em amarelo)⁶⁰.

O MapNat foi concebido como uma ferramenta voluntária de “ciência cidadã”, para que as pessoas registem as suas experiências e

⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 11 de setembro de 2014, Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha, Processo C-525/12, onde se discute o conceito de “serviços da água”.

⁵⁸ Umweltforschungszentrum, integrado no Helmholtz Zentrum für Umweltforschung — UFZ em parceria com a Universidade de Kiel, na Alemanha e com <https://www.nina.no/english>.

⁵⁹ Versão Beta disponível para descarregamento gratuito em <http://www.ufz.de/index.php?de=40618>.

⁶⁰ Ver anexo I.

opiniões e as compartilhem on-line. Considerando a crescente tendência de usar a Internet para fins culturais, o potencial deste software de mapeamento, com versão em alemão, em inglês e em português, é imenso.

9. Conclusão

As novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) e sistemas de informação geográfica (SIG) permitem reconhecer opiniões e rastrear sentimentos, transformando emoções em factos que são inseridos no processo de tomada de decisão, ajudando a superar a sua complexidade.

Além disso, as sinergias entre ciência, tecnologia e lei podem aumentar a legitimidade, fortalecer a percepção de justiça das soluções legais para os problemas ambientais e reduzir os conflitos sociais.

Em conclusão, a revolução digital contribui para a convergência da ciência e da opinião pública para a proteção jurídica do meio ambiente, para produzir decisões mais integradas e aumentar a eficiência e a justiça da lei.

Anexo — MapNat App

<http://www.ufz.de/index.php?de=40618>





INCONSTITUCIONALIDADES TRIBUTÁRIAS E DIREITO DE RESISTÊNCIA

ANGELITO RIBEIRO

Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e

Palavras-Chave: *Direito de resistência; Inconstitucionalidade; Lei Tributária; Decreto — Lei N.º 3/2017, de 22 de março, que aprovou o Regime das Zonas de Estacionamento de Duração Limitada*

Resumo: *Este artigo constitui uma breve observação da legislação tributária aprovada pelo Governo e que afeta o direito fundamental dos cidadãos, designadamente o direito de propriedade e as liberdades individuais, servindo de binómio para uma pretensão crítica da observância de domínios de leis tributárias em Timor-Leste eivadas de vícios de inconstitucionalidade. É, em especial, apreciado o Decreto — Lei n.º 3/2017, de 22 de março, sobre o Regime das Zonas de Estacionamento de Duração Limitada, e dá a ver os vícios de inconstitucionalidade do seu regime e os meios possíveis de reação. São igualmente afluídos, ao longo do texto, o princípio da legalidade constitucional do Direito Fiscal e os contornos ou requisitos de definição constitucional das normas criadoras das taxas, a fim de girar, no lado dos seus vícios, o direito de resistência como via de reação.*

1. Introdução

O Direito Timorense refere muito abstratamente na Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRD'TL), no artigo 95.º n.º 2, alínea p), que é matéria de reserva da competência do Parlamento Nacional a legislação em matéria de criação fiscal. Por outras palavras, é inadmissível que outro órgão, que não o Parlamento Nacional, domine a criação legislativa sobre as matérias do imposto e das taxas. Em consonância, no artigo 144.º da CRD'TL prevê-se o *princípio da legalidade fiscal*, por onde o poder constitucional da definição do imposto e das taxas é concedido ao Parla-

mento Nacional “enquanto órgão soberano da representação do povo”¹.

Sendo assim, serão formalmente inconstitucionais as fontes normativas provindas de outros órgãos legiferantes. É o que vamos designar, no direito timorense, por “princípio da reserva de lei de todo o enquadramento constitucional do sistema fiscal”, por não se dissociarem normativamente conceitos, com apoio no artigo 95.º n.º 2, alínea p) da CRDTL².

Aprovada em 4 de junho de 2008 pelo Parlamento Nacional, a Lei Tributária (LT) — Lei N.º 8/2008 de 30 de julho-, não define contudo o que sejam os tributos. Define e estatui, sim, alguns impostos, e noutro registo sujeita a si tanto os contribuintes residentes como os não residentes. Porém, na LT não se encontra nenhuma previsão sobre a matéria das taxas, as quais são, também, de existência necessária³.

O suprimento desse vício de omissão — a falta, na legislação tributária, de um veículo aglutinador do regime das taxas — tem-se feito casusiticamente e, perdoe-se-nos a ousadia das palavras, emaranhadamente. Recentemente, o Estado de Timor-Leste, através do Governo, logo por Decreto-Lei, aprovou uma norma que define as taxas

¹ PEDRO CARLOS BACELAR VASCONCELOS, *et al. Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2011, p. 452.

² IDEM, *Ibidem*, p. 453.

³ Há tradicionalmente duas grandes divisões conceituais: os impostos e as taxas. De acordo com Casalta Nabais, esse critério de distinção ou divisão, designada por divisão bipartida ou binária, identifica o imposto como um tributo unilateral, dado que assenta numa relação jurídica não sinalagmática, é autoconformado e caracteriza-se pela coercividade. As taxas, por outro lado, seriam um tributo bilateral, por a sua relação jurídica ser sinalagmática, isto é, servir de correspectividade para uma prestação, um serviço, etc. Contudo, é ainda possível, fruto da amplitude de situações reais concretas da vida financeiro-tributária, dividir os tributos em três espécies. Esse critério, que se dirá tripartido, distingue entre impostos, taxas e contribuições, as últimas de dois tipos: contribuições especiais, que são unilaterais nas suas relações jurídicas, e contribuições financeiras, bilaterais quanto às relações jurídicas em que assentam. Definindo as contribuições, podemos dizer delas que são manifestações da capacidade dos contribuintes decorrentes do exercício de uma actividade administrativa. Diferentes, sem se confundir com os tributos, são as multas e as coimas, integradas no direito sancionatório por se caracterizarem pela infracção a uma norma vigente — cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 9.ª ed, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 42-47.

de estacionamento: o Decreto — Lei N.º 3/2017 de 22 de março, sobre o Regime das Zonas de Estacionamento de Duração Limitada (RZEDL)⁴. O mesmo se passa, não raras vezes, com outras disposições normativas a que o legislador timorense dá criação. O que não é de estranhar, pois o referencial histórico e axial do nosso art.º 144.º é o art.º 103.º da Constituição da República Portuguesa, em concreto o n.º 2, que erige aquele princípio da reserva de lei, certo, mas apenas por relação aos impostos⁵.

Aquele regime — RZEDL —, com o intuito de eliminar ou diminuir o engarrafamento rodoviário, pretende também “ordenar os locais de estacionamento (..), racionalizar a utilização de meios de transporte privado” e, ao mesmo tempo, na indelével conceção do *Estado em 3d*, cobrar novas taxas para os cofres públicos⁷. Sobre o RZEDL não vamos olhar a bondade da sua existência e soluções na agulha da concretude delas, outrossim usá-lo da parâmetro crítico sobre os meios constitucionais de criação do respetivo regime. Ora, na criação, as legislações devem seguir as regras constitucionais vigentes e aplicáveis, homenageando o princípio do Estado de Direito. O seu oposto significará, sem dúvidas, a inconstitucionalidade. Os destinatários da

⁴ Além do Decreto-Lei N.º 3/2017 de 22 de março, o Governo decreta amiúde também outras normas em que cria e trata de taxas. Designadamente, no Decreto-Lei N.º 2/2017 de 22 de março, que aprova o Sistema de Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos, e no Decreto-Lei N.º 51/2016 de 28 de Dezembro, sobre o Licenciamento de Mensagens Publicitárias.

⁵ Diz assim a norma: “Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes”. Nota-se, frente ao que veio a dispor o legislador constituinte timorense, uma divergência, não de lana caprina, mas que suspeitamos resultar de um vício, tantas vezes verificado, de técnica de legística por copy-paste, aqui em concreto com marcas de defeito de literacia, que até a cópia não foi bem realizada. Sobre a matéria, numa análise constitucional portuguesa, cfr. VITAL MOREIRA e J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I – Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, 2014. Para a obra remetemos para a compreensão, precisamente, daquele art.º 103.º, 2.

⁶ Referimos a análise hermética de VIEIRA DE ANDRADE sobre os poderes públicos e a estabilidade e eficácia das decisões, em — A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal e Estado Social”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 140.º, n. 3969 (Jul-Ago 2011), p. 345 e ss, e Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho, vol. I, p. 55 e ss.

⁷ Cfr. Exposição de motivos do Decreto — Lei N.º 3/2017 de 22 de março.

norma podem, nessas circunstâncias, usar de todos os meios legais para não acatar essas legislações viciadas, sobretudo através das garantias de fiscalização da constitucionalidade mas, em último ensaio, e sem hipótese de outros recursos, através do meio previsto no artigo 28.º da CRDTL, ou seja, pelo Direito de Resistência. Está em causa, mais do que a democraticidade, o que nos levaria ao aforismo — *no taxation without representation* —, a legalidade, entendida como legalidade constitucional.

1. Competência legislativa das legislações tributárias

No catálogo constitucional, vimos *supra*, reserva-se absolutamente ao Parlamento Nacional, de acordo com o artigo 95.o, n.º 2, alínea p) da CRDTL, a competência legislativa na definição da legislação tributária. Desenha-se ali um princípio, que o legislador deve respeitar, o *princípio da reserva da lei, interpretada tanto em sentido formal como em sentido material*. Segundo o primeiro princípio, devem os legisladores respeitar aquele órgão, formalmente competente para legislar as leis tributárias, isto é, o Parlamento Nacional. Esta reserva, que na situação que apreciamos é sem dúvida uma reserva absoluta, pode sê-lo, noutros campos, apenas relativa, ou seja, apenas definir parâmetros de ordenação por uma ordenação extra-legal, em sentido formal, entregue na legiferação a outro órgão de soberania (o Governo). No que concerne ao segundo princípio, o de interpretação de lei em sentido material, ele não é muito diferente dos recortes que pode sofrer a própria Constituição na sua exegese, entre Constituição formal, material, normativa, instrumental ou sociológica⁸. Assim, veda-se a escapatória normativa, hermenêuticamente ampla, do legislador se socorrer de outras vias, que não a estreiteza da lei do Parlamento Nacional, para versar nestes domínios.

Com as questões da competência legislativa do Parlamento Nacional interliga-se outro grande princípio constitucional, o *princípio do Estado de Direito*, previsto no artigo 1.º da CRDTL, e aqui, para nós na esfera da competência legislativa, interpretado como dever de obediência constitucional no procedimento normativo criativo, ou seja,

⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, 2002, pág. 79-95.

“subordinação do poder ao Direito e à vontade popular”⁹.

Ora, entendemos por subordinação do poder ao Direito a necessidade, escalonada a dois tempos, de sujeitar todos os actos normativos dos órgãos de soberania às regras e princípios da Constituição, mas numa definição que, dizem-nos os cânones da hermenêutica, seja conducente à chamada “Regra de Direito”¹⁰. Com efeito, a Constituição, a norma hierarquicamente superior — espécie de *Grundnorm* positiva, apropriando-nos dos estudos kelsianos¹¹ -, expressa o “poder constituinte do povo, ou seja, o direito do povo em fazer uma lei superior (...) da qual constem os esquemas essenciais e os respetivos limites”¹². Muito em suma, seguindo proximamente o “legado” francês, “não há Estado de Direito onde não houver uma constituição feita pela nação (entenda-se, pelos representantes da nação)”¹³.

Contudo, quanto à criação das normas tributárias, subordinam-se ao mesmo parâmetro constitucional. Isso significa uma sujeição ou limite

⁹ PEDRO CARLOS BACELAR VASCONCELOS et al. *Constituição Anotada...* *op. cit.*, p. 20.

¹⁰ “Regra de Direito” é expressão utilizada para significar quatro sub-fórmulas. Em primeiro lugar, significa a obrigatoriedade da adopção de um processo justo legalmente regulado quando se torna necessária (...) uma privação da liberdade ou da propriedade. Em segundo lugar, a regra do direito impõem a prevalência das leis e costumes perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, a sujeição de todos os actos do poder executivo à soberania dos representantes do povo. Por fim, em quarto lugar, direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de aí defender os seus direitos segundo os princípios do direito comum e perante qualquer entidade, pública e privada Cfr. J.J GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, [s. d.] P. 9. Mais desenvolvidamente, CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Digesta*, 2.º volume, Coimbra editora, Coimbra, 1995, 95 e ss; *O actual problema metodológico da interpretação jurídica — I*, Coimbra editora, Coimbra, 2003, 368. Ver ainda, clássico, o conceito de norma – tridimensional – de MIGUEL REALE — “Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores”, assente na tríade Fato, Valor e Norma: do autor, cfr. *Teoria Tridimensional do Direito*.

¹¹ Referência à obra *Teoria Pura do Direito*, de HANS KELSEN. Sobre o sistema normativo, contudo, pode ver-se uma correcta noção de sistema como relação ordenada e coerente em REINHOLD ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, München, 1999, p. 36.

¹² J.J GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, [s. d.] P. 9.

¹³ IDEM, *Ibidem*, p. 9.

muito peculiar, sobretudo naquelas matérias capazes de tocar em direitos fundamentais, ou seja, as chamadas leis restritivas de direitos fundamentais. Para essas, também, existe uma reserva de lei do Parlamento Nacional e, além disso, para os direitos fundamentais que venham a restringir-se, a necessidade do legislador respeitar o seu núcleo essencial ou intangível, sob pena de nulidade da própria lei¹⁴.

Além do princípio do Estado de Direito proclama-se o princípio da legalidade. Para todos os actos normativos relacionados com os impostos e as taxas, ou seja, ainda relacionados com direitos fundamentais dos cidadãos, refractariamente a liberdade e o direito de propriedade dos cidadãos, exige-se aquela lei do Parlamento Nacional (artigo 144.º n.º 2 da CRDTL). No âmbito fiscal, precisamente, essa reserva de legalidade expressa-se enquanto *princípio da legalidade fiscal*.

Tentando a explicação, diremos que se fixam duas naturezas ou limites às normas tributárias. Em primeiro lugar, “os limites de natureza formal, limites relativos portanto a *quem* pode tributar, ao *como* tributar e ao *quando*, tributar”¹⁵, onde existe o subprincípio do *princípio da reserva de lei formal*, atributivo de competência exclusiva ao Parlamento Nacional para a aprovação das leis fiscais¹⁶.

Encontramos depois, então, os “limites relativos ao *que* e ao *quanto* tributar”¹⁷, denominados limites de natureza material. É dizer, sob a competência do Parlamento Nacional, a escolha das matérias para tributação dos contribuintes e o nível, gravame, taxa ou grau de incidência do tributo¹⁸.

De acordo com a redação do n.º 2 do artigo 144.º da CRDTL, é da competência do Parlamento Nacional, tanto formal como materialmente, a definição dos elementos essenciais dos impostos e das taxas, ou, melhor dizendo, os elementos essenciais do imposto e da taxas devem ser definidas por Lei do Parlamento Nacional, já que “os impostos e as taxas

¹⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 19. Cf., artigos 24.º e 144.º n.º 2 da CRDTL

¹⁵ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 9.ª ed, Almedina, Coimbra, 2016, p. 137.

¹⁶ RUI BOTICA SANTOS e HUGO PINHEIRO FERREIRA, *Direito Fiscal Timorense*, Díli, Timor Editora, 2017, p. 44.

¹⁷ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal... op. cit.*, p. 137.

¹⁸ A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, 3ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 187.

são criados por lei, que fixam a sua incidência¹⁹, benefícios fiscais e garantia dos contribuintes”. Chegamos, portanto, a uma primeira conclusão: conjugando os artigos 95.º e 144.º da CRDTL, o regime constitucional criador das taxas é o mesmo do imposto, isto é, um regime unitário²⁰.

Em suma, a competência legislativa para a norma tributária, reserva formal e material do Parlamento Nacional, resulta de uma ideia de *autotributação* ou *autoconsentimento*, uma vez que é o Parlamento Nacional o órgão mais representativo do povo: “(...) os impostos devem ser consentidos pelos próprios contribuintes”²¹, diz-se. Ou, recuperando os velhos ensinamentos, não há tributo sem representação, como proclamou a *Magna Carta Libertatum* o princípio, tão afamado, da *no taxation without representation*²².

2. Vícios de inconstitucionalidade da norma tributária

Uma norma tributária está viciada de inconstitucionalidade se a criação respetiva não seguir a regra-padrão estabelecida e arrepiar os pressupostos e princípios constitucionais. O RZEDL, na forma de um decreto-lei, é uma norma de criação governamental que impõe aos

¹⁹ No artigo 144.º n.º 2 da CRDTL por uma omissão, de não prever a taxa de imposto como elemento essencial do imposto e taxas, sendo que, as taxas dos impostos são também obrigados a definidos por lei do parlamento nacional sob a pena da nulidade da mesma, breve comparação da CRDTL com Constituição da República Portugal Cf, artigo 103.º n.º 2 da Constituição da república português.

²⁰ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *A Definição do Sistema Constitucional de Fontes de Direito no Procedimento legislativo em Timor-Leste (Submissão a Comissão Reforma Legislativa)*, [s. n. : s. l.], [s. d.], p. 4.

²¹ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal... op. cit.*, p. 138.

²² *No Taxation Without Representation*, significa, em tradução literal, que não há imposto sem representação. Traduz uma ideia, portanto, de representatividade tributária. Surgida no fervor do liberalismo norte-americano, o mesmo que ditaria a independência do que hoje são os Estados Unidos da América diante do Império Inglês, este princípio rejeitava a tributação sem que aqueles territórios fossem representados no parlamento inglês, onde não tinham assento. Um dos pilares da própria independência americana, esta afirmação expõe uma limitação apriorística da “democracia representativa” no facto posterior da criação do tributo. Mais resumidamente, significa o próprio princípio da legalidade fiscal em si mesmo, fazendo depender a criação dos impostos da existência da norma, ou regra, de direito — cfr. *Idem, Ibidem*, p. 138.

cidadãos condutores de veículos motorizados (automóveis e motocicletas) o pagamento de uma taxa de estacionamento em espaços determinados com duração limitada.

Contudo, esse decreto-lei está viciado de inconstitucionalidades, visto que a competência, nos termos da constituição, é absoluta do Parlamento Nacional. Na nossa arquitetura constitucional são quatro os órgãos de soberania, independentes entre si no jogo interpenetrado de controlos e balanços com influência em Montesquieu²³. Esta primeira inconstitucionalidade é, por nem se admitir a reserva relativa, uma inconstitucionalidade formal. É por isso uma deficiência na formação ou exteriorização do acto jurídico que atinge a sua forma.

Mas há também *inconstitucionalidade orgânica* na criação do RZEDL pelo Governo, segundo os artigos 95.º, n.º 2, alínea p) e 144.º, n.º 2 da CRDTL. Há, pois, o toque ilegal normativo que atinge uma norma de competência²⁴.

²³ Quanto a esses órgãos, quatro, são o Presidente da República (art.ºs 74.º ss CRDTL), eleito por sufrágio universal directo para um cargo de cinco anos; o Parlamento Nacional (art.ºs 92.º ss CRDTL), igualmente eleito para um mandato de cinco anos, e sob o auspício do poder máximo da sua destituição pelo Presidente; o Governo (art.ºs 103.º ss CRDTL), empossado pelo Presidente da República e escolhido pelo Primeiro — Ministro nomeado pelo mesmo Presidente da República segundo os resultados eleitorais, logo de princípio cabendo o lugar ao partido político ou coligação de partidos políticos mais votada; e os Tribunais (art.ºs 118.º ss CRDTL), que exercem a justiça em nome do povo com garantias de imparcialidade, inamovibilidade e independência.

²⁴ A definição do conceito de inconstitucionalidade orgânica mistura-se, e as mais das vezes até entra em consunção, com o de inconstitucionalidade formal. Há lugar ainda, porém, para a distinção, precisamente na tónica da norma ou esfera de competência ser o que restringe o conceito orgânico de vícios de inconstitucionalidade. Sobre a matéria, cfr. RUI MEDEIROS, “Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional”, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dezembro de 1989, pág. 521. A discussão poderia, ainda, alargar a outras conceitologias. Assim, p. ex., o de inconstitucionalidade orgânica pretérita post-constitucional, isto é, e citando jurisprudência portuguesa, “quando o legislador constituinte revê as suas opções, conferindo a determinado órgão uma competência que dela carecia, não está a “legitimar” procedimentos legislativos que tivessem ofendido os comandos constitucionais ao tempo aplicáveis” — cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 246/2005. Sobre a matéria, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa* Anotada, 2.ª ed., II Vol., Coimbra Editora, 1984, pág. 487 e ss.

Vício de inconstitucionalidade há, ainda, ao nível da chamada *inconstitucionalidade material*, por se atingirem as “normas do estatuto jurídico do Estado que regulam o seu poder e as suas relações com a sociedade”, o que se expressa, em suma, em vícios no conteúdo ou na matéria de uma norma que afronta um princípio ou lei na hierarquia jus-fundamental²⁵.

Vista a tríplice inconstitucionalidade do RZEDL, vejamos as vias de reação, em particular uma de casos limite. Outros exemplos, e são muitos os que poderíamos trazer à saciedade, podemos encontrar. Ou seja, situações legislativas em que há a criação de taxas sob a forma de um decreto-lei. Dessa forma, além do Decreto-Lei N.º 3/2017 de 22 de março, encontramos decretados pelo Governo, nomeadamente, o Decreto-Lei N.º 2/2017, de 22 de março, que aprova o Sistema de Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos, e o Decreto-Lei N.º 51/2016, de 28 de Dezembro, sobre o Licenciamento de Mensagens Publicitárias.

3. Um ensaio-limite: o Direito de Resistência

Direito de resistência é o direito pelo qual os cidadãos podem atuar contra os actos do poder público, caracterizados pela infração de leis inconstitucionais ou ilegais, que violam os seus direitos fundamentais. Este direito tem, contudo, natureza subsidiária, é de “*último ratio*”²⁶, pelo que só se lhe recorrer quando é impossível o recurso aos meios de resolução estaduais típicos, em linha com o disposto no artigo 28.º da CRDTL.

As normas tributárias, precisamente, são ainda normas que regulam e limitam os direitos fundamentais dos cidadãos, em linha com o que nos conta o artigo 24.º da CRDTL, razão por que são de definição única por lei do Parlamento Nacional. No que diz respeito ao RZED, esta norma ostenta vícios óbvios de inconstitucionalidade, pois regula e prevê na forma de decreto-lei matérias do direito tributário (taxas) que incidem sobre direitos fundamentais dos cidadãos, arrepiando portanto os artigos 95.º, n.º 2, alínea p), e 144.º, n.º 2 da CRDTL.

²⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Volume I. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 51.

²⁶ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª-Ed, Almedina, Coimbra, [s. d.], p. 512.

No quadro destas razões, os destinatários do RZEDL são afrontados diariamente com uma inconstitucionalidade. *Resistir é vencer*, sabemos enquanto povo como lição da libertação. Mas resistir é, também, um direito constitucional poderosíssimo. Deste direito, previsto no artigo 28.º da CRDTL²⁷, diz-se que tem duas dimensões de aplicação: “uma dimensão passiva, de direito de não acatar, e outra dimensão ativa, isto é, direito de resistir”²⁸.

No que diz respeito à primeira dimensão, os titulares de direitos fundamentais violados podem recusar-se, no limite, a acatar o RZEDL com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou seja, na “dimensão passiva” do direito da resistência.

Não se escondam, contudo, os caminhos ordinários, jurisgênicos ou políticos, decerto mais óbvios e menos radicais. Pode por isso caminhar-se pela via da declaração da inconstitucionalidade do RZEDL, isto é, recorrer ao Provedor de Direitos Humanos e Justiça (PDHJ) para que este, no seu poder engenhoso de influência política, mas sobretudo no âmbito dos seus poderes processuais, solicite ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) o jugo de inconstitucionalidade da norma, de acordo com o artigo 27.º da CRDTL, conjugado com o art.º 150.º, f) da CRDTL²⁹.

²⁷ O direito da resistência, no encontro das suas raízes, não encontra limites na analepse da sua análise. Pode ver-se na rejeição da norma injusta, ainda na Grécia, e tão bem representada na Antígona de Sófocles ou, mais tarde, na idade média, em São Tomás de Aquino e, já depois, em Hobbes, Rousseau, Montesquieu, Locke. Etc. O que este direito significa é, isso sim, a consciência da existência de limites da obediência do indivíduo em relação ao Estado, aceitando-se por isso, constitucionalmente, esta forma de defesa de direitos fundamentais ofendidos por actos públicos, sobretudo na liberdade e na propriedade. Para uma análise histórica, cfr. JOSÉ CARLOS BUZANELLO, *Direito de Resistência Constitucional*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002.

²⁸ PEDRO CARLOS BACELAR VASCONCELOS et al. *Constituição Anotada... op. cit.*, p. 114.

²⁹ Ressalvada a crítica ao lado “insólito” da norma, por obnubilar os concretos actos sobre os quais se pode pedir a fiscalização da constitucionalidade, há que ler com grano salis a desenvoltura desta competência do Provedor de Justiça, pois de acordo com o art.º 164.º, 2 da CRDTL, até que seja criada a instância do STJ, as suas competências são exercidas pela “Instância Judicial Máxima” existente em Timor-Leste, actualmente o Tribunal de Recurso, embora essa competência também já resultasse da interpretação do art.º 163.º, 2 da CRDTL. Sobre a orgânica judiciária de Timor-Leste, cfr. O Regulamento da UNTAET 2000/11, de 6 de Março, alterado pelos Regulamentos 2000/18, de 21 de Ju-

Alem disso, pode recorrer-se diretamente ao (STJ) através de uma petição colectiva, para que igual inconstitucionalidade seja declarada, nos termos do artigo 48.º da CRDTL. Por melhores palavras, um dos direitos reconhecidos constitucionalmente aos cidadãos é a faculdade de reclamar e apresentar petições quando os seus direitos sejam violados ou “dirigir a quaisquer autoridades públicas petições, representações, reclamações ou queixas”³⁰.

4. Conclusão

Literalmente, inconstitucional é o desvalor normativo das normas fundamentais hierarquicamente superiores, da *suprema lex*.

O RZEDL, por afrontar essas normas nos tempos formal, material e orgânico, sobretudo os artigos 95.º, 2, p) e 144.º da CRDTL quando afunila na forma de um decreto-lei a criação de uma taxa, matéria restringida à força normativa da lei estrita do Parlamento Nacional, é, podemos dizer apodicticamente, inconstitucional. Colide, em síntese, com o chamado princípio da legalidade fiscal.

lhom e 2001/25, de 14 de Setembro. Sobre este ponto, cfr. também FLORBELA PIRES, Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste, in AA.VV., *Estudos em Memória do Professor António Marques dos Santos*, II, Coimbra, 2005. Quanto ao Ombudsman, raiz etimológica da sua criação no continente europeu, e ali nos países nórdicos (Suécia), cfr. CATARINA SAMPAIO VENTURA, *Direitos Humanos e Ombudsman. Paradigma para uma Instituição Secular*, Lisboa, Provedoria de Justiça, 2007. Ainda sobre o Ombudsman, ou Provedor de Justiça, em síntese, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª ed., 2017, p. 639 ss.

³⁰ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 7.ª ed., *op. cit.*, p. 512. Sobre este direito de petição, que o art.º 48.º consagra, há contudo que notar a falta de ligação umbilical de legitimidade com o art.º 150.º. Assim, a fiscalização de constitucionalidade referida, para existir, é indirecta, querendo com isso dizer que resultará da pressão popular, exercida sob a forma de reclamação, queixa ou petição, a um dos órgãos de soberania para espoletar o processo de fiscalização da constitucionalidade. Como se diz, e diz-se autorizadamente, “o direito de petição só não pode ser exercido junto dos tribunais, porque estes recebem apenas os pedidos segundo formas e tramitações especificamente reguladas na lei processual” — cfr. PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Constituição*, *op. cit.*, p. 180. Ainda sobre o direito de petição, cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Almedina, 2017, p. 344 ss.

Na sequência de inconstitucionalidade do RZEDL não admirará que os titulares dos direitos violados por este decreto-lei inconstitucional, todos os cidadãos em geral, possam reagir. Ora, a via limite dessa reação é o direito de resistência, sufragado no artigo 28.º da CRDTL. E resistir é, apenas, não pagar.

No entanto, há antes dois caminhos de maior legalidade constitucional. Um é o recurso ao PDHJ para solicitar ao STJ a declaração de inconstitucionalidade normativa, ao abrigo do artigo 150.º alínea f) da CRDTL. Outra é o recurso ao STJ através do exercício do direito de petição, nos termos do artigo 48.º da CRDTL, dada a existência de uma ofensa de direitos fundamentais.

O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA ORGANIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DE TIMOR-LESTE

BENJAMIM DE ARAÚJO E CORTE-REAL

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e
Antigo Reitor da Universidade Nacional Timor Lorosa'e
Diretor do Instituto Nacional de Linguística*

1. Introdução

Da história de evolução de povos depreendem-se os núcleos sociais humanos em afirmação existencial em ritmo variado, consoante contextos e circunstâncias diversas, mas seguindo um ímpeto evolutivo comum: o impulso natural pela sua emancipação. Assim, tudo o que lhe é obstructor encara ação de revolta e/ou resistência, pois, latente ao homem está uma predisposição à auto-defesa, que se manifesta ou se oculta no momento preciso, quando dá conta de prejuízos ao seu destino emancipalista.

Nos relacionamentos humanos em que os favorecidos projectam, de forma confortável, seus ganhos sobre os desfavorecidos, e em que o exagerado desnível de poder é vector relacional, outro fenómeno não é esperado senão uma reação de rejeição por aqueles que se assumem vítimas, sobretudo quando este estatuto lhes é impingido de forma teimada e sistemática.

As implicações da realidade supracitada afinam em dois níveis — o individual e o coletivo. No primeiro caso, trata-se da reação do indivíduo contra o subjugo sobre si infligido, na sequência da tomada de consciência do seu estado de prejuízo. No segundo, a reação emana das pessoas que, pelo sentido de pertença que as une em torno dos mesmos valores,

princípios e interesses, se identificam como uma entidade única. E é justamente essa reação de recusa, decorrente da tomada de consciência e do sentido de pertença, que perfaz o nó propulsor das lutas de afirmação emancipalista, tanto dos indivíduos como das sociedades. O seu sucesso corresponde normalmente ao decair e à falência dos grandes poderes de subjugação, de opressão, de exploração e de demais formas de injustiça social. O vocabulário a que estamos habituados envolve uma dicotomia entre as figuras, por um lado, do poderio colonial, do absolutismo monárquico ou ditatorial, do feudalismo senhorial, etc; por outro, do colonizado, do escravo, do analfabeto, do servo.

A caminhada das sociedades se deve, então, à soma das vontades conjugadas em torno de determinados valores, mormente, a consciência da dignidade humana, os direitos humanos, tais como a liberdade individual, a justiça social, a auto-determinação e, ainda, os direitos políticos e civis como a cidadania, a igualdade e a não-discriminação, e a partilha do poder de decidir, etc. Longe de ser fácil, tais processos preencheram a história dos povos com custos elevados e de vária ordem.

Mas este estado conflitual não se esgota na relação colonial entre povos: ele dá-se também dentro da própria comunidade donde emana ou onde se instala o poder político, por exemplo os governos ditatoriais nos seus próprios Estados, contra o seu próprio povo. Por outro lado, não faltaram figuras progressistas dentro dos regimes opressores que contribuíram para derrubar o seu próprio regime.

Por isso, não se deve perder de vista que os processos pacíficos de descolonização [em que sectores progressistas conseguiram a abolição da escravatura], sectores humanistas que promoveram a solidariedade internacional, individualidades e organizações internacionais que apoiaram as lutas de libertação nacionais, o fim do *apartheid* na África do Sul, etc, representam um contributo concomitante à causa das sociedades em luta, afastando-nos duma generalização fácil de estereótipos. Por isso, a dialética poder-vítima não se faz por critério de raça, cultura, poder político, etc. Há, e cada vez mais, a solidariedade humana transversal a todas as civilizações que vai inculcando as mais profundas causas de injustiça para as dismantelar a favor das pessoas ou grupos oprimidos, pela sua liberdade e pela sua emancipação e auto-determinação.

Importa destacar que as guerras coloniais, as revoluções e o derube dos regimes ditatoriais e opressivos, ou a rescisão de certas parcelas comunitárias de Estados para formar novos Estados independentes, a reivindicação das independências, são ilustrativos da contínua luta pela liberdade, igualdade de direitos, e pela independência dos povos e pela condigna convivência entre povos, culturas e nações no mundo.

A conexão ou reconexão também se provam constituir uma solução ou uma saída nos processos de auto-realização. Quer dizer, por um lado, os povos, recusando-se ao subjugo colonial ou de opressão, lutam pela sua libertação e independência; por outro, pela prevalência de interesses e conveniências estratégicas, comunidades há que tomam a via da sua integração a Estados independentes, confiando nestes o rumo do seu futuro, reduzindo significativamente, por isso, a sua própria soberania, contentando-se com a detenção dalgum grau de autonomia. Eis o caso dos povos que gozam de estatuto especial dentro de um Estado como, por exemplo, o Porto Rico em relação aos Estados Unidos, ou como as regiões especiais de Hong Kong e de Macau dentro da República Popular da China, etc.

Portanto, a integração de algumas comunidades políticas a Estados independentes, as iniciativas de formação de blocos regionais ou de adesão a blocos existentes, ou ainda de organizações inter e multi-regionais (o caso da CPLP) são a prova evidente da busca activa e criativa de conjugações de interesses no novo quadro das tendências das sociedades na ordem internacional da actualidade.

2. Acepção da soberania popular

Quando a valorização da vontade colectiva se vai ampliando, começa a rescindir-se ou fica preterido o foro concentrado de tomadas de decisão. É isto que vem dar lugar a novas propostas para uma nova engenharia social que se quer mais compatível com a soberania dos povos — em que “o povo é quem mais ordena” (canta a revolução dos cravos do 25 de Abril português). Isto é, onde o exercício legítimo do poder político é concebido como advindo do povo, exercido pelo ou em nome do povo e ao serviço do mesmo povo.

É nesse sentido que podemos compreender, por exemplo, o nexo lógico entre a revolução dos cravos de 25 de abril de 1974, em Portugal, e a consulta popular de 30 de Agosto de 1999 em Díli, Timor-Leste. É assim que podemos melhor compreender os fatos cronológicos intermediários entre aqueles dois acontecimentos.

De notar que, com a mobilização da comunidade internacional, desde logo, com o envolvimento da ONU, além da solidariedade internacional, se apreende melhor a noção do que é a **soberania** popular e da sua dimensão; ou seja, a importância que o mundo dá à vontade do povo quanto ao seu destino, ao seu futuro, ao seu rumo de realização na história.

Ainda no caso específico de Timor-Leste, constata-se que a luta pela libertação foi dura e longa. Mas não basta! É preciso que, hoje, restaurada a independência, com o reconhecimento da comunidade internacional (a 27 de setembro de 2002, a RDTL se tornou oficialmente o 191º membro da ONU), se assegure que se criem mecanismos para garantir a consequência dessa libertação. De ora em diante, são os mecanismos legais e legislativos internos que devem garantir o cumprimento cabal do desiderato que, afinal, originou a luta: o princípio de que o poder político legítimo, de fato, radica no povo — esta é a consequência da libertação.

Em agosto de 2001, marcou-se o solene início da soberania popular — com a realização do ato eleitoral do qual se formou a Assembleia Constituinte. Esta foi a plataforma de auscultação ao povo timorense sobre o seu futuro: não já sobre a luta da resistência contra a ocupação, mas, sim, — quais os seus grandes ideais num e para um Timor-Leste livre e independente.

Sem dúvida alguma, a Lei Fundamental, aprovada a 22 de março e vigente a partir de 20 de maio de 2002, é o portador dos ideais e propósitos mais condensados do povo e do país inaugurado no dealbar no novo milénio.

Ora, como é que a democracia é garantida na vida política timorense? E como é que ela funciona? Eis algumas questões cuja resposta será dada após devida indagação ao teor da Constituição da RDTL.

3. Elementos garantísticos da democraticidade da organização do poder político

3.1. Noções

3.1.1. *A soberania popular*

As Constituições fazem-se como marco de ruptura com o passado e, simultaneamente, como início de uma nova ordem jurídica. É assim que nasce a Lei Fundamental timorense. Vigente a partir de 20 de maio de 2002, ela explica-se preambularmente pelo discurso emancipalista, realçando a secular luta de libertação do povo, apontando o exato sentido da ruptura e exaltando um novo quadro axiológico para o futuro (Cf. Preâmbulo da C-RDTL).

Estreia o articulado com a cabal convicção pelo princípio democrático ao definir, no artigo 1º/1 da Constituição, a RDTL como “um Estado de Direito Democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana.”

A origem e o exercício do poder estão expressos nos números 1, 2 e 3 do artigo 2º da Constituição, momento em que se reitera que a soberania radica no povo e cujos modos de exercício estão consignados na própria Constituição. É ditame deste artigo a subordinação do Estado à Lei Fundamental.

3.1.2. *O poder constituinte*

O poder constituinte é aquele que se destina a estabelecer ou a rever a Lei Fundamental. Para ser permeado da soberania popular nessa tarefa, é necessário que a sua designação resulte de um processo transparente e credível em termos de representação e representatividade da legítima vontade do povo. Daí se efectuam os atos eleitorais e de onde deriva a sua legitimidade democrática. Assim se assegura o nexos entre a vontade popular e a forma credível e exequível de traduzir essa vontade .

O legislador constituinte timorense reforça esta visão ao deixar fazer-se uma revisão constitucional só depois de decorridos seis anos desde o primeiro dia da sua vigência, ou a qualquer momento na condição de que a iniciativa tenha o apoio de uma maioria de 4/5 dos Deputados em efectividade de funções (Art. 154.º da Constituição). “A soberania reside no povo...” (Cf. Art. 2/ n.1 C-RDTL), *Vox populi vox Dei*.

No caso timorense, em agosto de 2001, realizaram-se as eleições democráticas sob os auspícios das Nações Unidas e da comunidade internacional para a escolha de Deputados para a Assembleia Constituinte. Esta fora mandatada para redigir a Constituição da RDTL que viria a entrar em vigor a 20 de maio de 2002. Seguiu-se a transformação da Assembleia Constituinte num órgão legislativo ordinário que é o Parlamento Nacional.

3.1.3. *A legitimidade democrática (directa e indirecta)*

No regime democrático, como a palavra diz, o que confere legitimidade ao poder político é a vontade popular. Há mecanismos diretos e há-os indirectos, no apuramento dessa vontade. Essencial aqui é a garantia da transparência desses mecanismos por forma a manter-se o firme desiderato constitucional da livre expressão da vontade do povo. Uma vez garantida essa livre expressão, segundo a lógica democrática, procede-se o alinhamento de todas as decisões políticas com essa mesma vontade expressa. [Cf. Art. 7.º da C-RDTL].

As eleições gerais ou parlamentares, as eleições presidenciais, as eleições municipais ou autárquicas, são exemplos do escrutínio directo e geral, atos cíclicos e regulares que determinam os eleitos para os respectivos órgãos de soberania ou do poder local — cargos colegiais ou unipessoais. É a legitimidade directa [Cf. Artigo 7.º (Sufrágio universal e multipartidarismo)].

Por outro lado, ilustram a legitimidade indirecta as nomeações políticas, pelos órgãos competentes, de determinados cidadãos para determinados cargos públicos de relevo no país. Diz-se que assim procedem no uso da confiança política a si atribuída pelo povo. As decisões tomadas são feitas por interpretação da vontade do povo, pelos órgãos competentes.

Assim, a titularidade do poder político não se atribui, senão segundo o escrutínio eleitoral universal e directo ou segundo meios indi-

rectos transparentes de apuramento da vontade do povo, isto é, de mecanismos que transpiram a livre expressão da vontade popular. Portanto, ao contrário do modelo impositivo duma ditadura militar, duma monarquia hereditária ou dum absolutismo ditatorial, sob pretexto de estabilidade nacional, paz para o desenvolvimento, etc, hoje, o titular do poder político estriba-se na confiança que lhe confere o povo ou se crê estar em sintonia com a vontade popular.

3.1.4. *O mandato*

A aceção de mandato pressupõe a titularidade original de uma autoridade que faz emanar certa porção dessa autoridade para um determinado destinatário — o mandatário. O mandato é a autorização para o exercício de um poder derivado. O mandatário será uma autoridade derivada, conseqüentemente. O Presidente da República, o Parlamento Nacional ou a Assembleia da República, o Governo são órgãos de soberania, cujo poder político entronca um mandato atribuído pelo povo através do sufrágio. Este é o ato solene de legitimação do(s) titular(es) do poder político, em consonância com o resultado do ato eleitoral, pela regra da maioria.

Portanto, o mandato, para além de significar, através do ato eleitoral, a legitimação do exercício do poder político por um tempo determinado, consagra ainda, de forma intrínseca, a sua origem — a soberania popular (Cf. Art. 2/ n.1 C-RDTL).

Nos casos de nomeação política, trata-se de legitimidade indirecta, acima discutida. O mandatário é alguém indigitado ou nomeado por um ou mais órgãos legítimos, ou seja, órgãos que foram democraticamente eleitos.

3.2. *Princípios*

Desde a sua génese, é *sine qua non* ao ideal da democracia o princípio da participação política dos cidadãos. Tal o ressentimento contra a experiência dos regimes anteriormente conhecidos — em que o povo não passava de um objecto do poder absoluto, excessivo e abusivo do monarca, imperador, ditador, senhor feudal, etc. O novo regime não

podia não exigir a inclusão dos sujeitos nas decisões pilares da governação do Estado. Assim se estabeleceram as duas formas de participação do cidadão na vida política do país. Uma é conhecida por Democracia Representativa, quer dizer, a vontade do povo é expressa por via dos seus representantes eleitos, que se ocupam a tempo inteiro de interpretá-la e de ecoá-la nas deliberações por forma a que os interesses do povo possam ser salvaguardados e realizados através das “*policies*” que os órgãos de soberania, sobretudo o Parlamento Nacional, acabam por aprovar.

Esse cargo de representantes eleitos, no caso timorense, o Parlamento Nacional, é o segundo órgão soberano do país, pois resulta de um escrutínio geral a nível nacional.

A outra forma de participação política do cidadão é conhecida por participação activa. Nesta se inscreve a participação directa nas eleições gerais que, pela sua pouca praticidade, ficam consensuadas a ter lugar apenas ciclicamente em que todo o cidadão apto tem direito a votar e exerce esse direito como um ato cívico. O ato eleitoral por sufrágio universal, directo, secreto e pessoal (Presidencial, Parlamentar e dos Sucos) em Timor-Leste é quinquenal, calculado como um espaço temporal razoável para permitir ao eleitorado sustar ou mudar de opinião quanto ao objecto da sua escolha (Cf. Art. 64.º C-RDTL, o princípio da renovação).

Conhecem-se ainda outras formas de participação activa. As manifestações públicas em que qualquer cidadão pode expressar-se e fazer ouvir a sua voz, as suas demandas e reivindicações, exigindo atenção e atuação por parte dos órgãos de soberania, são uma delas. A formação de partidos políticos, o sindicalismo, por meio dos quais se defendem os interesses do grupo ou mais ou menos gerais face aos órgãos representantes do Estado, ilustra essa participação activa dos cidadãos na vida pública do país. As eleições no âmbito dos municípios, dentro das organizações, etc, tudo comprova a liberdade e a participação activa na política (Cf. Art. 46.º C-RDTL, Direito de participação activa).

Neste caso, no contexto timorense, não deixa de ser importante determinar-se um limite aos mandatos políticos — em contraposição ao vício do *Ancièn Régime* — que é o princípio da hereditariedade ou de funções vitalícias de detenção do poder político. O regime democrático, no caso timorense, impõe a que o mandato se renove por recandidatura e por via do escrutínio universal e secreto ciclicamente, e em que os man-

datos acumulados se não excedam dois seguidos. Caso contrário, a própria democracia estaria a negar-se a si mesma, pois a acumulação, por toda a parte pelo mundo fora, tem sido precisamente um dos males dos antigos regimes que geraram as revoluções: a não alternância traz, quase sempre, os riscos de abuso sistemático do poder.

Contraponto ao poder absolutista da concentração de todos os poderes numa única pessoa detentora, a democracia vem consagrar a separação de poderes. A Revolução Francesa não se desperdiçou do momento para garantir uma efectiva limitação dos poderes dos órgãos de soberania — equacionando uma clara distinção desses poderes e, por conseguinte, uma atribuição de parcelas desses poderes a órgãos especializados:

- Órgão legislativo;
- Órgão executivo;
- Órgão judicativo.

No caso timorense, no sistema semi-presidencialista, destaca-se ainda outro órgão de soberania que é o Presidente da República, Chefe do Estado e moderador dos três outros; é ainda ele o garante do normal funcionamento das instituições democráticas.

Todos esses órgãos têm competências próprias e específicas, mas no exercício das suas funções não se portam de forma estanqueada, mas sim, em interdependência entre si.

O Governo — o órgão executivo — é formado com base na maioria parlamentar, esta resultante das eleições gerais, com sufrágio universal, directo, secreto e pessoal. Daqui podemos ver o nexu do raciocínio lógico democrático — directo e indirecto (Cf. Art. 7.º, Art. 103.º — art. 117.º, C-RDTL).

O executivo responde perante o Parlamento Nacional — do qual necessita de apoio e da aprovação do seu plano orçamental e plano de ação anual para poder governar. A C-RDTL estipula que se o Plano do Governo for chumbado duas vezes seguidas pelo Parlamento Nacional, o Governo é demitido, e outro partido ou bloco parlamentar com maior número de assentos é convidado a formar novo Governo (Cf. Art. 106.º, C-RDTL — Nomeação do Governo).

Os tribunais — que representam o poder judiciativo, são independentes e exercem as suas funções e competências isentos de interferência política de qualquer outro órgão do Estado. Porém, a sua estrutura magistral é decidida colegialmente pelo Governo, Parlamento Nacional e tomam posse do Presidente da República (Cf. Art. 118.º — 131.º, art. 119.º e art 121.º, C-RDTL).

O Presidente da República tem o poder de pedir ao Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal de Recurso) para se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer diploma que lhe for apresentado para promulgação. Há aqui um ponto de controlo — de dependência do Governo e do Parlamento Nacional ao Presidente da República (Cf. art. 149.º, C-RDTL — Fiscalização preventiva da Constitucionalidade; art. 120.º, C-RDTL — apreciação de constitucionalidade).

3.3. Mecanismos

A liberdade de erigir partidos políticos deve ser um dado patente da democracia. Eles têm o seu mecanismo próprio de se regerem democraticamente, tais como a realização periódica de congressos e conferências em que se determinam políticas organizativas, se adoptam estratégias de afirmação e auto-imagem do partido, de alternância de liderança, de discussão de planos de ação para períodos determinados. São órgãos que apresentam propostas, projetos de viabilização do país a apresentar ao eleitorado (Cf. art. 7.º, 70.º, C-RDTL — partidos e sufrágio).

O Estado de partido único dificilmente garantirá a vivência democrática porque anula de raiz a divergência de opiniões/ ideias, porque destrói o horizonte optativo do cidadão que requer uma liberdade de escolher frente a uma panóplia de possibilidades sobre as quais vai exercer a liberdade de organizar, de ponderar e de decidir, por sua livre vontade.

Os partidos políticos, pela natureza disputativa da sua organização, proporcionam alternativas sobre as quais o cidadão individual, no uso da sua liberdade constitucionalmente garantida, vai decidir, de tal maneira que os que forem escolhidos em nome do partido que recebeu votos suficientes, de fato, se revestem da confiança do povo.

O número de votos recolhidos por cada partido é traduzido pro-

porcionalmente em assentos a preencher no Parlamento Nacional — mantendo intato o nexu democrático da vontade popular e sua representação no Parlamento Nacional.

3.4. Atos

O ato eleitoral é uma medida preponderante do estado de saúde da democracia de um país. A sua organização, por isso, não deve sofrer vícios. Caso contrário, fica minado o ideal da implementação e vivência da democracia; porque uma organização rigorosa é condição necessária para garantir a objectividade que é indispensável para assegurar o princípio democrático. E isto só é exequível quando o Estado é sério e determinado a implementar a Democracia, que não apenas uma ‘quase-democracia’. Embora se saiba que o processo dos atos eleitorais é, por vezes, usurpado por força políticas prepotentes, impõe-se que o Estado no seu todo esteja à altura de o observar paulatinamente para que a democracia, de fato, se realize.

No caso timorense, os órgãos de Estado responsáveis directamente pelo andamento normal e ordeiro dos processos e atos eleitorais são a Comissão Nacional de Eleições (CNE) e o Secretariado Técnico e Administrativo de Eleições (STAE), que velam pela integridade e validade democráticas das eleições: gerais, presidenciais, a nível nacional e municipal, e a nível dos sucos, a nível local.

Da participação activa e directa temos os atos eleitorais que são de diferentes tipos e níveis — as eleições gerais parlamentares, as presidenciais, a nível nacional, e as municipais e as dos sucos, a nível local. Realizam-se por sufrágio universal, directo, secreto e pessoal.

- a) O sufrágio universal significa que todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade oficial (17 anos de idade) e que estejam devidamente registados, têm o direito de votar (Cf. Art. 47.º, C-RD'TL);
- b) O sufrágio directo não permite que um indivíduo esteja a votar em nome do outro, por substituição; mas sim, o próprio, oficialmente registado, deve votar por si, isto é, de forma directa;
- c) O sufrágio secreto impede que mais ninguém saiba do sentido em que o votante vai votar ou votou, isto é, deve permanecer em sigilo, para a auto-defesa e segurança pessoal do próprio votante, evitando qualquer tipo de

especulação negativa como a discriminação, a perseguição por qualquer razão (seja raça, religião, ideologia, gênero, etc) por terceiros (Cf. Art. 45.º, C-RD'TL);

- d) O sufrágio pessoal significa que cada pessoa tem um voto, e não há votos coletivos, ou que o voto de alguém valha mais que o dos outros, embora se reconheça que há determinadas pessoas que têm mais influência que outras. No entanto, na hora da verdade, só se conta um voto por pessoa e não a influência que essas pessoas possam representar, quer na altura das campanhas eleitorais, quer depois.

4. Súmula hemenêutica de *ratio legis*

A Constituição timorense contém todos os elementos essenciais garantísticos de uma democracia comparável com aquela vigente nos países ocidentais mais avançados na matéria. Do elenco dos elementos abordados nessa discussão, o Estado timorense afirma-se de entre os vitoriosos derrubando os regimes anti-democráticos do passado, e, com eles, os males sociais como a discriminação, a opressão, a exploração, etc. O Estado timorense pode, hoje, implantar de modo triunfante os valores consonantes com a dignidade da pessoa humana como a liberdade, a igualdade, a responsabilidade, a emancipação, o progresso físico, sócio-económico e humano, etc.

A democracia está assegurada, em vias de sensibilização estando os valores nela implicados, como a capacidade de tolerância, de respeito pela diferença, de concessão de igual oportunidade para todos, de não discriminação, de não ódio, não vingança, não perseguição sistemática contra os opositores ou adversários políticos, etc.; colateralmente, se procura enfrear as novas tendências negativas como a ganância e acumulação sem justa causa de riqueza material, o abandono e desamparo à população ignorante, rural e carente, a concentração na corrida ao poder, à influência, à fama e enriquecimento pessoais.

O mérito pessoal, a cultura asiática de organizar a democracia por rede familiar e de amigos, a ação política e o Estado tornam-se num projeto dinástico e de conluio entre familiares e amigos de conveniência política e económica.

Em Timor-Leste não deve desenhar-se o sedimentar duma prática de aproveitamento da ignorância ou da passividade da plebe, um manuseamento do poder político com largas à sua estabilização e dominação política.

As campanhas eleitorais trazem o eclodir do discurso de solidariedade da elite política para com o povo sofredor, farto do seu crónico desamparo e abalado da sua quietude rural. A discussão do Orçamento Geral do Estado é outro momento em que o fingimento atinge a sua fase mais aparente — mas que o povo, sempre revestido de uma generosidade genuína e de uma contemplação submissa para com as coisas vindas do ‘centro’ capital, não cede à tentação de, ao menos, perguntar se tudo isto não vai desembocar da mesma maneira, como já o foi, de ano para ano; o povo, sempre alimentando esperanças angélicas longínquas para a sua prole, não quer cair na ousadia de, ao menos, duvidar se aquilo tudo não passa de um truque sazonal que os ‘filhos patrióticos’ precisam de exhibir, mesmo contra a sua própria consciência, para fazer cumprir o requisito da participação activa do povo à moda democrática.

O ordinário e o normal da vida é totalmente outra coisa — o engrossar da algibeira, a procura da luxúria, festas entre amigos, exibição exterior de riqueza própria da ascensão de uma nova elite, um concurso aberto de quem pode ou tem mais, provando astúcia no manuseamento da bolsa pública, nas políticas públicas, dando a perceber que a peça teatral se mantém embora os atores se tivessem mudado.

Os projetos e as obras públicas caíram de interesse e de atenção, o momento discursivo emocionante e impressionante passou; o sentido de missão cumprida dominou a alma e a consciência. Entram em vigor os negócios habituais e os ganhos pessoais. Não há verdadeira responsabilização dos eleitos ao seu eleitorado. Um qualquer Parlamento que se deixe governamentalizar não é digno de confiança do seu eleitorado.

Nisto tudo, há que apontar o paradoxo de duas medidas, em que se invoca a orientalidade de valores, reivindicando-lhe um devido tratamento diferenciado em contraposição à ocidentalidade; logo depois, quando, de acordo com as conveniências, a mesma ocidentalidade e os seus valores são divinalmente contemplados.

Os riscos subtis de desvio do espírito da democracia; ou mesmo traição das exigências básicas de democracia:

- Um Parlamento Nacional, se relaxa das suas prerrogativas de fiscalizar o Governo, está a amortecer os ideais democráticos e os submete ao jugo político governativo, ficando o povo indefeso, abandonado e desamparadamente sacrificado; o povo, traído das promessas calorosas feitas nas campanhas eleitorais, abrilhantadas por autênticos levantamentos da população, em cândida festividade — de gente tradicional, rural, simples e pobre, sem ambições;
- A orquestra extra-eleitoral de alternância do governo e da titularidade do poder político;
- O jogo por detrás dos bastidores;
- A perseguição sistemática de certos sectores da sociedade por certa forma de racionalização do Direito vigente; etc..

É preciso o esclarecimento do povo. E ninguém melhor que os próprios partidos políticos para fazer esse esclarecimento: a de que é preciso encarar a política com mais realismo. Isto é, deve-se analisar a política dentro do quadro propositivo, relativo, e condicional que caracteriza qualquer partido político. Quer dizer, nem tudo o que os políticos dizem se vai poder realisticamente concretizar, muito do que prometem só serve para ser ouvido pelo público porque é parte do truque da campanha eleitoral, uma técnica persuasiva própria da arte de fazer política. Na política discute-se muito, diversíssimas vezes e com variadíssima ideias e opiniões, não porque sejam todas certas e verdadeiras mas, exactamente, porque nenhuma delas está perfeita ou revestida da verdade toda. Estão todas em experimentação, em teste, muitas das vezes a precisar de sedimentação pelo contacto do tempo com o povo. Portanto, não se deve pôr toda a aposta numa só proposta apresentada, sem primeiro, com muita serenidade e recolhimento, ir ao fundo das questões para as entender com confiança na sua veracidade.

A importância das eleições advém da suposta solenidade de compromisso íntegro e autêntico dos eleitos para com o povo, e também porque as eleições transportam a confiança do eleitorado nos seus eleitos. Cabe a cada um assumir as suas responsabilidades de forma convicta. Não sendo assim, seria uma empresa destinada a falhar.

A democracia não pode traduzir-se apenas nas superficialidades procedimentais; deve ser acompanhada de uma seriedade interior de quem se devota ao serviço do povo. Assim somos levados a pensar porque os discursos políticos nos atingem a emoção, sobretudo durante os cerca de três meses de campanhas eleitorais, durante cerca de duas semanas do debate em plenária parlamentar em torno do Orçamento Geral do Estado. Porque o que vai atrás dos bastidores pode esgotar-se em matéria de projetos, de ganhos e interesses partidários, de oportunismo político, de distribuição do poder, de busca de nome e fama e tantos outros vícios humanos, remando contra os propósitos proclamados diante dum público esperançoso mas, tão cedo, destinado à desilusão.

A liberdade e a democracia chegaram em boa hora, em resposta justa a um passado negador sistemático desses mesmos valores — o regime de ocupação, camuflado por uma democracia controlada à “mão de ferro”. A liberdade e a democracia chegaram como uma tão esperada re-instalação de valores a seguir ao 25 de Abril — processo abortado ainda nos momentos embrionários da sua evolução para a independência nacional.

Dito isto, porém, os timorenses que foram vítimas de condicionalismos complexos de luta e de consolidação de um sentido de unidade nacional, foram apanhados em pleno processo de reajustamento — tanto do ponto de vista da sua preparação pessoal para abarcar nos novos moldes de exigência democrática, como do ponto de vista da sua aptidão para entreter o mundo agora aberto e entrar em ação na arena internacional, enquanto membro e ator efectivo nos assuntos internacionais, regionais e globais.

Assim, há a necessidade de os timorenses se advertirem a si próprios das propensões, dos instintos e convicções pessoais que se não coadunam com as novas exigências de um país moderno, livre e independente, um Estado democrático de Direito onde até os seus estatutos e méritos especiais podem ser sujeitos ao escrutínio.

Valia a pena seguirmos o fio de pensamento e de atitude por via da linguagem política para ganharmos a âmaga do que seja o discurso e a arte da política. Vejamos os princípios enunciados majestosamente:

- a) Os interesses nacionais estão acima dos interesses pessoais ou de grupos;
- b) O povo é quem mais ordena;
- c) Por uma unidade nacional;
- d) O obscurantismo é o maior inimigo do povo;
- e) Ninguém está acima da lei;
- f) Não à exploração;
- g) Não à discriminação, etc..

No entanto, basta um estilo ou um tipo de liderança que não se encaixe bem nesse espírito para que os interesses pessoais se confundam para se sobreporem aos interesses do povo. Baste que o conforto do poder se instale e a mentalidade nele se mergulhe para que os motivos de uma vida abnegada de luta se descontinuem, reduzidos a um documental do passado desprovido de sentido. Os males do passado retornam ao presente em brio ainda maior.

Conclusão

Em texto constitucional e noutros infra-constitucionais, corolária da luta de libertação nacional, em discurso reiterado pelos líderes históricos, a Democracia está assente no Estado timorense. Desde o princípio de separação de poderes, ao semi-presidencialismo, à interdependência dos órgãos de soberania, aos atos eleitorais e à formação de Governo e suas respectivas competências, ao princípio da renovação e proibição de acumulação de mandatos, ao multipartidarismo e os seus mecanismos internos de alternância de liderança, à igualdade de oportunidade, à não discriminação negativa, etc. Timor-Leste pode orgulhar-se de ter atingido um alto patamar de determinação pela vivência da democracia. Falta algo: a coragem de viver em coerência com aquilo que tanto se proclama e defende.

Bibliografia (mínima)

- AMARAL, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a edição, 3^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003;
- CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Direito Penal Parte Geral — Questões Fundamentais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 193-194, 206;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, IDILP, Lisboa/ Díli, 2012;
- VASCONCELOS, Pedro Bacelar de (coord.), *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Direitos Humanos — Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2011.



BREVES NOTAS ACERCA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM TIMOR-LESTE. CONTRIBUTO ACERCA DA RESERVA DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL

ELSA DIAS OLIVEIRA¹

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Introdução

O Código Civil de Timor-Leste² inclui nos arts. 13.º a 62.º um conjunto de regras que regulam situações respeitantes a conflitos de leis.

Nos arts. 13.º a 23.º encontramos as disposições gerais, aplicáveis, *melius* potencialmente aplicáveis, como a própria designação sugere, às diversas situações de conflitos de leis que se coloquem. Estão aí reguladas matérias como a qualificação, reenvio, fraude à lei, reserva de ordem pública internacional, etc.

Já nos arts. 24.º a 62.º identificam-se, essencialmente, normas de conflitos de leis que permitem determinar a lei material aplicável às diversas situações que apresentam contactos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico.

Da aplicação das normas de conflitos de leis resultará a determinação

¹ □ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa, Portugal

² Aprovado pela Lei 10/2011, de 14 de Setembro.

da lei material que regulará a situação e que será encontrada em função do elemento de conexão consagrado nessa mesma norma de conflitos. Assim, se se estiver perante uma situação plurilocalizada relativa ao regime da posse, propriedade e demais direitos reais, nos termos do art. 45.º, n.º 1, CC, será aplicada a lei do Estado em cujo território as coisas se encontrem situadas³. Já se se estiver perante matérias de estatuto pessoal das pessoas singulares — *v.g.*, estado dos indivíduos, capacidade das pessoas, relações de família, sucessões por morte — é aplicada, em princípio, a lei pessoal do respetivos sujeitos (art. 24.º CC) que, geralmente, nos termos do art. 30.º, n.º 1, CC, é a lei da nacionalidade. Já se a lei material a designar for a que regula a lei pessoal das pessoas coletivas, em princípio, nos termos do art. 32.º, n.º 1, CC, esta será a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efetiva da sua administração. Sublinhe-se, contudo, que a lei concretamente aplicável à situação *sub iudice* poderá não ser a que é imediatamente designada pela norma de conflitos. Pense-se, *v.g.*, nos casos paradigmáticos previstos nos arts. 16.º e 17.º do CC em que está previsto o reenvio, admitindo-se a eventual aplicação de uma terceira lei ou da lei material do foro, respetivamente.

No que respeita concretamente às regras de conflitos, o legislador terá, então, entendido que, face às situações da vida a regular, os elementos de conexão consagrados nestas normas eram, abstratamente, os mais adequados, atenta a justiça que está subjacente ao Direito de Conflitos e, mais especificamente, à justiça da conexão⁴.

O conteúdo da lei material designada aplicável pela norma de conflitos não é, pois, tido em consideração aquando da aplicação da norma de conflitos.

Assim, da aplicação destas regras de conflitos e, eventualmente, do Direito estrangeiro designado competente, poderá resultar a aplicação de uma lei ao caso concreto que produza efeitos contrários aos princípios es-

³ Sublinhe-se que o art. 45.º, n.ºs 2 e 3, CC, consagra regras especiais que poderão afastar a aplicação do art. 45.º, n.º 1, CC.

⁴ Veja-se, quanto às razões que podem subjazer à escolha dos diferentes elementos de conexão, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 43 ss.; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 20 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 445 ss.

truturantes do ordenamento jurídico do foro⁵. Ora, com vista a evitar um tal resultado, vem consagrada no art. 21.º CC uma regra que, sob a epígrafe “Ordem pública”, permite afastar a aplicação ao caso da lei material que em princípio seria a competente, mas que produziria efeitos contrários aos princípios estruturantes do ordenamento jurídico do foro. Pelo facto de existir uma tal cláusula, o processo de determinação da lei material competente desenvolve-se com menor ansiedade, sabendo-se que, se da aplicação da lei material estrangeira resultar um efeito contrário aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico do foro, uma tal lei material pode ser afastada nos termos aí regulados⁶.

1. Características da reserva de ordem pública internacional

I. A reserva de ordem pública internacional assume, tradicionalmente, como uma das suas principais características, a excecionalidade⁷. Significa isto que a reserva de ordem pública internacional apenas deverá atuar, afastando a aplicação dos preceitos da lei estrangeira competente quando a sua aplicação envolver, conforme se refere expressamente no art. 21.º, n.º 1, CC, “(...) ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do foro”. Não basta, pois, que da aplicação da lei estrangeira ao caso resulte um efeito que seja contrário às normas materiais timorenses, mesmo que sejam normas imperativas. Na verdade, da aplicação das normas de conflitos de

⁵ Conforme bem sublinha JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 257, “[a] origem do problema da o. p. internacional reside na carência de uma genuína comunidade jurídica internacional, pois, se todos os Estados estivessem subordinados aos mesmos princípios ético-jurídicos fundamentais, é evidente que tal problema não surgiria”. Em sentido semelhante, cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado, Lições*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1959, pág. 422.

⁶ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 621. Acerca das possíveis conceções de ordem pública internacional, com referências históricas, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 406 ss. *Vide* também, a este respeito, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado, Lições*, vol. II, cit., págs. 414 ss.

⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 265 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1999, pág. 186; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., págs. 668 ss.

leis pode facilmente resultar a aplicação de uma lei material estrangeira que seja contrária à timorense. Todavia, a reserva de ordem pública internacional é mais exigente: condiciona a sua atuação aos casos em que da aplicação da lei material estrangeira resulta um efeito não apenas contrário ou diverso do previsto nas normas imperativas timorenses, mas verdadeiramente intolerável para o ordenamento jurídico timorense, porque contrário aos seus princípios fundamentais⁸. Assim, se, *n.g.*, da aplicação da norma de conflitos resultasse a aplicação de uma lei material que admitisse a venda de pessoas humanas, estaríamos perante um caso em que a reserva de ordem pública internacional atuaria, afastando a aplicação da lei material estrangeira porque violaria um princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental em que assenta o ordenamento jurídico timorense. Já se, da aplicação da lei material estrangeira resultar a contrariedade a uma regra imperativa timorense, mas que não atinge os seus princípios fundamentais, não é afastada a lei material estrangeira, por não atuar a reserva de ordem pública internacional.

II. A relatividade é outra das características que é tradicionalmente referida a propósito da reserva de ordem pública internacional⁹. Traduz a ideia de que para ser afastada a lei material estrangeira por ofensa à reserva de ordem pública internacional do foro deve existir uma ligação significativa entre a situação e o foro. Na verdade, se a situação *sub iudice* não tiver uma relação significativa com o ordenamento jurídico do foro, se não produzir quaisquer efeitos nesse ordenamento, não se justifica afastar a aplicação da lei estrangeira, pois não o atingirá¹⁰. Tendo estas considerações presentes, mais facilmente se compreenderá que a intensidade da ligação da situação ao ordenamento jurídico do foro deverá ser inversamente proporcional à

⁸ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 410 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 689; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pág. 625. Acerca da distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, *vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 253 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., pág. 183; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 405 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., págs. 662 ss.

⁹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., págs. 670 ss.

¹⁰ *Vide*, a este respeito, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., pág. 623.

gravidade da lesão aos princípios fundamentais do foro. Ou seja, nos casos em que da aplicação da lei estrangeira ao caso resulte um efeito que seja intensamente contrário aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico do foro, a ligação da situação com o Estado do foro não necessita de ser tão significativa como nos casos em que os princípios contrariados não são tão estruturantes¹¹. Na verdade, em alguns casos, os princípios atingidos são tão significativos, que o facto de a situação ser apreciada por um tribunal do foro é ligação suficiente para fazer atuar a reserva de ordem pública internacional.

III. O carácter nacional é outra das características da ordem pública internacional. Na verdade, apesar da designação, integrando a ordem pública internacional os princípios fundamentais do ordenamento jurídico do foro, aquela irá refletir a realidade jurídica do foro. Daqui se retira que a ordem pública internacional irá refletir a identidade do ordenamento jurídico do foro¹².

Atendendo ainda a que o ordenamento jurídico reflete os valores, princípios e circunstâncias em geral de uma determinada sociedade, este apresenta um carácter evolutivo¹³. Ou seja, nem todas as regras que vigoraram há cinquenta anos são as mesmas que vigoram atualmente. Os princípios fundamentais da ordem pública internacional do foro podem alterar-se e, por isso, a aplicação de uma lei estrangeira poderia, há alguns anos, ser paralisada porque produzia efeitos que ofenderiam a reserva de ordem

¹¹ Acerca desta característica, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 262 ss.; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 412 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual...*, cit., págs. 683 ss., 688 ss.

¹² TEUN STRUYCKEN, “L’ordre public de la communauté européenne”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, págs. 617-632, pág. 625; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., págs. 624 ss.

¹³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., pág. 670. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., pág. 187, fala a este respeito da sua atualidade, *i.e.*, da sua variabilidade no tempo dentro do mesmo ordenamento jurídico. Também assim, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 266 ss. Veja-se ainda, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado, Lições*, vol. II, cit., pág. 427.

pública internacional e, passados alguns anos, esses efeitos podem já ser aceites no ordenamento jurídico do foro e, conseqüentemente, a aplicação da lei estrangeira já não ser bloqueada, pois já não se revela contrária à reserva de ordem pública internacional.

IV. Atentas as características da reserva de ordem pública internacional que referimos, podemos ainda acrescentar a imprecisão¹⁴. Segundo Ferrer Correia, “[o]rdem pública internacional é um conceito indeterminado, um conceito que não pode definir-se pelo seu conteúdo, mas só pela sua função”¹⁵. Acresce que só na análise do caso concreto, atendendo aos efeitos jurídicos que resultam da aplicação da lei estrangeira em causa, à ligação mais ou menos estreita ao Estado do foro, à identificação dos princípios fundamentais de um ordenamento jurídico, poderemos concluir pela atuação ou não da reserva de ordem pública internacional.

Outros autores apresentam ainda outras características. *V.g.*, Kurt Siehr¹⁶ sustenta que a reserva de ordem pública internacional é necessária e perigosa. Necessária, porque permite a paralisação da aplicação de uma lei que produziria efeitos contrários aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico do foro. Mas poderia ser também perigosa na medida em que pode fazer nascer a tentação de, sistematicamente, submeter a aplicação do Direito material estrangeiro à bitola do Direito foro. A exigência de ligação da situação ao Estado do foro, já acima referida a propósito da característica da relatividade, pode mitigar esta tentação.

2. Conseqüências da atuação da reserva de ordem pública internacional

I. Caso a aplicação da lei material estrangeira designada competente seja afastada por contrariedade à reserva de ordem pública internacional, importa determinar qual a lei que irá regular a situação *sub iudice*.

¹⁴ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., pág. 186; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 409 ss.

¹⁵ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 410.

¹⁶ KURT SIEHR, “Vertrauensschutz im IPR”, *FS Claus-Wilhelm Canaris*, vol. II, Verlag C.H.Beck, München, 2007, págs. 815-828, pág. 826; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., págs. 623 ss.

Em alguns casos, o afastamento da aplicação da lei material designada competente pode não se traduzir no surgimento de uma lacuna. Pense-se, *u.g.*, numa situação em que da aplicação da lei estrangeira resulta um impedimento à celebração do casamento por os nubentes, habitualmente residentes em Díli, pertencerem a classes sociais distintas ou terem poder económico distinto. Este impedimento é contrário aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico timorense, que, aliás, prevê no art. 16.º da Constituição que ninguém pode ser discriminado com base na posição social ou situação económica. Apesar de nem todas as regras previstas na Constituição integrarem a reserva de ordem pública internacional, aquelas que traduzem os princípios estruturantes do ordenamento jurídico timorense integram-na.

No exemplo oferecido, se for afastada a proibição prevista na lei estrangeira — a regra que prevê o impedimento ao casamento — poderão, ainda assim ser aplicadas as demais regras gerais previstas nesse ordenamento, que regulam a capacidade matrimonial. Se da aplicação de nenhuma delas resultar contrariedade à reserva de ordem pública internacional do Estado do foro, poderão ser aplicadas. Ou seja, no exemplo oferecido, da aplicação da reserva de ordem pública internacional resultou o afastamento de uma regra estrangeira, mas este afastamento não teve como consequência o surgimento de uma lacuna¹⁷. Apenas houve que aplicar as regras gerais.

Noutros casos, do afastamento da lei material estrangeira poderá resultar uma lacuna, por não haver regra nesse ordenamento que regule a situação. Prevê o art. 21.º, n.º 2, CC, que serão aplicadas as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente. Ou seja, será aplicada, se possível, ainda a lei material estrangeira designada competente por força das normas de Direito de Conflitos, verificando-se que existem normas adequadas que possam regular a situação¹⁸.

¹⁷ *Vide*, a este respeito, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 418 ss.

¹⁸ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 271. Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., pág. 673, a propósito do art. 22.º do CC português, verificando-se uma lacuna, haverá que procurar uma solução no ordenamento jurídico estrangeiro competente, eventualmente mediante recurso à analogia ou aos princípios jurídicos. O autor admite que, *u.g.*, se aplique o regime da sucessão de filhos legítimos à sucessão de filhos ilegítimos, que sejam discriminados.

Esta solução, que determina ainda, se possível, a aplicação da lei estrangeira designada competente, reflete o princípio do mínimo dano à lei estrangeira¹⁹. No caso, o mínimo dano à aplicação da lei estrangeira que foi designada competente.

Esta solução reflete também o princípio da harmonia internacional de julgados, na medida em que tenta respeitar a solução encontrada pelo Direito de Conflitos.

No entanto, nem sempre é possível encontrar na legislação estrangeira competente normas apropriadas para regular a situação. Nesse caso, são aplicadas, subsidiariamente, as regras de Direito interno timorense, conforme determina o art. 21.º, n.º 2, *in fine*, CC. Esta é, de facto, a última solução a que se recorre, pois é a que afasta totalmente a aplicação da lei que foi designada competente, mas permite, ainda assim, solucionar a situação, aplicando-se a lei do foro.

Também no CC português foi encontrada solução semelhante, desta feita no art. 22.º.

II. Em algumas situações, admite-se que a ordem pública internacional opere de modo diferente, conforme esteja em causa a aquisição de um direito no foro ou admitir-se a produção de um dos seus efeitos²⁰. Esta orientação que, informa Ferrer Correia²¹, decorre de uma orientação doutrinária e jurisprudencial francesa, veio admitir que, *v.g.*, sejam eventualmente admitidos alguns efeitos patrimoniais de uma união poligâmica, validamente celebrada no estrangeiro, embora a união poligâmica em si não

Só em último recurso admite o autor a aplicação do Direito material do foro. Este mesmo autor defende ainda, *de iure condendo*, que, nos casos em que não se consegue resolver a situação no âmbito do Direito estrangeiro competente, haveria que apelar ao Direito subsidiariamente competente e apenas nos casos em que a aplicação deste também falhasse, aplicaria o Direito material do foro. Veja-se ainda, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado, Lições*, vol. II, cit., pág. 433.

¹⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 272; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., pág. 190; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., pág. 672.

²⁰ ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 414.

²¹ Veja-se, com detalhe: ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 414 ss.

seja reconhecida²². Fala-se, neste caso, de efeito atenuado da ordem pública internacional.

3. Conceção aposteriorística

A reserva de ordem pública internacional apresenta, na redação do art. 21.º CC, uma conceção aposteriorística. Ou seja, a reserva de ordem pública internacional apenas terá intervenção, afastando a aplicação da lei material designada competente, se desta aplicação resultar um efeito contrário aos princípios fundamentais do Estado do foro. Significa isto que na reserva de ordem pública internacional não é feito um juízo de desvalor *per se* à lei material estrangeira²³. A cláusula de reserva de ordem pública internacional apenas atuará nos casos em que da aplicação da lei estrangeira resulte um efeito contrário aos princípios da ordem jurídica do Estado do foro²⁴. Para melhor se entender esta conceção, regressemos ao exemplo acima dado, de lei que consagra um impedimento para casamento que se consubstancia na proibição da sua celebração por pessoas com poder económico diferente. Se, no caso concreto, os dois nubentes tiverem o mesmo poder económico, o que resultará da aplicação da lei estrangeira é que aquelas duas pessoas se podem casar. Neste caso, a cláusula de reserva de ordem pública internacional não terá aplicação, não paralisará a aplicação da lei material estrangeira, pois da sua concreta aplicação ao caso concreto não resulta qualquer efeito contrário aos princípios fundamentais do ordenamento

²² ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 415, vem dar conta de que, em países onde não se admite o casamento poligâmico, pode admitir-se a atribuição de direitos sucessórios aos descendentes de matrimónio poligâmico e até à segunda mulher do polígamo. Já antes, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 267.

²³ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., pág. 187.

²⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., págs. 664 ss. *Vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., págs. 257 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., págs. 184 ss.; também ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pág. 410, que sustenta que “[n]ão basta estabelecer a incompatibilidade *abstracta* da norma estrangeira em causa com as concepções fundamentais da *lex fori*, com o espírito ou alma do sistema, mas interessa para além disto tirar a limpo a incompatibilidade com esse espírito de uma aplicação *concreta* da mesma norma”.

jurídico do foro. Situação diferente será aquela em que os dois nubentes tenham poder económico diferente, pois, nesse caso, da aplicação da lei estrangeira resultará um efeito contrário à reserva de ordem pública internacional do foro. Neste caso já a reserva de ordem pública internacional atuará.

4. Casamentos sujeitos a registo

Para além do disposto no art. 21.º CC, voltamos a encontrar no Código Civil timorense uma referência à ordem pública internacional no art. 1538.º. Aí se determina, no seu n.º 1, a obrigatoriedade do registo dos casamentos celebrados em Timor-Leste por qualquer das formas previstas na lei timorense, bem como dos casamentos de timorense ou timorenses celebrados no estrangeiro e ainda dos estrangeiros que, depois da celebração do contrato, adquiram a nacionalidade timorense.

Nos termos do seu n.º 2 vem ainda admitir-se que sejam registados outros casamentos desde que mediante requerimento de quem se mostre interessado no assento e se não contrariar a ordem pública internacional do Estado timorense. Visa-se aqui salvaguardar o próprio ordenamento jurídico timorense, garantindo-se a possibilidade de não proceder ao registo do casamento se de tal registo resultarem efeitos que atinjam os princípios jurídicos fundamentais do Estado timorense.

A este respeito ainda, no art. 1556.º do Código Civil vem prever-se que o registo dos casamentos referidos no art. 1538.º, n.º 2, é efetuado por transcrição, mas afirma-se que este registo só poderá realizar-se mediante prova de que não há ofensa da ordem pública internacional do Estado timorense. Esta regra apresenta alguma originalidade ao exigir, para o registo, a prova da inexistência de ofensa à ordem pública internacional. Ou seja, se nada se provasse, de acordo com a letra da lei, a transcrição não seria feita, solução que se revela especialmente penalizadora. Já o estabelecimento de um limite à transcrição, que a impeça se houver contrariedade à ordem pública internacional do Estado timorense facilitaria o processo e retiraria o ónus de fazer uma prova negativa. Mais coerente com o disposto no art. 1538.º, n.º 2 e com o art. 21.º será a exigência de que apenas não seja feita a transcrição se se vier a verificar que a transcrição produziria efeitos que lesariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado de Timor-Leste.

Conclusão

A reserva de ordem pública internacional, expressamente prevista no art. 21.º do CC timorense, assegura tranquilidade na aplicação do Direito de Conflitos, que pode conduzir à aplicação de Direito material estrangeiro pelo Estado do foro. Na verdade, da aplicação do Direito material estrangeiro poderão resultar efeitos que sejam contrários aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico do foro.

A consagração da cláusula de reserva de ordem pública internacional assegura que, caso se verifique essa contrariedade com o Estado do foro, pode ser afastada a aplicação da lei estrangeira designada competente.

Sublinhe-se, em todo o caso, que a reserva de ordem pública internacional não visa sujeitar o Direito material estrangeiro designado competente ao crivo do Direito do foro. Ou seja, não é pelo simples facto de a lei material estrangeira regular uma determinada situação de modo diferente da lei do foro que é de fazer atuar a reserva de ordem pública internacional. Para que tal suceda, como se referiu, o efeito produzido pela *lex causae* terá de atingir elementos estruturantes do ordenamento jurídico do foro.



OIT: 100 ANOS DE ORGANIZAÇÃO E TRABALHO DIGNO

FRANCISCO LIBERAL FERNANDES
MARIA REGINA REDINHA

*Professores da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Investigadores do CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica*

SUMÁRIO: 1. O direito internacional do trabalho. 2. A Organização Internacional do Trabalho. 3. Organização interna. 4. Fontes de direito da OIT: 4.1. As normas constitucionais; 4.2. Convenções e recomendações: 4.2.1. As convenções; 4.2.2. As recomendações; 4.3. Vigência das convenções. 4.4. Obrigações decorrentes da ratificação das convenções; 4.5. Obrigações relativas às convenções não ratificadas e às recomendações. 5. Mecanismos de controlo do direito da OIT: 5.1. As Comissões; 5.2. As reclamações. 5.3. As queixas. 6. Assistência técnica aos Estados-membros. 7. O trabalho digno.

1. O direito internacional do trabalho

Independentemente da ocorrência do centenário da Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT) — acontecimento que será objecto de celebração a nível mundial —, o que nos moveu na escolha deste tema foi dar a conhecer o papel daquele organismo na promoção do direito do trabalho e do progresso social, em particular nos Estados com menos recursos jurídico-laborais.

São várias as razões que estão na origem do direito internacional do trabalho. O argumento primeiramente avançado (designadamente no século XIX) estava relacionado com a concorrência internacional, mais especificamente com o facto de o direito do trabalho ser visto como um factor susceptível de prejudicar a competição das economias nacionais. Com efeito, em face da opinião dominante (especialmente nos Estados

industrializados) que considerava a legislação laboral um factor que, pelos custos que implicava para a actividade produtiva, colocava os países numa situação de desvantagem económica perante aqueles que não adoptavam semelhante tipo de medidas, o direito internacional do trabalho era então encarado como um meio que permitia não só ultrapassar as políticas nacionais anti-sociais, limitando assim que a concorrência entre os Estados se fizesse à custa do sacrifício dos trabalhadores, como também colocar os países em condições de igualdade ou de paridade em termos de custos económicos.

Com a criação da OIT aquela razão economicista perdeu o seu peso específico — para o que não deixou de contribuir o facto de os países industrializados e, portanto, os principais interessados na concorrência internacional, terem entretanto adoptado medidas de protecção dos trabalhadores. Com efeito, no preâmbulo da Constituição da OIT afirma-se expressamente que a paz universal e a justiça social são as principais justificações para a existência de um ordenamento internacional (se bem que, posteriormente, a segunda razão se viesse a afirmar como a principal), passando o argumento económico a ocupar um plano secundário.

A vocação social que caracteriza a disciplina do trabalho tem como suporte histórico o direito internacional do trabalho, com especial relevância — até pela sua permanente contemporaneidade ou actualidade — para a legislação emanada pela OIT. De facto, desde os seus primórdios, que a regulação a nível supra-nacional do trabalho dependente se afirmou não como um produto dos direitos dos Estados — uma espécie codificação ou harmonização *a posteriori* dos respectivos ordenamentos —, mas, inversamente, como um factor de formação e desenvolvimento das legislações nacionais. Neste sentido, afigura-se incontroverso o contributo das normas internacionais do trabalho, em especial da OIT, para a adopção pelos Estados de políticas económicas e sociais equilibradas (de âmbito geral ou sectorial) e de uma legislação laboral que em termos técnicos possua um mínimo de rigor, coerência e estabilidade.

A criação da OIT¹, em 1919, pelo Tratado de Versalhes, que insti-

¹ Na génese da OIT foram determinantes as profundas modificações ocorridas com a primeira guerra mundial, designadamente o peso sócio-político que passou a ser reconhecido ao movimento laboral nos países industrializados. Esse relevo foi produto da conjugação de diversos factores, designadamente a cooperação durante a guerra

tuiu a Sociedade das Nações, marcou o início de uma etapa na evolução efectiva do direito internacional do trabalho, o qual passou de forma decisiva a ser determinado pelas normas adoptadas no âmbito daquela organização².

As convenções e as recomendações que a OIT tem adoptado (mais as primeiras do que as segundas) têm constituído um quadro de referência não só para a acção sindical (em especial nos países novos ou em vias de desenvolvimento), como para a actuação dos Estados no que respeita à política de conciliação do progresso económico com a melhoria das condições sociais. Mais especificamente, os princípios e as regras adoptadas por aquela Organização exercem uma profunda influência na legislação laboral dos Estados, mesmo quando não sejam objecto de incorporação interna.

2. A Organização Internacional do Trabalho

Tal como vem enunciado no preâmbulo da respectiva Constituição, a criação da OIT foi essencialmente justificada por razões de justiça social, isto é, pela necessidade de promover a melhoria das condições de trabalho existentes a nível mundial, “que implicam, para muitas pessoas,

entre os governos da Europa ocidental e os sindicatos, os sacrifícios então suportados pelos trabalhadores e o papel que estes tiveram no desfecho do conflito, a iniciativa dos governos no sentido de incluir no Tratado de Paz normas sobre o trabalho, os receios provocados pela agitação social e pelas situações revolucionárias existentes em diversos países, ou a influência da revolução soviética de 1917.

Esta conjuntura, principalmente, o nível reivindicativo das organizações operárias durante e após aquele conflito, influenciou os governos (principalmente da França e do Reino Unido) a tomar a iniciativa de, no âmbito do Tratado de Paz que pôs fim à guerra, desenvolverem a regulamentação internacional do trabalho. O resultado dessa actuação foi a inclusão no Tratado de Versalhes de uma parte (Parte XIII) relativa às questões do trabalho e à criação de uma Organização Internacional do Trabalho. Em outubro de 1919, em Washington, teve lugar a primeira conferência internacional do trabalho que procedeu à eleição do Conselho de Administração e do Director do *Bureau* Internacional do Trabalho (BIT).

² Desde 1946 que a OIT é a instituição especializada da Organização das Nações Unidas (ONU) para as relações laborais. Timor-Leste aderiu à ONU em Maio de 2002 e à OIT em Agosto de 2003.

a injustiça a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco ...”.

O Tratado de Versailles definiu em termos genéricos os objectivos da OIT, o que levou a que, durante os primeiros anos do seu funcionamento, a delimitação do respectivo âmbito de competências fosse objecto de discussão (em particular, sobre se abrangia o trabalho agrícola, os trabalhadores não manuais ou os trabalhadores não assalariados). Contudo, na sequência da intervenção do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, passou a admitir-se a competência ampla da OIT. Por sua vez, a Declaração de Filadélfia (1944) consagrou em termos particularmente extensos os fins e objectivos da Organização, de forma que hoje é pacífico que a sua acção é extensível a todos os problemas relacionados com o trabalho.

Por outro lado, um aspecto que contribui para reforçar o papel da OIT é o facto de a legitimidade social das suas normas ser um aspecto que dificilmente pode ser posto em causa, uma vez que a sua elaboração não só têm em atenção as condições dos diferentes Estado-membros, como é o resultado de debate e de negociação entre os delegados governamentais e os delegados dos parceiros sociais que participam na Conferência.

A acção da OIT em prol da melhoria das condições de trabalho engloba um leque amplo de matérias: para além das questões relacionadas com a liberdade sindical, a contratação colectiva, o diálogo social ou as formas de trabalho degradantes, a actuação da OIT compreende aspectos relacionados com a saúde e segurança, o nível dos salários, os tempos de trabalho e respectiva distribuição, a protecção da maternidade e da paternidade, a melhoria das competências profissionais, etc.

Na Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Justa (2008), a OIT reafirmou aqueles objectivos constitucionais, salientando a necessidade de “...alcançar melhores resultados, equitativamente repartidos entre todos, para dar resposta à aspiração universal de justiça social, atingir o pleno emprego, garantir a sustentabilidade de sociedades abertas e da economia global, assegurar a coesão social e combater a pobreza e as crescentes desigualdades”³.

³ A acção da OIT baseia-se nos princípios enunciados na Declaração de Filadélfia (§ I): “a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante; c) a pobreza,

No exercício da sua competência, a OIT tem criado um corpo de normas internacionais (e um sistema de controlo da sua aplicação) cuja finalidade é proporcionar a quem trabalha condições de liberdade, de dignidade, de equidade e de segurança. A sua acção visa garantir a nível mundial⁴ que a legislação do trabalho assegure um funcionamento eficaz do mercado de trabalho no respeito pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, para que o crescimento da economia e da riqueza aproveite a todos em condições de equidade. Além disso, consagrando as normas da OIT condições mínimas, é do interesse dos Estados que elas sejam aplicadas por todos, de modo a que a omissão de alguns não comprometa o esforço dos Estados que as adoptam.

3. Organização interna

A OIT é constituída por três órgãos principais:

— *A Conferência Geral dos Representantes dos Membros* — é o órgão plenário e deliberativo da OIT no qual têm assento todos os Estados-membros, em condições de igualdade.

A representação de cada Estado obedece ao chamado princípio do tripartismo, porquanto é constituída por dois delegados do governo, um delegado dos sindicatos mais representativos e um delegado das associações patronais. Os representantes dos trabalhadores e dos empregadores são designados pelo Estado, sob proposta dos respectivos organismos; os delegados estão em pé de igualdade entre si, têm direito de voto individual e gozam de liberdade de voto.

A Conferência tem funções legislativas, competindo-lhe aprovar, por maioria de dois terços, convenções e recomendações; reúne anualmente.

— *O Conselho de Administração* — é o órgão executivo responsável pela concretização dos mecanismos adoptados pela Conferência e pela orienta-

onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos; d) a luta contra a necessidade deve ser conduzida com uma energia inesgotável por cada nação e através de um esforço internacional contínuo e organizado pelo qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os dos governos, participem em discussões livres e em decisões de carácter democrático tendo em vista promover o bem comum”.

⁴ A OIT tem uma implantação universal, englobando actualmente 187 Estados.

ção da actividade da OIT entre as sessões da Conferência. É composto por cinquenta e seis membros, sendo vinte e oito representantes dos governos, catorze representantes dos empregadores e catorze representantes dos trabalhadores. Das vinte e oito pessoas que representem os governos, dez serão nomeadas pelos membros dos países de maior importância industrial (Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos da América, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia) e os restantes dezoito são nomeados pelos membros designados para esse efeito pelos delegados governamentais à Conferência. Os representantes dos empregadores e dos trabalhadores são eleitos, respectivamente, pelos delegados dos empregadores e pelos delegados dos trabalhadores à Conferência em colégios eleitorais separados. A composição deste órgão é renovada de três em três anos.

— O *Bureau* Internacional do Trabalho (BIT) — é o órgão de execução técnica, composto não por representantes dos Estados como acontecem nos restantes órgãos, mas por funcionários contratados. Estes são independentes dos Estados e de qualquer autoridade externa à OIT, e respondem apenas perante esta. O BIT tem como funções a «centralização e a distribuição de todas as informações relativas à regulamentação internacional das condições dos trabalhadores e do regime de trabalho e, em particular, o estudo das questões que se propõe submeter a discussão na Conferência, tendo em vista a adopção de convenções internacionais, assim como a execução de quaisquer inquéritos especiais prescritos pela Conferência ou pelo Conselho de administração» (art. 9º, n.º 4, da Constituição da OIT). O Bureau desenvolve funções de formação, de estudo das condições de trabalho e presta apoio técnico aos Estados, sindicatos e organizações de empregadores.

4. Fontes de direito da OIT

4.1. *As normas constitucionais*

As normas constitucionais da OIT não têm apenas a ver com os seus aspectos institucionais e organizativos; consagram igualmente princípios gerais de actuação cuja eficácia directa não se dirige apenas aos órgãos internos com competência legislativa, mas vincula igualmente os Estados-membros. Ou seja, o simples facto de aderir à OIT envolve para os Estados a obrigação de respeitar a nível interno os princípios

constitucionais da Organização, ainda que não tenham ratificado as convenções que os concretizem⁵.

O texto original da Constituição da OIT foi estabelecido em 1919. Posteriormente, foi objecto de alterações: pela emenda de 1922, em vigor desde 4-6-1934; pela emenda de 1945, em vigor desde 26-9-1946; pela emenda de 1946, em vigor desde 20-4-1948; pela emenda de 1953, em vigor desde 2-5-1954; pela emenda de 1962, em vigor desde 22-5-1963 e pela emenda de 1972, em vigor desde 1-11-1974.

A Declaração adoptada na Conferência Geral de 10-5-1944 (Declaração de Filadélfia) redefiniu os fins e os objectivos da OIT e alargou a respectiva competência; foi incorporada na Constituição da OIT como anexo.

Para além destes dois textos, integram ainda o direito constitucional da OIT a *Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho* (1998) e a *Declaração sobre a justiça social para uma globalização justa* (2008)⁶, as quais consagraram os princípios e os direitos fundamentais que devem ser observados no âmbito das relações laborais e cuja concretização legítima e define a estratégia de acção da OIT⁷. Ou seja, a realização desses princípios e direitos não é apenas um fim em si mesmo, mas igualmente a via através da qual a OIT prosseguir os seus objectivos⁸.

⁵ Na Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho foi lembrado “que ao aderir livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e comprometeram-se a trabalhar na realização dos objetivos gerais da Organização, em toda a medida das suas possibilidades e da sua especificidade” (nº 1, alínea a)).

⁶ A Declaração de Filadélfia, bem como estas duas Declarações podem ser consultadas em FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA *Regime jurídico do contrato de trabalho em Timor-Leste (Employment contract in East-Timor)*, 2ª edição, Universidade do Porto, Reitoria, p. 317 ss. (<http://hdl.handle.net/10216/111990>)

⁷ A legitimação que decorre dos princípios e direitos fundamentais no trabalho foi salientada no preâmbulo da Declaração de 1998 “...com o objetivo de manter o vínculo entre progresso social e crescimento económico, a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho reveste uma importância e um significado especiais ao assegurar aos próprios interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas a cuja criação têm contribuído, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano”.

⁸ Os mesmos princípios encontram-se reafirmados na *Declaração tripartida de princípios sobre as empresas multinacionais e a política social* (1977) — alterada em 2000, 2006

Os princípios e os direitos considerados como fundamentais do trabalho — consagrados nas oito convenções que Conselho de Administração qualificou como fundamentais⁹ — compreendem a liberdade de associação e o reconhecimento efectivo do direito de negociação colectiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efectiva do trabalho das crianças e a eliminação de todas as discriminações em matéria de emprego e profissão¹⁰.

4.2. *Convenções e recomendações*

Os principais instrumentos jurídicos da OIT são as convenções e as recomendações; são aprovadas pela Conferência e exigem o voto favorável de 2/3 dos delegados. A Conferência pode ainda adoptar, por maioria simples,

e 2017, de forma a incorporar os desenvolvimentos ocorridos no direito da OIT. Esta declaração compreende um conjunto de princípios relativos ao trabalho digno, com destaque para a segurança social, promoção do emprego, condições de trabalho, proibição do trabalho forçado e eliminação do trabalho infantil, igualdade e não discriminação, segurança e saúde, liberdade sindical e negociação colectiva, acesso a mecanismos de indemnização pelos danos sofridos no trabalho.

⁹ Para além das convenções fundamentais (infra nota 32), o Conselho de Administração qualificou igualmente quatro outras convenções cuja ratificação é considerada prioritária, na medida em que são importantes para o sistema de funcionamento do direito internacional do trabalho: a n.º 81 (1947), relativa à inspecção do trabalho, a n.º 122 (1964) sobre a política de emprego, a n.º 129 (1969), sobre a inspecção do trabalho para a agricultura e a n.º 144 (1976) sobre as consultas tripartidas relativas às normas internacionais do trabalho.

¹⁰ Aliás, estes princípios e direitos fundamentais estão igualmente reconhecidos na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) — arts. 4º (proibição da escravatura), 7º (princípio da não discriminação), 20º (liberdade de associação), 23º, n.º 2 (direito a constituir ou a filiar-se em sindicatos), 23º, n.º 4 (direito a salário igual para trabalho igual), 25º, n.º 2 (protecção especial das crianças) e 26º (direito à educação) —, no *Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis* (1966) — arts. 8º (proibição do trabalho forçado ou obrigatório), 22º (direito de associação, incluindo a liberdade de constituição ou filiação em sindicatos) e 26º (direito à protecção efectiva contra a discriminação) — e no *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (1966) — arts. 2º (direito a gozar os direitos económicos, sociais e culturais sem discriminação), 6º (liberdade de trabalho), 8º (direito a constituir sindicatos, incluindo o direito de greve) e 10º (protecção das crianças da exploração económica e social).

resoluções; estas constituem meras sugestões relativas à orientação da política da Organização e à realização de estudos que se julgam desejáveis¹¹.

4.2.1. *As convenções*

As convenções contêm preceitos que se destinam a ser adoptados pelos Estados-membros; são, por isso, instrumentos que visam criar obrigações internacionais para os Estados que as ratifiquem.

Sendo aprovadas por dois terços dos delegados à Conferência, as convenções reflectem princípios universalmente reconhecidos; além disso, na sua elaboração é tida em conta a diversidade dos sistemas jurídicos e dos níveis de desenvolvimento dos Estados-membros, o que explica que o seu conteúdo seja suficientemente amplo de modo a poder ser incorporado internamente de acordo com as características de cada país¹².

Relativamente ao direito internacional em geral, as convenções apresentam determinadas características¹³. Em primeiro lugar, a sua existência não é precedida de um diálogo entre os Estados, sendo antes adoptada no quadro de uma organização internacional. Em segundo lugar, o órgão que a adopta não é composto apenas por representantes dos governos, mas igualmente por representantes dos trabalhadores e empregadores.

A incorporação ou transposição das convenções para o direito interno não é obrigatória; contudo, os Estados-membros estão vinculados a submeter a convenção aos órgãos internos competentes para ratificação, no prazo de um ano após a sua aprovação (art. 19º, nº 5, alínea *b*), da Constituição da OIT).

¹¹ Cfr. os arts. 15º e 17º do Regulamento da Conferência.

¹² Por exemplo, as normas relativas a prestações mínimas (férias, salários, etc.) não obrigam os Estados a fixar um quantitativo específico, mas a criar um sistema que possibilite que esses mínimos se ajustem ao respectivo grau de desenvolvimento.

Além disso, as convenções podem conter cláusulas que permitam aos Estados que as ratificam fixar normas menos restritivas do que as contidas no respectivo texto, excluir da sua aplicação determinadas categorias de trabalhadores ou dar execução apenas a certas partes do seu clausulado. Nestes casos, os Estados devem informar o Director-Geral do BIT de que aplicam essas cláusulas e de que não fazem uso delas sem consultar os parceiros sociais.

¹³ Apesar de a sua designação indiciar estarmos perante uma fonte contratual de direito, tem sido pacífica a equiparação das convenções a tratados no que diz respeito aos efeitos que lhe são reconhecidos.

A eficácia interna das convenções depende do sistema nacional de recepção do direito internacional. Assim, para os Estados que adoptam o sistema monista, aquela eficácia está dependente da ratificação da convenção — declaração solene de vinculação à Convenção, emitida pelo órgão nacional competente — e posterior publicação no jornal oficial, após o que passa a ser parte integrante do direito interno. Nos países que adoptam o sistema dualista essa integração está dependente da ratificação da convenção e da publicação de uma lei nacional que incorpore formalmente o seu conteúdo.

Em qualquer dos casos, a ratificação das convenções não pode ser feita com reservas por parte dos Estados, o que constitui uma consequência da composição tripartida da Conferência, além de que uma tal faculdade revelar-se-ia contrária aos fins daquelas fontes. Uma vez entrada em vigor, a convenção constitui no plano material um autêntico tratado internacional, ficando, por isso, a sua aplicação sujeita à supervisão da OIT.

Para além das regras precisas que consagram, as convenções ratificadas contêm em regra princípios ou quadros normativos relativamente aos quais os tribunais nacionais devem garantir a sua eficácia. Com efeito, após a sua recepção, os seus preceitos passam a ter força obrigatória interna supra-legal¹⁴, o que significa que revogam as normas nacionais em vigor que se lhes oponham e proíbem a adopção para o futuro de regulamentação que lhes seja contrária¹⁵.

¹⁴ A eficácia das convenções está dependente do carácter preciso e incondicional (*self-executing*) das normas da convenção, ou seja, do facto de poderem ser invocadas de forma imediata pelos particulares perante os tribunais nacionais. Como muitas normas das convenções não possuem esta natureza, a sua eficácia interna está dependente da adopção pelo Estado-membro de legislação complementar. Quando assim aconteça, o Estado que ratificou a convenção fica obrigado a adoptar as medidas necessárias para que essas normas se tornem eficazes internamente.

O incumprimento das obrigações constantes na convenção ratificada pode conferir aos trabalhadores o direito de demandar o Estado por danos que hajam sofrido em consequência dessa omissão.

¹⁵ Desde a sua fundação (1919), a OIT já aprovou 190 convenções, as quais versam sobre um conjunto alargado de temas, designadamente a liberdade de associação, contratação colectiva, trabalho forçado, trabalho das crianças e dos jovens, não discriminação, igualdade de oportunidades e de tratamento, administração e inspecção

No plano da política legislativa, as convenções constituem instrumentos jurídicos de actuação para aqueles Estados que, em conjunto com os parceiros sociais, procuram adoptar uma legislação laboral e uma política social que respeite os princípios fixados a nível internacional¹⁶. Para além disso, contribuem para a harmonização ou aproximação das leis nacionais em determinados domínios laborais, o que não deixa de ser relevante numa época em que a concorrência económica, designadamente a nível das condições de trabalho, possuiu uma dimensão mundial.

4.2.2. *As recomendações*

As recomendações da OIT limitam-se a incentivar (a recomendar) os Estados-membros a adoptar medidas relativas a determinadas condições de trabalho, não possuindo por isso a eficácia vinculativa das convenções. Embora não originem obrigações para os Estados, não deixam de estabelecer critérios dirigidos a orientar a acção dos governos no que diz respeito à concretização dos objectivos que consagram.

Apesar desta sua natureza jurídica, as recomendações são mecanismos importantes, na medida em que funcionam não só como critério de interpretação das normas das convenções, como permitem antecipar a aprovação de convenções sobre matérias relativamente às quais não se encontram ainda reunidas as condições que permitam que sejam objecto de uma fonte jurídica daquela natureza; além disso, e de uma maneira

do trabalho, política de emprego, salários, tempo de trabalho, saúde e segurança no trabalho, segurança social, protecção da maternidade, trabalhadores migrantes, trabalho marítimo, trabalho de pesca, trabalho de estiva, o trabalho indígena, etc.

¹⁶ Aliás, muitos dos Estados que não ratificam as convenções acabam por adaptar o seu direito laboral e as suas políticas sociais às normas ou princípios emanados da OIT. Além disso, estas podem servir como orientação para a definição das estruturas administrativas do trabalho, seja a nível da inspecção do trabalho, dos serviços de emprego, da segurança social ou da resolução dos conflitos laborais. Também nas próprias empresas a influência do direito internacional tem vindo a assumir um relevo crescente. Com efeito, seja por razões económicas ou não, tem-se verificado que muitas empresas (com especial destaque para empresas multinacionais) adoptam códigos de conduta relativos às condições de trabalho que reflectem os princípios constantes nas normas da OIT, em particular os contidos na Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (1998) e na Declaração tripartida de princípios sobre as empresas multinacionais e a política social (1977).

geral, são ainda os instrumentos adoptados pelos Estados-membros que não aprovam determinada convenção, o que permite à OIT exercer a sua influência quanto à realização dos objectivos em causa¹⁷.

Nos casos em que a Conferência aprova uma recomendação e uma convenção sobre o mesmo tema, a recomendação funciona normalmente como instrumento complementar da convenção.

4.3. Vigência das convenções

Por regra, cada convenção fixa o regime relativo à sua entrada em vigor. Quanto a este aspecto, há que distinguir dois momentos: o início da vigência da convenção a nível internacional e a data em que a mesma passa a vincular internacionalmente cada Estado-membro que a ratifique.

Relativamente ao primeiro aspecto, uma convenção só entra objectivamente em vigor após ter sido ratificada por um número mínimo de Estados, em regra dois, e apenas doze meses após o registo da segunda ratificação¹⁸. É a verificação destes pressupostos que torna a convenção vinculativa a nível internacional para os Estados-membros que a ratifiquem.

Quanto à vinculação internacional de cada Estado que ratifica uma convenção há duas situações a considerar. Se a ratificação ocorrer até a data em que já se verifica o número de ratificações necessário para o início da vigência da convenção a nível internacional, considera-se que a mesma vincula o Estado a partir da data da respectiva vigência inicial (a qual, como se viu, apenas se torna efectiva doze meses após o registo da segunda ratificação, se for essa a situação prevista pela convenção). Já no caso de a ratificação ocorrer após a data da sua entrada em vigor a nível

¹⁷ Este mesmo papel acaba por ser desempenhado pelas convenções relativamente aos Estados que as não ratificam.

¹⁸ De acordo com o art. 19º, nº 5, alínea d), da Constituição da OIT, os Estados devem informar o Director-Geral da OIT da ratificação formal da convenção, o qual, por sua vez, deve comunicar esse facto aos outros Estados-membros. Dispõe o art 20º do mesmo texto, que o Director-Geral deve informar o Secretário-Geral das Nações Unidas da ratificação, competindo a este proceder ao respectivo registo nos termos do art. 102º da Carta das Nações Unidas.

internacional, a convenção torna-se vinculativa para esse Estado doze meses depois do registo daquele acto.

Em face do exposto, verifica-se que a eficácia em Timor-Leste das convenções da OIT depende de vários pressupostos. O primeiro consiste na entrada em vigor a nível internacional da própria convenção; o segundo, na necessidade da aprovação para ratificação pelo Parlamento Nacional da convenção (art. 95º, n.º 3, alínea f), da CRDTL) e a terceira condição é relativa à publicação da convenção no jornal oficial. Além disso, dado que a eficácia da convenção na ordem interna está dependente da vinculação internacional do Estado timorense, há ainda que considerar a exigência do registo da respectiva ratificação junto da OIT.

De acordo com o art. 9º, n.º 2, da Constituição de Timor-Leste¹⁹, as convenções da OIT ratificadas pelo Estado Timorense e publicadas no jornal oficial (*Jornal da República*) vigoram na ordem jurídica interna sem necessidade de qualquer outro acto normativo específico, designadamente a sua incorporação num diploma legal interno.

No plano da hierarquia das fontes de direito, as convenções ocupam uma posição infraconstitucional, mas supralegal, o que significa que prevalecem sobre o direito do trabalho emanado pelo legislador ordinário; por isso, são ilegais as normas internas que contrariem as convenções da OIT, independentemente de serem anteriores ou posteriores à respectiva entrada em vigor na ordem timorense.

4.4. Obrigações decorrentes da ratificação das convenções

A ratificação de uma convenção envolve para o Estado-membro dois tipos de obrigações: a de aplicar a convenção e a de enviar relatórios ao BIT sobre as medidas adoptadas para lhe conferir eficácia.

A obrigação de aplicação efectiva decorre da Constituição da OIT (art. 19º, n.º 5, alínea d))²⁰. Os Estados gozam de grande liberdade

¹⁹ «As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica interna mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respectivos órgãos competentes e depois de publicadas no jornal oficial».

²⁰ «O Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade ou das autoridades competentes comunicará a sua ratificação formal da convenção ao Direc-

quanto à escolha das medidas necessárias à aplicação das normas da convenções, podendo aquelas ser de natureza legal ou não. A escolha dessas medidas está dependente não só do sistema interno de fontes do direito do trabalho (designadamente, do seu carácter legal ou convencional), do objecto da convenção (o recurso à lei é o mais adequado quando, por exemplo, a convenção verse sobre matérias relacionadas com a fixação de requisitos mínimos ou a segurança social) e do facto de a convenção conter disposições relativas à natureza das medidas de aplicação necessárias.

Embora a ratificação seja o acto que origina a obrigação de aplicar a convenção, o dever de o Estado-membro adoptar as medidas necessárias à respectiva concretização apenas se torna efectivo com a entrada em vigor da convenção nesse mesmo Estado (*supra*).

A outra obrigação decorrente da ratificação da convenção diz respeito ao envio de relatórios relativos à sua aplicação²¹. Este dever constitui um elemento indispensável para a OIT poder controlar o grau de eficácia das convenções nos Estados-membros.

4.5. Obrigações relativas às convenções não ratificadas e às recomendações

Apesar da liberdade que os Estados-membros dispõem no que respeita à ratificação das convenções, a OIT considera que é importante seguir a evolução da situação nos países que optaram pela sua não incorporação no direito interno. É por isso que, relativamente às convenções não ratificadas e às recomendações, os Estados-membros estão sujeitos

tor-Geral e tomará as medidas que forem necessárias para tornar efectivas as disposições da referida convenção”.

²¹ Art. 22º da Constituição da OIT: “cada um dos Membros compromete-se a apresentar ao Bureau Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por si tomadas para executar as convenções às quais aderiu. Estes relatórios serão redigidos da forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as especificações requeridas por este”. Deste modo, o Conselho de Administração pode adoptar para cada convenção um formulário sobre os aspectos ou questões a responder pelos Estados, que se lhe afigurem relevantes.

a determinadas obrigações.

Assim, quando requerido pelo Conselho de Administração, devem aqueles informar o Director-Geral do BIT sobre as medidas adoptadas ou que se pretendem adoptar relativamente às questões tratadas nessas convenções ou recomendações, e ainda prestar indicações quanto aos obstáculos que impede a ratificação daquelas²²,

5. Mecanismos de controlo do direito da OIT

5.1. As Comissões

Como se referiu anteriormente, os Estados-membros estão obrigados a enviar, a intervalos regulares, relatórios sobre as medidas adoptadas, legislativas ou administrativas, para aplicação das convenções ratificadas, relatórios que têm por base os formulários preparados pelo Conselho de Administração. Quando solicitado por este órgão, as autoridades nacionais competentes devem igualmente enviar relatórios sobre o estado da respectiva legislação relativamente às questões tratadas nas convenções não ratificadas e nas recomendações.

É através da análise destes relatórios que a OIT procede ao controlo do cumprimento pelos Estados-membros das suas obrigações internacionais para com a organização.

Os organismos da OIT responsáveis pelo controlo da aplicação pelos Estados das convenções e das recomendações são: a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e Recomendações, a Comissão de Aplicação das Normas da Conferência e o Comité da Liberdade Sindical. Os membros destas comissões são nomeados pelo Conselho de Administração. As decisões e as informações destes organismos têm dado origem a uma doutrina a que frequentemente recorrem os decisores nacionais para interpretar e aplicar as normas da OIT e o correspondente direito interno.

²² Relativamente às convenções, veja-se liberdade o art. 19º, nº 5, alínea e), da Constituição da OIT; quanto às recomendações, o art. 19º, nº 6, alínea d), do mesmo texto.

i) Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções

A Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções — composta por juristas independentes de alto nível — constitui um órgão que tem como função apreciar, de forma imparcial e técnica, a aplicação pelos Estados-membros das convenções ratificadas e das obrigações que decorrem da Constituição da OIT. No exercício dessa função compete-lhe fazer, por um lado, observações sobre as questões relativas à adequação da legislação e das práticas nacionais dos Estados com o direito da OIT e, por outro, solicitar aos Estados informações específicas sobre questões técnicas ou pedidos de esclarecimento a propósito da conformidade do direito interno com o direito da OIT.

Dado que os Estados-membros apenas estão obrigados a indicar qual a situação nacional posterior à aprovação (e vigência) dos diplomas, a Comissão não aprecia relativamente às convenções não ratificadas e às recomendações o grau de cumprimento das obrigações dos Estados, limitando-se a analisar as dificuldades existentes nesses países que obstem à vigência ou aplicação daqueles textos legais.

A Comissão de Peritos publica anualmente um relatório global relativo à legislação e às práticas nacionais sobre o assunto escolhido pelo Conselho de Administração. Este estudo é elaborado principalmente com base nos relatórios dos Estados-membros e nas informações fornecidas pelas organizações dos trabalhadores e dos empregadores. É através desses relatórios que a Comissão avalia o impacto a nível interno das convenções e das recomendações, que toma conhecimento das dificuldades dos Estados relacionadas com a ratificação ou aplicação das convenções e que equaciona os meios que permitam ultrapassar os obstáculos existentes.

ii) Comissão de Aplicação das Normas da Conferência

À Comissão de Aplicação das Normas da Conferência — que é uma comissão permanente da Conferência, composta por delegados dos governos, dos trabalhadores e dos empregadores — compete examinar o relatório anual apresentado pela Comissão de Peritos e convidar os Estados a fornecer informações sobre as divergências assinaladas e

sobre as medidas adoptadas para lhes pôr fim. Esta Comissão também formula conclusões em que convida os Estados a solucionar os aspectos de desconformidade ou a aceitar a assistência técnica do BIT. É o relatório elaborado por esta Comissão que é objecto de análise pela Conferência em sessão plenária.

iii) Comité da Liberdade Sindical

O Comité da Liberdade Sindical — cuja existência é a demonstração do reconhecimento da importância da liberdade sindical e da negociação colectiva no quadro da construção e aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais no trabalho²³ — é composto por um presidente independente, três representantes dos governos, três representantes dos trabalhadores e três representantes dos empregadores. Estes membros são designados pelo Conselho de Administração.

Por constituir uma matéria sensível em muitos dos seus aspectos e de importância estruturante a nível dos sistemas jurídicos laborais, a OIT entendeu que as convenções relativas à liberdade sindical e à negociação colectiva deveriam ficar sujeitas a um procedimento específico de controlo, de modo a garantir a sua integral aplicação, inclusive a nível dos Estados que não as ratificaram.

Quando verificarem que as autoridades nacionais desrespeitam as normas da OIT relativas àqueles dois domínios, as organizações de empregadores e de trabalhadores apresentam queixa junto do Comité. Se a queixa for aceite, este pode abrir com o Estado em causa um diálogo directo com vista à resolução da infracção; para além deste procedimento, e no caso de concluir pela existência de violação, o Comité elabora um relatório que apresenta ao Conselho de Administração onde formula recomendações com vista a pôr fim à situação existente.

Em seguida, o governo do Estado em causa é convidado a dar conta das medidas tomadas para aplicar as recomendações. No caso de aquele ratificar a convenção pertinente, o assunto pode ser enviado para a Comissão de Peritos para esta avaliar a conformidade do conteúdo legislativo adoptado com o direito da OIT.

²³ As convenções nº 87 (sobre a liberdade sindical) e 98 (sobre a negociação colectiva) são consideradas convenções fundamentais pelo Conselho de Administração.

5.2. As reclamações

Nos termos dos arts. 24º e 25º da Constituição da OIT, as organizações de trabalhadores e de empregadores podem apresentar junto do Conselho de Administração do BIT reclamações contra os Estados-membro que, na respectiva opinião, não tenham assegurado de forma satisfatória o cumprimento da convenção a que aderiram. O exame da reclamação e a resposta ao governo em causa cabe a uma comissão tripartida composta por três membros do Conselho de administração. O relatório que essa comissão submeta a este órgão fixa os aspectos de facto e de direito do caso, avalia as informações apresentadas e conclui sob a forma de recomendação. Se a resposta do Estado envolvido não for satisfatória, o Conselho de administração do BIT pode tornar pública a reclamação recebida e a resposta dada.

Se a reclamação for relativa à aplicação das directivas nº 87 e 98, o Conselho de administração envia-a por regra ao Comité da Liberdade Sindical para este se pronunciar sobre o caso, uma vez que este é a entidade especialmente encarregada destas questões.

Os particulares não podem apresentar reclamações directamente ao BIT, pelo que devem transmitir os elementos pertinentes à respectiva organização profissional.

5.3. As queixas

Nos termos dos arts. 26º a 34º da Constituição da OIT, os Estados-membros, o Conselho de Administração ou os delegados à Conferência podem apresentar junto do BIT uma queixa contra outro Estado que, no seu parecer, não assegure de forma satisfatória a execução de uma convenção que tenha ratificado.

Nestes casos, o Conselho pode nomear uma comissão de inquérito, composta por três membros independentes, cuja função é examinar todos os elementos relacionados com a queixa apresentada e formular as recomendações a respeito das medidas a tomar para dar satisfação à queixa. As conclusões ou recomendações da comissão de inquérito po-

derão ser confirmadas ou anuladas pelo Tribunal Internacional de Justiça (art. 32º).

Se o Estado em causa recusar aplicar as recomendações contidas no relatório da comissão de inquérito ou na decisão do Tribunal, conforme os casos, “o Conselho de Administração poderá recomendar à Conferência uma medida que lhe pareça oportuna para assegurar a execução dessas recomendações” (art. 33º).

6. Assistência técnica aos Estados-membros

A acção do BIT não se esgota no controlo da aplicação das convenções e recomendações. Nos termos do art. 10º, nº 2, alínea *b*), da Constituição da OIT, aquele órgão “fornecerá aos governos, a pedido destes e na medida das suas possibilidades, qualquer ajuda apropriada para elaboração da legislação com base nas decisões da Conferência, assim como para a melhoria da prática administrativa e dos sistemas de Inspeção”²⁴.

Com efeito, seja através das informações recolhidas, dos relatórios enviados pelos Estados-membros ou de estudos que realiza, o BIT é um organismo especialmente bem apetrechado para conhecer o estado das relações de trabalho e as tendências do direito do trabalho a nível mundial. É esta competência que torna aquele órgão especialmente habilitado para prestar assistência técnica aos seus membros, com vista a ultrapassar nesses países os problemas práticos ou normativos que dificultam a ratificação das convenções ou a conformidade do direito interno com o direito internacional.

Essa assistência é levada a efeito através de missões consultivas e através de contactos directos com os responsáveis dos governos, em que

²⁴ Embora se tenha verificado anteriormente (assim, na Venezuela em 1936), foi no quadro da independência de muitos países africanos nos anos 50 e 60 do século passado e do facto de se terem tornado membros da OIT, que a função de assistência técnica em matéria de legislação do trabalho prestada pelo BIT adquiriu um relevo particular; essa assistência tem ocorrido em países de todos os continentes, designadamente em Timor-Leste como se referirá.

Esta legitimidade do BIT retira o seu fundamento não só da Constituição da OIT, como também do facto de ser um órgão da instituição especializada da Organização das Nações Unidas para as questões sócio-laborais.

o objectivo é determinar os problemas de aplicação do direito da OIT e encontrar as soluções mais convenientes. Além disso, o BIT também presta auxílio aos Estados no que respeita à elaboração da legislação nacional.

A intervenção do BIT é politicamente neutra, porquanto, para além de estar dependente do pedido do Estado-membro, não interfere nas negociações entre os parceiros sociais ou na acção dos órgãos legislativos do Estado-membro na elaboração das propostas legislativas. Aquele órgão limita-se a analisar as propostas apresentadas, a avaliar a respectiva conformidade com o direito constitucional da OIT e com as convenções ratificadas pelo Estado e a emitir um parecer sobre o respectivo mérito técnico, em particular sobre a sua conformidade (ou não) com o direito internacional.

Em determinadas situações, a assistência técnica do BIT pode ser mais activa na defesa de determinado projecto-lei apresentado pelo Estado assistido. Isso acontece não só quando está em causa a modificação da legislação nacional de modo a torná-la conforme a convenção adoptada, como também quando se tem em vista preparar o direito interno de forma a permitir a ratificação de determinada convenção²⁵.

Um exemplo dessa assistência técnica foi a elaboração do Código do Trabalho de Timor-Leste, de 2002 (Regulamento UNTAET n.º 2002/05, de 1 de Maio). A solicitação da UNTAET — o país só aderiu a OIT em 2003 —, o BIT participou na elaboração do projecto do Código do Trabalho, levando a cabo dois anos de consultas com os representantes do empregadores e dos trabalhadores, e com diferentes

²⁵ De acordo com a Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho (1998), a Conferência “reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais, de funcionamento e orçamentários, incluída a mobilização de recursos e apoio externos, assim como estimulando a outras organizações internacionais com as quais a OIT tenha estabelecido relações, de conformidade com o artigo 12 de sua Constituição, a apoiar esses esforços: a) oferecendo cooperação técnica e serviços de assessoramento destinados a promover a ratificação e aplicação das convenções fundamentais; b) assistindo aos Membros que ainda não estão em condições de ratificar todas ou algumas dessas convenções em seus esforços por respeitar, promover e tornar realidade os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções; e c) ajudando aos Membros em seus esforços por criar um meio ambiente favorável de desenvolvimento económico e social”.

ONGs, Com apenas 46 artigos (embora muitos deles tivessem várias alíneas), o Código estava dividido em cinco capítulos: definições, emprego e administração do trabalho, relações colectivas, despedimentos e salário mínimo. Embora, à data, Timor-Leste não tivesse ratificado qualquer convenção — o que só veio a acontecer em 2009 —, a disciplina adoptada em 2002 não deixou de acolher as normas e os princípios adoptados pela OIT.

7. O trabalho digno

O conceito de trabalho digno — *decent work* — foi apresentado em 1999, no *Relatório do Director-Geral da OIT*, JUAN SOMAVIA, como o conceito-chave da actuação da Organização nos tempos modernos - *O conceito de trabalho digno resume as aspirações do ser humano no domínio profissional e abrange vários elementos: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho e protecção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afectam as suas vidas; e igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens*²⁶ — e assenta em quatro componentes: emprego, protecção social, direitos dos trabalhadores e diálogo social. Hoje a OIT funda as suas acções neste conceito e desenvolve um programa para a sua efectivação²⁷ — a chamada *Agenda do Trabalho Digno*²⁸.

²⁶ Disponível em <http://www.ilo.org/public/english/bureau/dgo/speeches/somavia/1999/seattle.htm>.

²⁷ Sobre o conceito de trabalho digno, DHARAM GHAI, “Decent work: concept and indicators”, *International Labour R*, vol. 142, n. 2, p. 113, ss; e JOHN HOWE, “The broad idea of labour law: industrial policy, labour market regulation, and decent work”, *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 308, ss; e CHRISTINE KAUFMANN, *Globalization and Labour Rights: the Conflict between core Labour Rights and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 3, s. para quem o trabalho digno é o “trabalho em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana”. Na literatura portuguesa, em correlação com o comércio internacional na UE, VITAL MOREIRA, *Trabalho Digno para Todos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, especialmente, p. 77, ss.

²⁸ Cfr. a inclusão do “trabalho digno” na *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, Resolução das Nações Unidas, de 25 de Setembro de 2015: “Transformar o

No entanto, o trabalho digno fez a sua entrada no património axiológico e constitucional da OIT na “Declaração sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho”²⁹, através da afirmação dos princípios fundacionais da organização do trabalho, mesmo relativamente aos Estados-membros que não hajam ratificado as particulares Convenções nas quais tais direitos sejam garantidos, como se pode ler na recordatória deste instrumento — ponto 1. *a*). A Declaração reconheceu, expressamente, quatro direitos matriciais para a organização laboral: *a*) liberdade de associação; *b*) a eliminação do trabalho forçado ou compulsório; *c*) abolição do trabalho infantil e *d*) eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Seria, contudo, na “Declaração sobre justiça social para uma globalização justa”³⁰ que ao conceito de trabalho digno seria atribuído carácter universal e institucional, como, de resto, literalmente vai afirmado no seu prefácio: “(...) *todos os Membros da Organização terão de prosseguir políticas baseadas nos objectivos estratégicos*”. Objectivos estes que podem ser condensados em quatro proposições:

- promoção do emprego;
- desenvolvimento e reforço da protecção social;
- promoção do diálogo social e do tripartismo;
- respeito, promoção e aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Com esta moldura, o trabalho digno surge-nos, assim, numa dupla perspectiva: como um conceito normativo, na medida em que tem o reconhecimento e a configuração vinculativa que lhe advém das Declarações referidas e, simultaneamente, como um princípio

nosso mundo: “Agenda 2010 de Desenvolvimento Sustentável”, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E e https://www.unric.org/pt/images/stories/2016/ods_2edicao_web_pages.pdf.

²⁹ Declaração adoptada na 86ª Sessão da Conferência, de 18 de Junho de 1998, cujo Anexo foi revisto a 15 de Junho de 2010.

³⁰ Adoptada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 97ª Sessão, Genebra, a 10 de Junho de 2008.

programático, uma vez que se trata de um conceito aberto definido sobretudo finalisticamente.

Por último, tem ainda uma feição instrumental, pois o conceito apresenta-se-nos também como uma metodologia de avaliação da situação interna dos Estados-membros com o padrão de exigência normativa e programática estabelecido pela OIT.

Trata-se, por conseguinte, do ponto de vista da teoria geral do direito, de um conceito indeterminado complexo que, não obstante a existência de objectivos estratégicos e a aferição concretizadora proporcionada pelas Convenções mais directamente solicitadas para o seu preenchimento, começando pelas chamadas “convenções fundamentais”³¹, não deixa de apresentar um elevado grau de relatividade, devido à variabilidade do *input* social, económico, político e até geográfico para a compreensão do trabalho digno. Resultam, pois, distintas e complementares duas dimensões analíticas: a dogmática, proporcionada pelo conceito indeterminado e a metodológica, constituída pelo procedimento de avaliação e respectivos indicadores qualitativos e quantitativos³².

Nas Convenções deste milénio, o conceito tem sido ainda referido como critério de regulamentação na Convenção n.º 189³³, relativa ao *Trabalho Digno dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Serviço Doméstico*, de 16 de Junho de 2011, na qual foi havido como patamar *de minimis* para as condições de trabalho deste sector, embora já a *Convenção do Trabalho Marítimo*, de 2006, incluísse expressa referência ao trabalho digno na sua pressuposi-

³¹ Convenção n.º 182, sobre as *Piores Formas de Trabalho das Crianças*, 1999; Convenção n.º 138, sobre *Idade Mínima*, 1973; Convenção n.º 111, sobre *Discriminação (Emprego e Profissão)*, 1958; Convenção n.º 105, sobre a *Abolição do Trabalho Forçado*, 1957; Convenção n.º 100, sobre *Igualdade de Remuneração*, 1951; Convenção n.º 98, sobre o *Direito de Organização e Negociação Colectiva*, 1949; Convenção n.º 87, sobre a *Liberdade Sindical e a Protecção do Direito Sindical*, 1948; Convenção n.º 29, sobre o *Trabalho Forçado ou Obrigatório*, 1930. Até ao presente, a República Democrática de Timor-Leste só não ratificou as Convenções 105 e 138.

³² V. *Decent Work Indicators — Concepts and Definitions*, ILO Manual/ International Labour Office, Genebra, 2012.

³³ Ratificada por Portugal a 27 de Abril de 2015, cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 42/2015.

ção e no seu articulado³⁴, à semelhança das Convenções n.º 187, sobre o *Quadro Promocional para a Segurança e Saúde no Trabalho*, 2006³⁵, e n.º 188, sobre *Trabalho na Pesca*, 2007.

Recentemente, a ideia de trabalho digno foi projectada no Pilar Europeu dos Direitos Sociais que enuncia vinte princípios e direitos estruturantes da ordem e da política social a serem concretizados pela legislação dos Estados-membros da União Europeia. Este instrumento de *soft law* tem por objectivo estabelecer um patamar mínimo de princípios e direitos em matéria social e laboral, o qual compreende, nomeadamente, “as convenções e as recomendações relevantes da OIT (considerando 16)

Bibliografia

ARTURO BRONSTEIN, “En aval des normes internationales du travail: le rôle du BIT dans l’élaboration et révision de la législation du travail”, *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir, Mélanges Nicolas Valticos*, Bureau Internacional do Trabalho, 2004, p. 219 e ss.

BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Les règles du jeu: une brève introduction aux normes internationales du travail*, Genebra, 2014.

BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho: do compromisso à ação*, Genebra, 2012.

DHARAM GHAL, “Decent work: concept and indicators”, *International Labour Review*, vol. 142, n. 2, p. 113, ss.

³⁴ “Determinada em procurar que este novo instrumento seja concebido de forma a obter a maior aceitação possível por parte dos governos, armadores e de marítimos comprometidos com os princípios do trabalho digno, que seja fácil de actualizar e que possa ser aplicado e respeitado de forma efectiva” pode ler-se na exposição de motivos. No que respeita ao articulado, cfr. art. 1.1. e Princípio Orientador B.2. 8.1. art. 1. c).

³⁵ Os considerandos recordatórios da Convenção n.º 187, mencionam, expressamente, “a promoção da segurança e da saúde” como parte da agenda da OIT para um trabalho digno.

ERIC GRAVEL, “Les mécanismes de contrôle de l’OIT: bilan de leur efficacité et perspectives d’avenir”, *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir, Mélanges Nicolas Valticos*, Bureau International do Trabalho, 2004, p. 3 e ss.

JOHN HOWE, “The broad idea of labour law: industrial policy, labour market regulation and decent work”, *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 308, ss.

NICOLAS VALTICOS, “Droit international du travail”, in *Droit du Travail*, sob a direcção de G. H. Camerlynck, tomo 8, Dalloz, 1983.

VITAL MOREIRA, *Trabalho Digno para Todos. A ‘Cláusula Laboral’ no Comércio Externo na União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.



TIMOR-LESTE NO CONSTITUCIONALISMO DE LÍNGUA PORTUGUESA¹

JORGE BACELAR GOUVEIA²

Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa

RESUMO: A formação de famílias de Direito Constitucional também se coloca na procura de um conjunto de elementos que identifiquem a autonomia de um Constitucionalismo de Língua Portuguesa, sucessivamente formado por vários textos constitucionais: 1º) a Constituição Portuguesa de 1976; 2º) a Constituição Brasileira de 1988; 3º) as Constituições Africanas dos Países Lusófonos na II República; e 4º) a Constituição de Timor-Leste de 2002.

A Constituição de Timor-Leste de 2002 representa a última etapa desse percurso, tendo permitido restaurar a independência de um martirizado país lusófono da Ásia, depois de uma longa história de domínio colonial português e, após a Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1974, e de ocupação indonésia que ocorreu entre 1975 e 1999.

A atual Constituição de Timor-Leste é modelar na consolidação do Estado de Direito Democrático, com uma ampla consagração de direitos fundamentais, ao mesmo tempo implantando uma separação de poderes num sistema de governo semipresidencial.

Palavras-chave: Timor-Leste, Constituição, Estado de Direito, separação de poderes, direitos fundamentais

¹ É com o maior gosto que me associo à publicação do número inaugural da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Timor-Leste, desejando as maiores venturas a esta importante projeto científico, a bem da consolidação do Direito Timorense, na prossecução da Justiça a que todos — em qualquer parte do Mundo em que vivamos — sempre aspiramos e de cujo desígnio o Direito deve ser instrumento primordial, a começar pelo Direito Constitucional, que tem as maiores responsabilidades.

² Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa, Advogado, Jurisconsulto e Árbitro internacional (jbg@fd.unl.pt) (www.jorgebacelargouveia.com). Investigador do CEDIS — Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (cedis.fd.unl.pt). ORCID: 0000-0003-1377-3179.

§ 1º O Direito Constitucional Global de Língua Portuguesa

1.O Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa

I. O primeiro tópico fundamental a considerar no Direito Constitucional de Língua Portuguesa³ é o do seu âmbito, sendo certo que a atividade comparatística se pode apresentar sob diferentes ângulos, cada um deles com as suas funcionalidades próprias.

Essa é, pois, uma resposta que não é unívoca, na medida em que se deve frisar *os possíveis âmbitos da comparação*, já que se tem assentado na radical dissociação entre a macro-comparação e a micro-comparação nas regras metodológicas do Constitucionalismo Comparado.

II. *Na tentativa de se conhecer o desenvolvimento do Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa*, só parece interessar a *meso-comparação constitucional*.

O que está em causa é a observação conjunta e organizada dos Direitos Constitucionais que determinaram influências recíprocas noutros Direitos Constitucionais.

Não se trata tanto de apreciar soluções específicas para certos institutos jurídicos, por mais importantes que sejam, antes dar atenção às grandes coordenadas que podem caracterizar o Direito Constitucional de Língua Portuguesa, apreciando como as diversas questões que se colocaram à respetiva regulação foram resolvidas, a partir da afirmação global e extensiva do Estado Constitucional Contemporâneo.

2. A grelha comparatística do Direito Constitucional de Língua Portuguesa

I. Outro tópico determinante na contextualização da atividade comparatística no seio dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa diz respeito ao *método* que se deve seguir.

³ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 6ª ed., Coimbra, 2016, pp. 342 e ss., e *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 4ª ed., Coimbra, 2014, pp. 13 e ss., aqui também com uma recolha atualizada de todos os seus textos constitucionais.

Obviamente que seria estulto pensar que tal estudo se poderia fazer sem uma metodologia específica, que é a *metodologia comparatística*, com a qual se pretende que a apresentação das diversas instituições constitucionais possa ser feita cientificamente.

II. No que ao Direito Constitucional Comparado de Língua Portuguesa tange, pode propor-se a seguinte *grelha* das questões constitucionais a estudar⁴:

- *o enquadramento histórico-geográfico dos sistemas constitucionais*, com particular relevo para os sistemas constitucionais da atualidade;
- *a configuração, conteúdo e função da Constituição na formação do Direito Constitucional*, assim como o seu desenvolvimento contínuo;
- *a consagração dos direitos fundamentais*, no seu papel limitador do poder político e em articulação com o poder judicial;
- *a modelação do sistema económico, designadamente o grau de liberdade das entidades privadas no funcionamento do mercado e a intensidade da intervenção pública na economia*;
- *a modelação das formas e dos regimes políticos*, frisando-se a repartição de atribuições e competências entre o Estado e outras entidades políticas, bem como *a formação dos sistemas de governo dos órgãos de soberania*.

3. Os Nove Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa

I. Definidos o âmbito e a *grelha* que devem orientar aquele referido estudo, *cumpra ainda fazer a seleção dos sistemas constitucionais a incluir na comparação a empreender*, além de sustentar a sua justificação científica.

A título preliminar, recorde-se que a aproximação entre sistemas constitucionais objeto desta tarefa comparatística se afigura como um ponto de partida, e não como um ponto de chegada: *o facto de eles serem escolhidos para esta análise conjunta é apenas por serem versados numa mesma língua, o que por si só em nada garante a homologia das soluções jurídico-constitucionais que venham a ser encontradas*.

⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições...*, p. 17.

II. Se o critério é de natureza linguística, é natural que surja a exigência de todos esses ordenamentos jurídico-constitucionais a comparar se exprimirem na língua portuguesa, a qual aparece sempre como a língua oficial correspondente⁵.

Mas importa referir que essa circunstância não anula a possibilidade de nesses sistemas jurídico-constitucionais *o português coexistir com outras línguas oficiais do mesmo modo obrigatórias*, sendo até comum nalguns destes Estados o reconhecimento do pluralismo linguístico.

Por maioria de razão se dirá o mesmo do facto de em muitas destas sociedades o português conviver com outras *línguas nacionais*, que são promovidas e defendidas junto dos cidadãos, sem que elas sejam línguas oficiais de expressão no plano do poder público, ainda que com relevância jurídico-constitucional.

III. Numa perspetiva de subjetividade política, a procura dos Direitos Constitucionais falantes do português não coincide automaticamente com as entidades jurídico-políticas de cunho estadual, as quais se apresentam como determinantes na própria conceção do Direito Constitucional enquanto setor jurídico por excelência do Estado.

É irrecusável que o Direito Constitucional, nos seus pressupostos teórico-políticos, em grande medida reflete a própria estadualidade, assim afirmada ao longo destes anos de Estado Constitucional Contemporâneo.

Simplesmente, é mister admitir, na atividade comparativa que parte do critério linguístico, a existência de outros Direitos Constitucionais, que o podem ser em sentido amplo, sem que estejam vinculados a uma realidade jurídico-política estadual.

Vem esse a ser o caso de Macau, que representa no universo do Direito de Língua Portuguesa uma realidade autónoma a muitos títulos e também no plano do Direito Constitucional, a despeito de esse território não ostentar as características da estadualidade⁶.

⁵ Com uma importante reflexão crítica sobre a força de uma língua comum, indo para além de meros “dados estatísticos”, v. MANUEL FILIPE CANAVEIRA, *Em busca do “Hub Intermédio” — mitos e realidades do discurso sobre a lusofonia*, in AAVV, *Culturas Cruzadas em Português — redes de poder e relações culturais* (Portugal-Brasil, séc. XIX-XX) (coord. Cristina Montalvão Sarmiento e Lúcia Maria Paschoal), III, Coimbra, 2015, pp. 252 e ss.

⁶ Sobre o estatuto jurídico-político de Macau, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Macau no Direito Constitucional de Língua Portuguesa*, in *Revista da Ordem dos*

4. Existe um modelo de Direito Constitucional Global de Língua Portuguesa?

I. Podiam ser várias as perguntas a formular no contexto de um esforço de Direito Constitucional Global de Língua Portuguesa, que se vai desenrolar numa tarefa de *meso-comparação*, mas a atenção focaliza-se especificamente na seguinte: *existe um modelo de Direito Constitucional de Língua Portuguesa?*

Eis uma procura em que se tem persistido há alguns anos e para qual se vai oscilando, ora em função da variedade dos métodos utilizados, ora em função das multiformes experiências que as sociedades políticas em causa proporcionam⁷.

II. Para que não subsistam dificuldades acrescidas, é de densificar a ideia de *modelo*, em torno da qual girará o esforço de resposta à pergunta formulada.

Esta conceção de modelo deve ser ampla, nela se incluindo os conjuntos das identidades estruturadoras do Direito Constitucional de cada um daqueles Direitos Constitucionais analisados.

Significa isto que a partir daqueles traços dominantes se faculta um juízo comparativo entre eles, depois se finalizando com a comparação que se torne possível a partir da análise da Constituição de 1976 e o Direito Constitucional Democrático e Social que fundaria a mais recente evolução do Estado Português.

A procura de um modelo equivale bastante à procura de um *modelo comum*, depurado das suas particularidades, que tendo sido cunhado uma primeira vez se possa vir a replicar em cada um dos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, a despeito das diferenças existenciais que

Advogados, ano 71, IV, outubro-dezembro de 2011, pp. 993 e ss., e *Direito Constitucional de Macau*, Lisboa-Macau, 2012, *passim*.

⁷ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma?*, in AAVV, *30 Anos da Constituição Portuguesa* (org. de JORGE BACELAR GOUVEIA *et alii*), Lisboa, 2006, pp. 119 e ss., e *Direito Constitucional de Língua Portuguesa — Caminhos de um Constitucionalismo Singular*, Coimbra, 2012, pp. 21 e ss.

V. também LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JÚNIOR, *O sistema constitucional dos países lusófonos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.º 59, julho/dezembro de 2011, pp. 193 e ss.

se assinalam não apenas entre eles, mas sobretudo em relação ao Direito Constitucional Português.

Simplemente, *não é a identidade que se procura, mas as semelhanças fundamentais visíveis nesses sistemas jurídico-constitucionais, nalguns casos simetricamente comprovadas pela existência de diferenças profundas, que fazem o contraponto das semelhanças encontradas.*

III. Será com base na centralidade que o texto da CRP ocupa que se procederá à apresentação sumária dos diversos Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, sendo viável a sua organização em *quatro sucessivas vagas*⁸:

- *a primeira vaga corresponde ao próprio texto da Constituição Portuguesa de 1976, pioneira de um novo tempo jurídico-constitucional e reatando a tradição do Constitucionalismo de Estado de Direito;*
- *a segunda vaga é protagonizada pelo texto da Constituição Brasileira de 1988, o primeiro texto constitucional lusófono de Estado de Direito feito a seguir à aprovação da CRP que se mantém vigente;*
- *a terceira vaga é representada pelas Constituições dos Estados Africanos Lusófonos no período da II República, a qual surge depois da queda do Muro de Berlim, com as transições para regimes constitucionais de Estado de Direito; e*
- *a quarta vaga é singularmente preenchida pela Constituição de Timor-Leste de 2002, que também coincide com a formação desse novo Estado, após um longo período de ocupação indonésia.*

O reconhecimento de cada uma destas quatro vagas é muito relevante não somente para a comprovação daquela centralidade como para se aferir o tipo de influência — recebida ou rejeitada — em cada um dos outros Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa, na certeza de que o seu aparecimento se prolongou no tempo e ao sabor das vicissitudes histórico-políticas próprias dos Estados Lusófonos.

⁸ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Língua Portuguesa — Caminhos...*, pp. 24 e ss.

§ 2º A formação sucessiva do Constitucionalismo de Língua Portuguesa

5. A primeira vaga: a Constituição Portuguesa de 1976

I. Não se afigura viável falar de um modelo de Direito Constitucional de Língua Portuguesa, apesar das necessárias reduções que foi necessário conceder, sem se saber o que encontrar no texto constitucional português que nele se possa oferecer de paradigmático.

Ainda que pouco estudado, ou pelo menos não tão estudado quanto o mereceria, *o certo é que se pode assentar na existência de alguns pontos centrais do Constitucionalismo Português Democrático e Social nascido a partir da Constituição de 1976 e que podem ser assim sintetizados:*

- na aprovação do texto constitucional por um parlamento constituinte, em contexto pluripartidário e democrático, após um período constitucional revolucionário e provisório;
- na vigência contínua do texto constitucional por mais de 40 anos, o qual não tem assistido a ruturas ou a quaisquer quebras materiais na sua identidade;
- *na consagração dos princípios constitucionais do Estado de Direito, Republicano, Unitário, Democrático e Social.*

II. O atual Direito Constitucional Português consubstancia-se na Constituição da República Portuguesa (CRP), aprovada em 2 de abril de 1976, e que entrou em vigor em 25 de abril de 1976.

Esta lei constitucional suprema do Estado Português surgiu como corolário da Revolução de 25 de Abril de 1974 — a Revolução dos Cravos — que pôs termo a um regime autoritário de extrema direita, de inspiração nacionalista, corporativa e fascizante, designado como “Estado Novo”, fortemente influenciado pelo regime fascista italiano.

Até que a CRP tivesse sido aprovada, neste período intercalar de dois anos, para além do trabalho da Assembleia Constituinte, democraticamente eleita, viveu-se um regime constitucional provisório, colocando-se simultaneamente em ação um conjunto de medidas urgentes, segundo os três objetivos de (i) descolonizar, (ii) democratizar e (iii) desenvolver o país.

III. O texto da CRP atualmente contém 296 artigos, que se distribuem por quatro partes, algumas delas repartidas por capítulos, antecedida por uma parte introdutória e com uma parte final:

- *Princípios fundamentais* (arts. 1º a 11º)
- Parte I — *Direitos e deveres fundamentais* (arts. 12º a 79º)
- Parte II — *Organização económica* (arts. 80º a 107º)
- Parte III — *Organização do poder político* (arts. 108º a 276º)
- Parte IV — *Garantia e revisão da Constituição* (arts. 277º a 289º)
- *Disposições finais e transitórias* (arts. 290º a 296º)

A aprovação do texto constitucional por um parlamento pluripartidário — a Assembleia Constituinte, eleita em 25 de abril de 1975 — representou uma específica escolha de legitimação democrático-eleitoral do novo texto constitucional, arredando outros esquemas possíveis de formalização do poder constituinte.

6. A segunda vaga: a Constituição Brasileira de 1988

I. A evolução histórica do Brasil, desde que ganhou a independência até aos dias de hoje, mostra uma sucessão de acontecimentos e de textos constitucionais bem reveladora das grandes questões que ocuparam a Humanidade nestes dois séculos XIX e XX que já vivemos.

A História Político-Constitucional do Brasil costuma ser repartida, acima das várias Constituições, entre o período antigo e o período moderno, sendo a Revolução de 1930 o momento de viragem⁹ da república

⁹ Quanto à evolução histórico-constitucional do Brasil, v. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional — Direito Comparado, Teoria Geral do Estado e da Constituição*, I, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 469 e ss., e *Direito Constitucional — Direito Constitucional Brasileiro*, II, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 1 e ss.; JORGE MIGUEL, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, 1995, pp. 35 e ss.; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, 2001, pp. 103 e ss.; LUÍS CÉSAR AMAD COSTA e LEONEL ITAUSSU A. MELLO, *História do Brasil*, 11ª ed., São Paulo, 2002, pp. 137 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed., São Paulo, 2012, pp. 69 e ss.

velha para a república nova¹⁰.

II. Já em matéria de regime institucional, o Brasil, desde cedo obtendo a independência política em 7 de Setembro de 1822, com o Grito do Ipiranga, subdivide-se em duas grandes eras:

- *a era monárquica*, desde a fundação até à revolução republicana de 15 de Novembro de 1889; e
- *a era republicana*, desde esta revolução até aos nossos dias¹¹.

Não deixam de ser impressionantes as grandes diferenças que caracterizam cada uma destas eras de evolução político-constitucional: enquanto a primeira apenas se estruturou com uma única Carta Constitucional, a outra ficou marcada pela sucessão de seis textos constitucionais.

III. O Brasil, até ao momento, já viveu sete textos constitucionais, que sinteticamente assim se apresentam:

- *a Carta Constitucional de 1824*: foi a primeira Constituição Brasileira, outorgada pelo fundador e libertador do Estado, D. Pedro I (D. Pedro IV, em Portugal), consagrando uma monarquia constitucional e imperial;
- *a Constituição de 1891*: foi a primeira Constituição da era republicana, proclamada pela Revolução de 15 de Novembro de 1889, importando várias instituições jurídico-constitucionais já experi-

¹⁰ Numa perspetiva histórica predominantemente internacional, v. LUIZ ALBERTO MONIZ BANDEIRA, *Brasil, Argentina e Estados Unidos — da Tríplice Aliança ao Mercosul (1870-2003)*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2003, pp. 43 e ss.

¹¹ Com importantes contributos sobre a história política do Brasil, nos períodos colonial e pós-independência: GILBERTO FREYRE, *Casa-grande & senzala — formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*, 51ª ed., São Paulo, 2006, pp. 64 e ss.; SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo, 2007, pp. 29 e ss.; LAURENTINO GOMES, *1808*, São Paulo, 2007, pp. 29 e ss., *1822*, 3ª ed., Porto, 2010, pp. 27 e ss., e *1889*, São Paulo, 2013, pp. 15 e ss.; BORIS FAUSTO, *História do Brasil*, 13ª ed., São Paulo, 2008, pp. 143 e ss.; JUSCELINO KUBITSCHEK, *Por que construí Brasília*, Brasília, 2009, pp. 5 e ss.; MARY DEL PRIORE e RENATO VENÂNCIO, *Uma breve História do Brasil*, São Paulo, 2010, pp. 162 e ss.; VICTOR NUNES LEAL, *Coronelismo, enxada e voto — o município e o regime representativo no Brasil*, 7ª ed., São Paulo, 2012, pp. 43 e ss.; EDUARDO BUENO, *Brasil — uma História*, Rio de Janeiro, 2012, pp. 11 e ss.

mentadas nos Estados Unidos da América, como o federalismo, o presidencialismo e a fiscalização judicial difusa da constitucionalidade;

- *a Constituição de 1934*: foi um texto constitucional progressista, de cariz socializante, derrubando a chamada “República Velha”, na sequência da Revolução de 1930, de que foi mentor Getúlio Vargas;
- *a Constituição de 1937*: foi um texto constitucional autoritário de direita, criando um Estado Novo, inspirado na Constituição Polaca, restringindo os direitos e as liberdades individuais;
- *a Constituição de 1946*: foi um texto constitucional democratizante, de suavização do regime do Estado Novo;
- *a Constituição de 1967-69*: foi um texto constitucional de cariz autoritário de direita, estabelecendo um regime de preponderância militar¹²;
- *a Constituição de 1988*: é o texto constitucional em vigor, de pendor democrático e social.

IV. O atual texto constitucional do Brasil é a Constituição de 1988 (CB), aprovada em 5 de Outubro de 1988¹³, inaugurando uma nova fase na História do Direito Constitucional Brasileiro, com a seguinte sistematização¹⁴, num total de 250 artigos, mais os 100 artigos do Ato das Dis-

¹² Cfr. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, II, pp. 499 e ss.; ELIO GASPARI, *A ditadura escancarada*, São Paulo, 2002, pp. 17 e ss.

¹³ Sobre o atual Direito Constitucional brasileiro, moldado a partir da CB, v. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso...*, pp. 161 e ss.; AAVV, *Seminário dos 15 Anos da Constituição de 1988* (org. do Senado Federal — Instituto Legislativo Brasileiro), Brasília, 2004, *passim*; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, 7ª ed., Coimbra, 2003, pp. 223 e ss.; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, 16ª ed., São Paulo, 2004, pp. 52 e ss.; ZULMAR FACHIN, *Teoria Geral do Direito Constitucional*, 2ª ed., Londrina, 2006, pp. 1 e ss.; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegámos*, in *Revista do Direito do Estado*, Ano 3, nº 10, abril/junho de 2008, pp. 25 e ss.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed., São Paulo, 2011, pp. 129 e ss., e *Curso de Direito Constitucional*, 38ª ed., São Paulo, 2012, pp. 56 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso...*, pp. 91 e ss.; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 28ª ed., São Paulo, 2012, pp. 327 e ss.

¹⁴ Cfr. o respetivo texto em JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados...*, pp. 111 e ss.

posições Constitucionais Transitórias:

Título I — *Dos princípios fundamentais*

Título II — *Dos direitos e garantias fundamentais*

Título III — *Da organização do Estado*

Título IV — *Da organização dos poderes*

Título V — *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*

Título VI — *Da tributação e do orçamento*

Título VII — *Da ordem económica e financeira*

Título VIII — *Da ordem social*

Título IX — *Das disposições constitucionais gerais*

Este texto constitucional brasileiro já sofreu muitas alterações, que são de duas categorias: 99 emendas constitucionais e 6 emendas constitucionais de revisão.

A recente CB significou, assim, um marco importantíssimo na evolução constitucional do Brasil¹⁵, assinalando, em definitivo, a transição para uma democracia representativa e sem tutela militar¹⁶.

¹⁵ As ligações entre o Direito Constitucional Português e o Direito Constitucional Brasileiro não são de hoje, bastando lembrar a circunstância de a nossa segunda Constituição (a C1826) e a primeira Constituição Brasileira (a Carta Constitucional de 1824) terem sido outorgadas pela mesma pessoa — D. Pedro IV em Portugal e D. Pedro I no Brasil — para cimentar uma ligação verdadeiramente umbilical que já vinha de longe.

Essa foi uma influência que não se perderia com o tempo, pois a C1911, por exemplo, acolheria o instituto fundamental da fiscalização difusa da constitucionalidade, consagrado pela Constituição Brasileira de 1891.

Agora, com os dois últimos textos constitucionais democráticos em ambos os países, essa tradição reforçou-se e são vários os elementos da CRP que influenciaram a Constituição Brasileira de 1988.

¹⁶ Quanto à influência da CRP sobre a CB, v. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A Constituição Brasileira de 1988 — aspectos gerais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, pp. 947 e ss., *Sobre a Constituição de 1988*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXI, 1990, pp. 71 e 72, e *Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, I, Coimbra, 1996, pp. 59 e ss.; PAULO BONAVIDES, *Constitucionalismo Luso-Brasileiro: influxos recíprocos*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, I, Coimbra, 1996, pp. 51 e ss.; ÓSCAR DIAS CORRÊA, *Breves observações sobre a influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, I, Coimbra, 1996, pp. 73 e ss.; NAILÊ RUSSOMANO, *Influências da*

Na sua elaboração, foram visíveis algumas influências de textos constitucionais europeus, naturalmente nelas se evidenciando a relevância da CRP. Esses marcantes contributos — meramente de normas ou também de institutos — podem mesmo justificar para alguns, como se tem afirmado com maior ou menor ênfase, a construção, em termos mais vastos¹⁷, de uma família lusófona de Direito Constitucional.

V. No plano dos direitos fundamentais, verifica-se uma forte profusão de posições subjetivas, nas mais variadas áreas da atividade humana, sem mesmo esquecer a importância de novos direitos, como em matéria ambiental, social e informática¹⁸.

É também de sublinhar a abertura a novos direitos fundamentais,

Constituição da República Portuguesa de 1976 na Constituição Brasileira de 1988 — da defesa do consumidor, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, III, Coimbra, 1998, pp. 428 e ss.; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Influência da reconstitucionalização de Portugal sobre a experiência constitucional brasileira*, in AAVV, *30 Anos da Constituição Portuguesa* (org. de JORGE BACELAR GOUVEIA *et alii*), Lisboa, 2006, pp. 71 e ss.; JOSÉ JÚNIOR FLORENTINO DOS SANTOS MENDONÇA, *A abertura do Direito Constitucional Brasileiro ao Constitucionalismo Português*, in *Revista de Direito Público*, Ano I, n° 1, Lisboa, janeiro/junho de 2009, pp. 139 e ss.

¹⁷ Sobre este ponto, sem contudo conclusões muito afirmativas, JORGE MIRANDA, *As novas Constituições de Cabo Verde, São Tomé e Príncipe e Moçambique — nota prévia*, Lisboa, 1991, pp. 5 e ss., e *Manual...*, I, pp. 242 e 243 (= *Os sistemas constitucionais do Brasil dos Países Africanos de Língua Portuguesa*, in *Revista Luso-Africana de Direito*, I, Lisboa, 1997, pp. 165 e 166); JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados Lusófonos — introdução*, 1ª ed., Lisboa, 1993, pp. 7 e ss., e, mais difusamente, *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, *passim*, ou *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma?*, in AAVV, *30 Anos da Constituição Portuguesa* (org. de JORGE BACELAR GOUVEIA *et alii*), Lisboa, 2006, pp. 121 e ss.; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Em demanda dos fundamentos de uma comunidade constitucional lusófona*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, II, Coimbra, 1997, pp. 11 e ss.

¹⁸ Sobre os direitos fundamentais da CB, v. ODACIR SOARES, *A nova Constituição — comentários*, Brasília, 1988, pp. XII e ss.; PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, I, São Paulo, 1989, pp. 59 e ss.; JORGE MIGUEL, *Curso...*, pp. 135 e ss.; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso...*, pp. 173 e ss.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso...*, pp. 287 e ss.; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 60 e ss.; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre, 2007, pp. 73 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso...*, pp. 189 e ss.; GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo, 2013, pp. 231 e ss.

com a grande importância atribuída aos direitos sociais, assim como o olhar dirigido aos mecanismos de efetividade¹⁹ desses mesmos direitos²⁰.

Está neste caso a força que se atribuiu ao *habeas-data* como novo mecanismo de proteção do cidadão contra a utilização da informática²¹.

VI. Em matéria de organização do Estado, é mantido o modelo federal, adotado logo com o segundo texto constitucional, estabelecendo-se quatro categorias de entidades²² dotadas de poder político²³:

- a *União* (Estado Federal ou Federação), que é a entidade política suprema, titular do poder constituinte máximo e federal;
- os *Estados* (federados), que são 26 e que possuem as respectivas Constituições;
- o *Distrito Federal* (equiparado a Estado federado), que representa uma entidade político-administrativa autónoma com vista a assegurar a neutralidade da sede dos órgãos federais;

os *Municípios*, que são uma espécie de “regiões autónomas”, com amplos poderes administrativos, mas igualmente político-legislativos²⁴.

Há uma rigorosa separação entre as competências estaduais e as competências federais, ainda que com a proeminência da componente do

¹⁹ Como sucede com a regra da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, § 1º, da CB.

²⁰ Cumpre a este propósito realçar a importância do Título II, que nos seus arts. 5º e ss. estabelece os diversos preceitos sobre a matéria.

²¹ O art. 5º, inciso LXXII, prescreve que “conceder-se-á *habeas-data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

²² Ainda que a CB admita a existência de Territórios Federais, os quais, nos termos do art. 18º, § 2º, da CB, “...integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar”, tendo o respetivo regime constitucional fixado no art. 33º da CB.

²³ Dizendo-se no prómio do art. 18º da CB que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autónomos, nos termos desta Constituição”.

²⁴ Sobre os municípios, v. GIOVANI DA SILVA CORRALO, *Curso de Direito Municipal*, São Paulo, 2011, pp. 42 e ss.

poder federal, num federalismo que tem muito de centralista e assimétrico²⁵, mas no qual se inovou em comparação com experiências anteriores²⁶.

VII. No tocante à organização dos poderes do Estado, é seguida de perto a tripartição norte-americana, de tipo orgânico-funcional²⁷:

- *o poder legislativo*: o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal;
- *o poder executivo*: o Presidente, o Vice-Presidente e o Governo Federal;
- *o poder judiciário*: os diversos tribunais superiores, de entre eles se salientando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O poder legislativo é atribuído ao *Congresso Nacional*, um Parlamento de cunho bicameral, com dois órgãos, com competências próprias, mas principalmente com competências conjuntas, sendo a legislatura de quatro anos: a *Câmara dos Deputados*, constituída por Deputados em número proporcional aos cidadãos eleitores de cada Estado federado e do Distrito Federal onde decorre a respetiva eleição, com um mandato de quatro anos e não podendo ser superior a 513; e o *Senado Federal*, constituído por três senadores por cada Estado e pelo Distrito Federal, com um mandato de oito anos, num total de 81 senadores (cfr. os arts. 44º e ss. da CB).

²⁵ Discutindo a questão do federalismo, v. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, II, pp. 43 e ss.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Organização do Estado brasileiro e as tendências do federalismo: simetria e assimetria*, in *O Direito*, ano 136º, 2004, I, pp. 35 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, p. 237; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 268 e ss.; FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988*, 6ª ed., São Paulo, 2013, pp. 47 e ss.

²⁶ Como muito bem refere FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA (*Competências...*, p. 61), “Abstração feita do conteúdo das competências privativas e comuns e de certos aspetos técnico-jurídicos, o esquema de repartição de competências da Constituição de 1988 é passível, em tese, de uma avaliação positiva”.

²⁷ Sobre o sistema de governo na CB, sem esquecer o lastro histórico do presidencialismo brasileiro, v. MARCELLO CAETANO, *Direito Constitucional...*, II, pp. 154 e ss.; OMAR SEIXO KADRI, *O executivo legislador: o caso brasileiro*, Coimbra, 2004, pp. 63 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, pp. 237 e 238; ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, pp. 382 e ss. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso...*, pp. 855 e ss.

O poder executivo é protagonizado pelo *Presidente da República*, auxiliado pelos Ministros de Estado (cfr. os arts. 76º e ss. da CB). O Presidente da República é eleito, juntamente com o Vice-Presidente, para um mandato de 4 anos, sem possibilidade de segunda reeleição. A CB prevê a existência de um Governo Federal, composto pelos Ministros, livremente escolhidos e demitidos pelo Presidente.

O poder judiciário, visto na lógica de uma estrutura federal, inclui as instâncias supremas do poder judiciário que se exerce acima do poder judiciário dos Estados federados, assim como outros tribunais que absorvem a totalidade da competência especializada que lhes é atribuída (cfr. os arts. 92º e ss. da CB).

VIII. O sistema de governo brasileiro corresponde a um *presidencialismo imperfeito*, fortemente influenciado pelo texto constitucional norte-americano, ainda que sofrendo alguns desvios, que devem ser interpretados como suas relevantes atualizações.

Os traços fundamentais deste sistema de governo presidencial não são difíceis de identificar:

- a junção na mesma pessoa dos cargos de Chefe de Estado e de Chefe de Governo;
- a eleição por sufrágio universal e direto do Chefe de Estado;
- a subsistência independente dos poderes legislativo e executivo, não obstante os múltiplos pontos de contacto e de colaboração.

O caráter imperfeito do presidencialismo brasileiro cifra-se na figura, constitucionalmente autónoma, do Governo Federal, composto pelos Ministros de Estado, a quem o Presidente da República pode deferir competências executivas.

7. A terceira vaga: as Constituições dos Estados Africanos Lusófonos na II República

I. Um dos principais objetivos da III República Democrática, implantada em Portugal a partir da Revolução de 25 de Abril de 1974, foi o da descolonização dos povos e territórios de África, durante vários séculos e até então colónias de Portugal, assim ganhando a sua legítima inde-

pendência política, nas seguintes datas históricas²⁸:

- Angola: 11 de Novembro de 1975;
- Cabo Verde: 5 de Julho de 1975;
- Guiné-Bissau: 24 de Setembro de 1973;
- Moçambique: 25 de Junho de 1975;
- São Tomé e Príncipe: 12 de Julho de 1975.

Essa é uma evolução político-constitucional que não permite surpreender uma única tendência, antes dois períodos bem distintos para a respetiva compreensão²⁹:

- uma primeira era constitucional de I República Socialista (1975-1990); e
- uma segunda era constitucional de II República Democrática (1990-....).

II. O contexto da descolonização portuguesa, no terreno da luta de libertação nacional e nos anos que se seguiram à Revolução dos Cravos

²⁸ Sobre a evolução e caracterização geral dos sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa, v. ANTÓNIO ALBERTO NETO, *Instituições políticas e sistemas constitucionais nos países africanos de expressão portuguesa*, Luanda, 2003; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os sistemas político-constitucionais dos Estados Africanos de Língua Portuguesa*, in *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 288 e ss. (= *Les systèmes politico-constitutionnels des États africains de langue portugaise*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 73, 2008, pp. 185 e ss.), e *Sistemas constitucionais africanos de língua portuguesa: a caminho de um paradigma?*, pp. 123 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público Guineense*, Coimbra, 2005, pp. 95 e ss.; NUNO PIÇARRA, *A evolução do sistema de garantia da Constituição em Cabo Verde*, in *Democracia e Cidadania*, ano VII, n° 22, Praia, 2005, pp. 211 e ss.; CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, «Missão civilizacional» e codificação de usos e costumes *na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 33-34 (2004-2005), Milano, 2005, pp. 899 e ss.; LUÍSA NETO, *Trajetos de independência e consolidação da estrutura estadual nos países africanos de língua oficial portuguesa*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 563 e ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Unidade e diversidade nos atuais sistemas jurídicos africanos*, in AAVV, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos — Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 2007, pp. 317 e ss.

²⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os sistemas político-constitucionais...*, pp. 292 e ss.

de Portugal³⁰, foi politicamente dominado pela emergência de formações partidárias e de ideologias marxistas, de direta inspiração soviética³¹.

A esmagadora maioria dos movimentos de libertação nacional — que nas colónias combatiam as Forças Armadas Portuguesas, as quais mantinham, a custo, a presença portuguesa na vigência da ditadura do Estado Novo³² - foi doutrinariamente influenciada pelos ideais comunistas, tal como eles foram desenvolvidos na antiga URSS, ainda que se assinalassem algumas originalidades ou outras proveniências, em qualquer caso com pesos sempre marginais.

Afora tudo o que essa motivação decerto representava de fé numa nova organização política e social, era verdade que, por detrás desses apoios, se encavalitava um escondido desejo de a URSS se expandir para os territórios que, em breve, deixariam de pertencer a Portugal.

³⁰ Quanto à importância da formação das elites africanas que levariam as colónias à independência política, v. FRANTZ FANON, *Em defesa da Revolução Africana*, Lisboa, 1980, *passim*; IVES BENOT, *Ideologias das Independências Africanas*, vols. I e II, Luanda, 1981, *passim*; BRAZÃO MAZULA, *Educação, cultura e ideologia em Moçambique: 1975-1985*, Porto, 1995, pp. 65 e ss.; DALILA CABRITA MATEUS, *A luta pela independência — a formação das elites fundadoras da FRELIMO, MPLA e PAIGC*, Mem Martins, 1999, pp. 43 e ss.; KENNETH MAXWELL, *A construção da Democracia em Portugal*, Lisboa, 1999, pp. 115 e ss.; GEORGE WRIGHT, *A destruição de um país — a política dos Estados Unidos para Angola desde 1945*, Lisboa, 2000, pp. 79 e ss.; ARISTIDES PEREIRA, *Uma luta, um partido, dois países*, 2ª ed., Lisboa, 2002, pp. 73 e ss.; CARLOS VEIGA, *Cabral e a construção do Estado em Cabo Verde — uma apreciação crítica*, in *Democracia e Cidadania*, ano VI, nº 19, janeiro a abril de 2004, pp. 67 e ss.; DANIEL DOS SANTOS, *Amílcar Cabral — um outro olhar*, Lisboa, 2013, pp. 13 e ss.

³¹ Ainda que com a manutenção, até hoje, de importantes traves-mestras do Direito Privado, que se mantêm comuns a Portugal e aos Estados Africanos de Língua Portuguesa.

Cfr. o exemplo de Moçambique em relação aos Códigos Civil, Penal e Comercial, embora o segundo só até certo ponto: JORGE BACELAR GOUVEIA, SUSANA BRASIL DE BRITO e ARÃO FEIJÃO MASSANGAI, *Código Civil e Legislação Complementar*, 2ª ed., Maputo, 2000; JORGE BACELAR GOUVEIA e EMÍDIO RICARDO NHAMISSITANE, *Código Penal e Legislação Penal*, 2ª ed., Maputo, 2000; JORGE BACELAR GOUVEIA e LÚCIA DA LUZ RIBEIRO, *Código Comercial e Legislação Comercial*, 2ª ed., Maputo, 2000.

³² Sobre a configuração da Guerra do Ultramar, em várias das suas dimensões, v. AMÉLIA NEVES DE SOUTO, *Caetano e o ocaso do «Império» - Administração e Guerra Colonial em Moçambique durante o Marcelismo (1968-1974)*, Porto, 2007, pp. 35 e ss.; LUÍS BARROSO, *Salazar, Caetano e o “Reduto Branco” — a Manobra Político-Diplomática de Portugal na África Austral (1951-1974)*, Porto, 2012, pp. 39 e ss.

No fervor dos acontecimentos revolucionários, em que pontificava o MFA, tendo sido a Revolução de Abril um golpe de Estado com a participação decisiva dos militares, até à legitimação dos novos órgãos de poder político por eleições democráticas, os ideais comunistas eram também prevaletentes, pelo que se facilitou uma conexão interna na concessão do poder, dentro dos novos Estados independentes, aos grupos de libertação que estavam afinados pelo mesmo diapasão do socialismo científico.

III. A análise comparada dos diversos sistemas constitucionais dos novos Estados Africanos de Língua Portuguesa revela traços comuns, dentro daquela única fonte de inspiração, tanto político-ideológica como jurídico-constitucional:

- *o sistema social*: a prevalência dos direitos económicos e sociais, como instrumentos de “desalienação do homem”, em detrimento dos direitos e liberdades políticos e civis, num forte monismo ideológico e partidário;
- *o sistema económico*: a apropriação dos meios de produção, com a coletivização da terra, que passou a ser propriedade do Estado, e a planificação imperativa da economia;
- *o sistema político*: a concentração de poderes no órgão parlamentar de cúpula, com a onnipresença do partido único e a sua localização paralela em todas as estruturas do Estado.

IV. A primeira fase na evolução político-constitucional dos Estados africanos de língua portuguesa durou cerca de uma década e meia, sendo ainda possível nela divisar períodos diferenciados³³:

1º período: o período inicial de implantação das estruturas dos Estados então independentes, com o retorno de muitos portugueses e a sua

³³ Período que não ocorreu sem que se sentissem também inúmeras dificuldades de natureza jurídica, na transição do Direito Português, colonialmente aplicável, para o novo Direito dos Estados Independentes. V., a este propósito, o problema do regime jurídico aplicável ao casamento nestes novos Estados, tanto na sua aceção religiosa, como na sua aceção civil.

Para o caso moçambicano, cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A relevância civil do casamento católico*, in *Africana*, nº 14, Porto, 1994, pp. 155 e ss.

reorganização interna;

2º período: o período intermédio de organização política e social segundo o modelo de inspiração soviética, com a intensificação da cooperação com os países do bloco comunista, principalmente a URSS, Cuba e a República Democrática Alemã; e

3º período: o período final de progressiva crise económica, com o recrudescimento dos conflitos políticos internos, nalguns casos — Angola e Moçambique — degenerando em sangrentas guerras civis.

V. Esta primeira série de textos constitucionais de inspiração soviética, com base na doutrina do marxismo-leninismo, não resistiria à queda dos regimes comunistas, um pouco por toda a parte, simbolizado e iniciado pelo derrube do Muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989.

Naturalmente que esse fenómeno, de certa sorte há muito tempo larvar e apenas esperando um momento de rastilho político e social, se projetaria nos Estados africanos em questão, praticamente desde o seu início. É mesmo impressionante a facilidade com que os respetivos sistemas políticos se organizaram com vista à superação do paradigma soviético.

Também se pode dizer que as economias e as sociedades desses Estados de Língua Portuguesa revelavam já um elevado mal-estar com a aplicação do modelo soviético, que fracassaria, pelo menos, por duas razões fundamentais:

pelo carácter informal das sociedades africanas, até certo ponto incompatível e avesso à rigidez e disciplina conaturais à antiga estruturação burocrática soviética;

pelo centralismo político-ideológico que decorria das doutrinas administrativas soviéticas, abafando as comunidades locais e, na cúpula, combatendo as suas mais diversas expressões, como os Direitos consuetudinários locais.

VI. Do ponto de vista constitucional, a substituição dos antigos textos constitucionais fez-se através de *transições constitucionais*, que consistiram na criação de novos textos, mas aproveitando os procedimentos de revisão constitucional anteriormente estabelecidos. A passagem às novas ordens constitucionais em todos estes Estados fez-se sempre de uma forma pacífica, sem revoluções ou ruturas formais.

Por outra parte, sucedeu que na maioria dos Estados a aprovação de novos documentos constitucionais se ficou a dever aos parlamentos

monopartidários que tinham sido escolhidos no tempo da I República totalitária, quase não tendo havido textos constitucionais fruto de uma discussão pluripartidária nos novos parlamentos eleitos.

A principal exceção que importa referir é a de Cabo Verde, que aprovaria uma nova Constituição, em 1992, já em sistema pluripartidário. Nos outros casos, as novas Constituições foram depois pontualmente revistas, para se adequarem aos processos de pacificação interna, em contexto pluripartidário.

VII. Em alguns dos Estados africanos de língua portuguesa registaram-se ainda conflitos armados internos, guerras civis já no período da independência, que opuseram os governos constituídos, bem como os respetivos partidos únicos, às oposições armadas, numa confrontação nítida do ponto de vista político-ideológico a respeito da opção constitucional adotada.

A situação de Angola foi a que se prolongaria mais tempo, continuando mesmo depois de implantada uma nova ordem constitucional democrática, só tendo terminado em 2002.

Em Moçambique, a situação de guerra civil duraria menos tempo e terminaria em 4 de Outubro de 1992, data da assinatura, em Roma, do Acordo Geral de Paz entre o Governo/Frelimo e a Renamo.

8. A quarta vaga: a Constituição de Timor-Leste de 2002

I. O Estado de Timor-Leste renasceu no dia 20 de maio de 2002, depois de muitas e complexas vicissitudes³⁴. Mas com esse acontecimento se registou paralelamente um outro, da maior importância: o aparecimento de uma Constituição, a segunda da vida desse Estado (CTL)³⁵.

³⁴ Segundo o art. 170º da Constituição de Timor-Leste (CTL), “A Constituição da República Democrática de Timor-Leste entra em vigor no dia 20 de Maio de 2002”, embora o texto tenha sido aprovado em 22 de março desse mesmo ano pela Assembleia Constituinte.

³⁵ Sobre a situação político-constitucional de Timor-Leste em geral, nas suas diversas implicações, AAVV, *The East Timor Problem and the Role of Europe* (ed. PEDRO PINTO LEITE), Lisboa, 1998, *passim*; JORGE MIRANDA, *Manual...*, I, p. 244; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição de Timor-Leste, in Estudos de Direito Público de Língua*

Claro que isso nem sempre assim sucedeu, pelo menos considerando a história dos Estados até ao Constitucionalismo: até ao século XVIII — e, portanto, antes do surgimento das Constituições contemporâneas — já havia Estados, alguns multisseculares, como Portugal, que não ostentavam qualquer estrutura constitucional moderna.

Decerto que, coincidindo o nascimento de um Estado com a aprovação do seu primeiro texto constitucional, o Estado permanece o mesmo perante a necessidade de mudar esse texto constitucional.

Só que os textos constitucionais não são tão perenes como as realidades estaduais e, diferentemente destas, destinam-se a traduzir um projeto de Direito que se julga apropriado para a situação histórico-cultural em que surge.

II. Se é verdade que a realidade político-estadual de Timor-Leste se consumou com a declaração da independência política, bem como com a concomitante aprovação de um texto constitucional fundacional, não é menos verdade que a realidade cultural e social de Timor-Leste já muito anteriormente lhe subjazia³⁶.

Desde que há memória do território, ele emergiu no seio dos Descobrimentos Portugueses do Oriente, tendo longamente permanecido como possessão ultramarina, muito para além da perda progressiva de outros territórios, ora em favor de Estados vizinhos, ora dando origem a novos Estados.

A última descolonização portuguesa, ocorrida na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974 em Portugal, foi um momento crucial na evolução política e social de Timor-Leste, dado que logo depois o território seria anexado pela Indonésia, a grande potência vizinha, e dei-

Portuguesa, Coimbra, 2004, pp. 305 e ss., e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, Lisboa-Díli, 2012, pp. 201 e ss.; FILIPE FALCÃO OLIVEIRA, *Direito Público...*, p. 102.

³⁶ Com um percurso acerca desta vertente histórico-jurídica do território de Timor-Leste, v. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, pp. 569 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 95 e ss.

Para uma visão mais atual, partindo da práxis política, v. MARI ALKATIRI, *Timor-Leste — o caminho do desenvolvimento*, 2ª ed., Lisboa/Porto/Coimbra, pp. 3 e ss.

xando de fazer parte do território português³⁷.

III. Somente na década de noventa — e depois de diversos massacres perpetrados contra o povo maubere — se desenhariam os passos que conduziriam, em definitivo, à ereção de Timor-Leste a Estado independente, não obstante todo o esforço desde aquela primeira hora protagonizado por Portugal no sentido de lhe propiciar a autodeterminação³⁸.

Mercê de uma favorável conjugação de circunstâncias de política internacional, mas também graças a um porfiado esforço de resistência interna contra a ocupação indonésia, bem como ao empenhamento do Estado Português, foi possível estabelecer um procedimento de referendo internacional, dirigido pela Organização das Nações Unidas (ONU), que teve como resultado a opção pela independência política do território e, consequentemente, a proclamação de um novo Estado.

§ 3º O Constitucionalismo de Timor-Leste

9. Periodificação da evolução histórico-política de Timor-Leste

I. Sem olvidar a centralidade da sua Constituição e o seu lugar como quarta vaga do Constitucionalismo de Língua Portuguesa, Timor-Leste como nação e como território não surgiu no plano político apenas em 2002, com a proclamação daquele texto constitucional.

Colocando-se na rota dos Descobrimentos Portugueses da Idade Moderna, é aí que Timor-Leste mergulha as suas raízes mais profundas, sendo aconselhável a observação de diversos períodos nessa sua já longa evolução político-social.

³⁷ Como se dizia numa anterior versão da CRP, através do seu antigo art. 293º, nº 1, “Portugal continua vinculado às responsabilidades que lhe incumbem, de harmonia com o Direito Internacional, de promover e garantir o direito à autodeterminação e independência de Timor-Leste”, preceito que, porém, continha uma norma que entretanto caducou.

³⁸ O que bem se atesta pelas sucessivas resoluções que foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas por iniciativa de Portugal.

Para a consulta desses textos, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Timor-Leste — textos jurídicos fundamentais*, 2ª ed., Lisboa, 1993, pp. 11 e ss.

II. O itinerário histórico-político de Timor-Leste permite divisar as seguintes fases:

- a fase da ocupação colonial portuguesa;
- a fase da abertura à autodeterminação;
- a fase da efémera independência;
- a fase da ocupação neocolonial indonésia;
- a fase da transição pelas Nações Unidas;
- a fase da independência definitiva.

III. Certamente que esta não é a única maneira de se conceber a evolução histórico-política de Timor-Leste, mas julga-se que esta periodificação tem o mérito de atender aos tópicos mais relevantes para o Direito Constitucional, que são aqueles que se relacionam com a organização do poder público timorense, mesmo sem ser em contexto de soberania ou até de escassa autonomia jurídico-pública.

Isso não anulará a validade de outras tantas periodificações que possam tornar mais relevantes critérios de índole económica e social, na medida em que os mesmos espelhem, de um modo mais rigoroso, tendências de evolução da sociedade timorense em cada um daqueles regimes políticos.

10. A época colonial portuguesa (1512-1974)

I. Timor-Leste foi descoberto pelos portugueses entre 1512 e 1514, no contexto da assim designada Insulíndia Oriental.

O percurso que sofreu até ao século XX é, por seu turno, suscetível de várias *vicissitudes*, de que se evidenciam as seguintes³⁹:

³⁹ Sobre o percurso colonial do Timor Português, v. ARTUR TEODORO MATOS, *Timor Português 1515-1769, Contribuição para a sua história*, Lisboa, 1974, pp. 35 e ss.; LUÍS FILIPE THOMAZ, *De Centa a Timor*, 2ª ed., Oeiras, 1998, pp. 593 e ss.; GEOFFREY GUNN, *Timor Loro Sae: 500 anos*, Macau, 1999; RAYMOND GOY, *L'indépendance du Timor Oriental*, in *Annuaire Français de Droit International*, XLV, 1999, pp. 203 e ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 582 e ss.; FAUSTO DE QUADROS, *Timor e o Direito Internacional*, in AAVV, *Timor e o Direito* (org. de JORGE MIRANDA),

- *vicissitudes territoriais*, com alterações diversas nos seus limites, até à sua estabilização a partir da segunda metade do século XIX;
- *vicissitudes políticas*, com vários figurinos de exercício de poder público, desde uma administração direta na metrópole, mas sobretudo uma administração realizada a partir do Vice-Reino da Índia e de Macau durante algum tempo;
- *vicissitudes administrativas*, com governo de tipo colonial, mas também com governos de protetorado, com cedência a interesses locais, através de acordos estabelecidos com os respetivos régulos.

II. No período constitucional português, o território de Timor-Leste seria sempre objeto de constitucionalização na indicação geográfica de Portugal⁴⁰, como o atestam os seus textos constitucionais:

- o art. 20º, IV, da Constituição de 1822;
- o art. 2º, § 3º, da Carta Constitucional de 1826;
- o art. 2º da Constituição de 1838;
- o art. 2º da Constituição de 1911; e
- o art. 1º da Constituição de 1933.

Durante este período, o estatuto jurídico de Timor-Leste como parte integrante do Estado Português sofreria alterações: em 1844, Timor foi separado do Governo da Índia e integrado em Macau como distrito dessa província, para em 1896 ganhar identidade administrativa definitiva como distrito autónomo, chefiado por um governador.

III. A partir do tempo republicano, seriam vários os textos jurídicos que viriam a estabelecer o estatuto jurídico-político de Timor⁴¹:

Lisboa, 2001, pp. 9 e ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *O sistema jurídico de Timor-Leste — evolução e perspetivas*, Lisboa, 2002-2003, pp. 1 e ss. (<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/SantosAntonioMarques4.pdf>); NUNO CANAS MENDES, *A multidimensionalidade da construção identitária em Timor-Leste*, Lisboa, 2005, pp. 129 e ss.; RICARDO MALHEIROS FIUZA, *Timor-Leste, o nascimento de um Estado*, in RVFDMC (<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/ricardomalheirosfiuza01.pdf>), pp. 3 e ss.

⁴⁰ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 586 e 587.

⁴¹ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, p. 587.

- em 1917, a *Carta Orgânica de Timor* — Decreto n° 3 309, de 23 de agosto de 1919;
- em 1926, a *Carta Orgânica da Colônia de Timor* — Decreto n° 12 499-G, de 12 de outubro de 1926;
- em 1955, o *Estatuto da Província de Timor* — Decreto n° 40 228, de 5 de julho de 1955;
- em 1963, o *Estatuto Político-Administrativo da Província de Timor* — Decreto n° 45 378, de 22 de novembro de 1963.

Do ponto de vista constitucional, registou-se a evolução terminológica — conquanto não substancial para o efeito do exercício do direito à autodeterminação⁴² — de Timor de “colônia” para “província”, e finalmente, com a revisão constitucional de 1971, para “região autónoma” de Portugal, neste caso com a nova Lei Orgânica do Ultramar Português, a Lei n° 5/72, de 23 de julho, e o conseqüente Decreto n° 547/72, de 22 de dezembro.

IV. Contudo, a obstinação portuguesa em não conceder o direito à autodeterminação dos povos coloniais não teve apenas a consequência mais dramática das guerras coloniais africanas.

No plano diplomático-internacional, a partir da década de sessenta do século XX, a posição de Portugal como “Estado Novo” tornava-se crescentemente insustentável, ainda que se insistisse em manter um território “único” que ia, como se dizia então, do “Minho a Timor”.

A ONU, logo no início desse período, decretaria três importantes resoluções de caráter geral com o objetivo de efetivar o princípio da autodeterminação dos povos⁴³:

– a Resolução n° 1514 (XV) da Assembleia Geral, de 14 de dezembro de 1960, na qual se afirma solenemente que “Todos os povos têm o direito à autodeterminação; em virtude deste direito, determinam livremente o seu estatuto político e orientam livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural”⁴⁴;

⁴² Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, p. 587.

⁴³ Cfr. os respetivos textos em JORGE BACELAR GOUVEIA, *Timor-Leste — textos jurídicos fundamentais*, 2ª ed., Lisboa, 1993, pp. 11 e ss.

⁴⁴ N° 2 da Resolução n° 1514 (XV) da Assembleia Geral, de 14 de dezembro de 1960.

- a Resolução nº 1541 (XV) da Assembleia Geral, de 15 de dezembro de 1960, definindo as opções possíveis para um território se decidir pela sua autodeterminação: a) quando passa a Estado independente e soberano; b) quando livremente se associa a um Estado independente; c) quando se integra num Estado independente⁴⁵; e
- a Resolução nº 1542 (XV) da Assembleia Geral, de 15 de dezembro de 1960, especificamente dirigida ao Governo português de então⁴⁶, insistindo na necessidade de o Estado português comunicar à ONU os progressos feitos em relações às suas possessões ultramarinas, todas elas consideradas territórios não autónomos, em cujo elenco especificamente se referia Timor-Leste⁴⁷.

11. A Revolução dos Cravos e a abertura à autodeterminação timorense (1974-1975)

I. Agora por boas razões, mais uma vez a posição de Portugal seria determinante para o futuro de Timor-Leste: se é verdade que até ao fim do Estado Novo, a sua teimosia impediu a autodeterminação timorense, não é menos verdade que é graças a Portugal que se concebe um novo momento de viragem na evolução histórico-política de Timor-Leste, desta feita rumo à conquista da sua independência, ainda que por poucos dias, em 1975.

Com a Revolução dos Cravos de 25 de Abril de 1974, o MFA inscreveu no seu programa como um dos três grandes objetivos a alcançar a descolonização dos territórios ultramarinos⁴⁸.

⁴⁵ Princípio nº 6 da Resolução nº 1541 (XV) da Assembleia Geral, de 15 de dezembro de 1960.

⁴⁶ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Timor...*, p. 9.

⁴⁷ Cfr. o nº 1, al. i), da Resolução nº 1542 (XV) da Assembleia Geral, de 15 de dezembro de 1960.

⁴⁸ Tal como se previa no ponto nº 8 do Programa do MFA, em que se estabelecia o seguinte: “A política ultramarina do Governo Provisório, tendo em atenção que a sua definição competirá à Nação, orientar-se-á pelos seguintes princípios:

a) Reconhecimento de que a solução das guerras no ultramar é política e não militar;

Timor-Leste não seria exceção na política descolonizadora que seria seguida em Portugal pelos Governos provisórios, tal comportamento propiciando a precipitação dos acontecimentos que lhe permitiria uma efêmera independência política⁴⁹.

II. A intenção de descolonizar seria enquadrada por um processo legislativo que definiria um poder de transição, sendo uma das primeiras leis da Revolução Portuguesa precisamente a Lei n° 7/74, de 27 de julho, lei com valor constitucional provisório⁵⁰, que estabelecia *três relevantes orientações em relação ao Ultramar Português*:

– *o princípio da solução política e a rejeição da solução militar*: “O princípio de que a solução das guerras no ultramar é política e não militar, consagrado no n° 8, alínea a), do capítulo B do Programa do Movimento das Forças Armadas, implica, de acordo com a Carta das Nações Unidas, o reconhecimento por Portugal do direito dos povos à autodeterminação” (art. 1° da Lei n° 7/74);

– *o reconhecimento da plenitude do princípio da autodeterminação dos povos*: “O reconhecimento do direito à autodeterminação, com todas as suas consequências, inclui a aceitação da independência dos territórios ultramarinos e a derrogação da parte correspondente do artigo 1° da Constituição Política de 1933” (art. 2° da Lei n° 7/74); e

– *a titularidade da correspondente competência no Presidente da República*: “Compete ao Presidente da República, ouvidos a Junta de Salvação Nacional, o Conselho de Estado e o Governo Provisório, concluir os acordos relativos ao exercício do direito reconhecido nos artigos antecedentes” (art. 3° da Lei n° 7/74).

b) Criação de condições para um debate franco e aberto, a nível nacional, do problema ultramarino;

c) Lançamento dos fundamentos de uma política ultramarina que conduza à paz”.

⁴⁹ Cfr. RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 204 e 205; FAUSTO DE QUADROS, *Timor...*, p. 1; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 99 e ss.

⁵⁰ Diploma legislativo que tinha sido antecedido por uma anterior versão, a L n° 6/74, de 19 de julho, publicada sem promulgação presidencial efetiva, e que seria objeto de ratificação pela L n° 7/74, de 27 de julho.

III. Um ano depois daquele diploma legislativo seria publicada a Lei nº 7/75, de 17 de julho, fixando os termos da transição política em Timor-Leste, depois de já resolvida a transição em todos os outros territórios ultramarinos africanos⁵¹.

Esta lei, recordando por parte de Portugal o princípio da autodeterminação dos povos aplicado a Timor-Leste (cfr. o art. 1º da Lei nº 7/75, de 17 de julho), concretizava o respetivo exercício através da eleição de uma Assembleia Popular, por sufrágio direto e universal, a quem depois competiria a definição do futuro político de Timor-Leste: “Na sequência do princípio de que a soberania reside no povo, o Estado Português comete a definição do futuro político de Timor a uma Assembleia Popular representativa do povo do território, a constituir por eleição direta, secreta e universal, com inteiro acatamento dos princípios inscritos na Declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 1º da Lei nº 7/75).

A amplitude das competências deste órgão parlamentar a eleger estava em plena consonância com o exercício do direito de autodeterminação: “Uma vez eleita, caberá à Assembleia Popular definir, por maioria simples e por voto direto e secreto, o estatuto político e administrativo do território de Timor...” (art. 4º, primeira parte, da Lei nº 7/75).

IV. Nos termos da Lei nº 7/75, a soberania portuguesa terminaria no terceiro domingo de outubro de 1978 (cfr. o art. 5º, nº 1, da Lei nº 7/75), devendo a transição ser assegurada por este conjunto de órgãos (cfr. o art. 6º da Lei nº 7/75):

- um Alto-Comissário;
- um Governo, presidido pelo Alto-Comissário e por Secretários-Adjuntos;
- um Conselho de Governo, de natureza consultiva.

A Lei nº 7/75 inseria ainda em anexo o Estatuto Orgânico de Timor, destinado a vigorar até à cessação da soberania portuguesa no território (cfr. o art. 13º da Lei nº 7/75), articulado com 42 artigos, assim distribuídos:

⁵¹ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 588 e ss.; JORGE MIRANDA, *Timor e o Direito Constitucional*, in AAVV, *Timor e o Direito* (org. de JORGE MIRANDA), Lisboa, 2001, pp. 112 e 113.

- Capítulo I — Do Governo
- Capítulo II — Dos órgãos jurisdicionais
- Capítulo III — Da administração financeira
- Capítulo IV — Dos serviços públicos
- Capítulo V — Disposições complementares e transitórias

12. A efêmera I República Democrática de Timor-Leste (1975)

I. Todavia, a realidade em Timor-Leste não se conformou com o programa estabelecido pelo Estatuto Orgânico de Timor e a dinâmica dos acontecimentos tomara outra direção.

No território, o protagonismo da FRETILIN era crescente, assinando-se a influência da URSS e antecipando a independência política, havendo, não obstante, diversos outros movimentos⁵²:

- UDT — *União Democrata Timorese*: conservadora, defendia uma autonomia progressiva, com uma posterior independência;
- a FRETILIN — *Frente Revolucionária de Timor-Leste Independente* (num momento inicial, chegou a chamar-se ASDT — *Associação Social-Democrata Timorese*): progressista de esquerda, defendia a independência, numa lógica anticolonialista e antineocolonialista;
- a APODETI — *Associação Popular Democrática Timorese*: defensora da integração na Indonésia, mas com pouca adesão popular.

II. É neste contexto de conflitualidade crescente que a FRETILIN decidiu a proclamação da independência a 28 de novembro de 1975 (CTL1975), com a aprovação da I Constituição da República Democrática de Timor-Leste, que entraria em vigor nesse mesmo dia, tendo utilizado o título de Presidente da República Xavier do Amaral, primeiro, e Nicolau Lobato, depois.

Mas essa decisão de libertação seria contrariada por um outro movimento, o da UDT, que em 30 de novembro de 1975 também proclamaria a independência com a finalidade da integração na Indonésia⁵³.

⁵² Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 590 e ss.

⁵³ Cfr. RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, p. 204.

III. Simplesmente, essa independência seria “Sol de pouca dura”, pois que as tropas indonésias, perante o facto da proclamação da República Democrática de Timor-Leste, invadiram o território em 7 de dezembro de 1975, com a alegação de que assim evitariam a expansão da política imperialista soviética naquela parte do Globo.

As autoridades e forças portuguesas retiraram-se, primeiro, para a ilha de Ataúro e, em 8 de dezembro de 1975, definitivamente abandonaram o território timorense, com destino à Austrália.

Segundo MIGUEL GALVÃO TELES, três fatores determinaram o fracasso dessa independência⁵⁴:

- *o contexto da guerra fria*, com a oposição da Indonésia, Austrália e Estados Unidos da América à criação de um Estado com um governo marxista-leninista;
- *a desorganização de Portugal* e a marginalização das questões coloniais por parte do seu Governo perante a situação de pré-guerra civil que se vivia no “verão quente” de 1975;
- *o expansionismo da Indonésia*, apesar de um discurso oficial de não interferência, comprovado pela “Operação Komodo”, com o objetivo de provocar a desestabilização no território e justificar a futura ocupação do mesmo.

IV. A despeito da sua fugaz vigência, *a I Constituição de Timor-Leste não deixou de desempenhar um relevante papel na identidade político-social da nação timorense e no seu desejo de independência*, acicatado pela violência da ocupação e depois de um processo de autodeterminação que se encontrava em marcha⁵⁵.

O texto constitucional timorense de 1975 era um articulado pequeno, com 55 artigos, distribuídos por seis capítulos:

- Capítulo I — *Princípios Gerais*
- Capítulo II — *Dos Direitos e Deveres dos Cidadãos*
- Capítulo III — *Dos Órgãos do Estado*
- Capítulo IV — *Da Divisão e Organização Administrativa*

⁵⁴ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 591 e 592.

⁵⁵ Sobre a CIL1975, v. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 599 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 102 e ss.

- Capítulo V — Do Poder Judicial
- Capítulo VI — Disposições finais e transitórias

V. Os princípios constitucionais da CTL1975 correspondiam ao modelo típico do Constitucionalismo Socialista, consagrando-se um regime político-constitucional de matriz comunista, mas de feição também anticolonialista.

A matriz comunista ficava evidente não apenas na ideologia prosseguida pela FRETILIN, como vanguarda do Povo, mas em diversos passos do texto constitucional em que se aludia à revolução.

O monismo ideológico bem transparecia no papel constitucionalmente atribuído ao partido único, a FRETILIN, também com uma veste político-partidária: “A República Democrática de Timor-Leste é conduzida pela orientação política da FRETILIN, no sentido de exterminar as caducas estruturas coloniais para a criação de uma sociedade nova liberta de qualquer forma de dominação e exploração” (art. 2º da CTL1975).

A própria definição do novo Estado proclamada não deixava qualquer dúvida acerca daquela filiação, ainda que se enfatizasse uma dimensão anticolonialista: “A República Democrática de Timor-Leste é uma Nação soberana, una e indivisível, anticolonialista, antineocolonialista e anti-imperialista, nascida de uma forte resistência popular generalizada de luta contra o colonialismo português e o imperialismo, sob a justa direção da única e legítima vanguarda do Povo Maubere, a Frente Revolucionária de Timor-Leste Independente — FRETILIN” (art. 1º da CTL1975).

VI. *A proteção dos direitos fundamentais*, embora os mesmos tivessem até um lugar autónomo na sistemática jurídico-constitucional, padecia de um acentuado *deficit* em vários tipos de direitos excluídos daquele catálogo.

Noutra perspetiva, em relação aos que lograram consagração constitucional, predominavam os direitos económicos e sociais em detrimento dos direitos civis e políticos, todos eles funcionalizados à ideologia única comunista, de que são bom exemplo estes dois preceitos constitucionais:

- “Todo o cidadão tem o direito e dever de participar no processo da consolidação da Democracia para a criação de uma sociedade nova preconizada por esta Constituição” (art. 23º da CTL1975);
- “Todo o ato de caráter contrarrevolucionário é considerado oposto aos interesses do Povo, pelo que será severamente punido” (art. 32º da CTL1975).

VII. A *organização constitucional económica* assentava na agricultura como base da economia do novo Estado: “Sendo Timor-Leste uma Pátria de camponeses, a base da economia da República Democrática de Timor-Leste é a agricultura” (art. 6º, primeira parte, da CTL1975).

O sistema económico constitucionalmente estabelecido correspondia ao *dirigismo típico do sistema de direção central, com a intervenção monopolista do Estado*: “O Estado promove e planeia a economia nacional sempre com vista a garantir o desenvolvimento do País para o benefício do Povo de Timor-Leste” (art. 10º da CTL1975).

Mesmo quando tenuemente se admitia a iniciativa privada, ela deveria estar sempre indexada ao interesse nacional: “A República Democrática de Timor-Leste apoia toda e qualquer iniciativa particular, desde que ela não colida com os interesses gerais da Nação, explicitados na presente Constituição” (art. 7º da CTL1975).

VIII. O *sistema político previa os seguintes órgãos de Estado*:

- a Assembleia Popular, considerado como o órgão supremo do Poder do Estado (cfr. o proémio do art. 3º da CTL1975);
- o Comité Central da FRETILIN;
- o Conselho de Ministros, chefiado pelo Primeiro-Ministro e composto por ministros e vice-ministros (cfr. os arts. 40º e 41º da CTL1975);
- o *Presidente da República*, por inerência o presidente da FRETILIN, Chefe de Estado e símbolo da unidade nacional (cfr. o proémio do art. 42º da CTL1975).

Também tinham de ser considerados órgãos do Estado, se bem que previstos no Capítulo V, os tribunais, encimados pelo Supremo Tribunal de Justiça, cujo presidente era nomeado e demitido pelo Presidente da República (cfr. o art. 50º, 1º §, da CTL1975), só podendo “...ser juiz o

cidadão que pela sua prática provar que exercerá a sua função de acordo com os fundamentos e objetivos desta Constituição” (art. 51º da CTL1975).

De um modo geral, percebe-se a rejeição da separação de poderes e, no seu lugar, a afirmação da unicidade do poder político, protagonizada pela Assembleia Popular, que absorvia no seu seio o Comité Central da FRETILIN e o Conselho de Ministros, sendo ela própria presidida pelo Presidente da República.

13. O tempo da ocupação indonésia (1975-1999)

I. A proclamação da independência de Timor-Leste não agradaria a algumas potências regionais, ciosas do seu espaço de influência e sob as ordens da política norte-americana para a Ásia, em clima de plena guerra fria.

Com a ocupação de Timor-Leste pelas tropas indonésias, em 7 de dezembro de 1975, terminaria a efémera I República Democrática de Timor-Leste e a proclamação de Timor-Leste como Estado, passando este território a ser a 27ª província da Indonésia, através da lei de 17 de julho de 1976⁵⁶.

Mesmo considerando esse tão breve período, a qualificação do início da atual fase de independência — que se tornou efetiva a partir de 20 de maio de 2002, quando Timor-Leste foi internacionalmente reconhecido e se deu início à vigência da sua presente Constituição — é a de uma “restauração de independência”, precisamente em recordação daquela fase — curta mas vibrante — da história de Timor-Leste⁵⁷.

⁵⁶ Sobre este período da ocupação indonésia, v. RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 204 e ss.; PAULO OTERO, *A lei aplicável às relações jurídico-privadas envolvendo timorenses e constituídas em Timor-Leste entre 1975 e 1999*, in AAVV, *Timor e o Direito* (org. de JORGE MIRANDA), Lisboa, 2001, pp. 37 e ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 595 e ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *O sistema jurídico...*, pp. 8 e ss.; NUNO CANAS MENDES, *A multidimensionalidade...*, pp. 158 e ss.; JAIME VALLE, *O Casamento na Ordem Jurídica Timorense atual: perspetivas de evolução*, in AAVV, *I Congresso do Direito de Língua Portuguesa* (org. de JORGE BACELAR GOUVEIA), Coimbra, 2010, pp. 293 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 107 e ss.

⁵⁷ Isso mesmo é reconhecido pela Lei dos Feriados Nacionais e Datas Oficiais Comemorativas (Lei nº 10/2005, de 18 de agosto), que no seu art. 2º, nº 1, al. c), con-

II. Logo desde o início da ocupação indonésia caberia a Portugal um papel muito importante no sentido de alcançar o objetivo de realizar a descolonização de Timor-Leste e garantir ao povo maubere o exercício do direito de autodeterminação⁵⁸.

Este foi uma orientação política, de resto, que muito contrastaria com o comportamento do Governo Português no tempo do Estado Novo, em que sempre ignorou as instâncias da comunidade internacional no sentido do cumprimento daquele desiderato.

O compromisso com a autodeterminação de Timor-Leste por parte do Portugal da III República democrática e social chegaria mesmo ao ponto de a questão figurar numa das disposições transitórias do então aprovado texto constitucional de 1976:

- “Portugal continua vinculado às responsabilidades que lhe incumbem, de harmonia com o Direito Internacional, de promover e garantir o direito à independência de Timor-Leste” (art. 307º, nº 1, da CRP1976); e
- “Compete ao Presidente da República, assistido pelo Conselho da Revolução, e ao Governo praticar todos os atos necessários à realização dos objetivos expressos no número anterior” (art. 307º, nº 2, da CRP1976).

III. O combate à ocupação indonésia não se fez esperar por parte da ONU, que de imediato aprovaria diversas resoluções verberando a ocupação de Timor-Leste e a conseqüente impossibilidade de se exercer a autodeterminação do povo maubere, com intervenções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança:

- a Resolução nº 3485 (XXX) da Assembleia Geral, de 12 de dezembro de 1975, a primeira aprovada depois da ocupação indo-

sidera aquela data como o “Dia da Restauração da Independência”, ao mesmo tempo que a al. h) daquela mesma disposição legal qualifica o dia 28 de novembro como o “Dia da Proclamação da Independência”.

⁵⁸ Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *O estatuto de Portugal como potência administrante de Timor-Leste: um debate no Tribunal Internacional de Justiça*, in AAVV, *Timor e o Direito* (org. de JORGE MIRANDA), Lisboa, 2001, pp. 89 e ss.

nésia do território timorense, na qual se deplorava a intervenção militar das forças armadas indonésias no ainda Timor Português⁵⁹;

- a Resolução n° 384 (1975) do Conselho de Segurança, de 22 de dezembro de 1975, na qual a ONU pedia a retirada sem demora das tropas indonésias do território timorense, além de solicitar a Portugal que cooperasse com a ONU no sentido de se ali se exercer o direito à autodeterminação⁶⁰;
- a Resolução n° 389 (1976) do Conselho de Segurança, de 22 de abril de 1976, na qual este órgão da ONU reafirmaria a sua resolução anterior no sentido de pedir a retirada sem demora do território ocupado, dando-se ainda conta da recusa de este órgão internacional em aceitar o convite dirigido pelo governo indonésio para visitar o território de Timor-Leste⁶¹.

IV. Com a consolidação da situação de ocupação de Timor-Leste pela Indonésia, sistematicamente a Assembleia Geral inscreveria na agenda da sua sessão anual de Outono o tema, sendo sempre aprovadas resoluções condenando tal invasão até 1982⁶²:

- a Resolução n° 31/53 da Assembleia Geral, de 1 de dezembro de 1976;
- a Resolução n° 32/34 da Assembleia Geral, de 28 de novembro de 1977;
- a Resolução n° 33/39 da Assembleia Geral, de 13 de dezembro de 1978;
- a Resolução n° 34/40 da Assembleia Geral, de 21 de novembro de 1979;

⁵⁹ Cfr. o n° 4 da Resolução n° 3485 (XXX) da Assembleia Geral, de 12 de dezembro de 1975.

⁶⁰ Cfr. os n°s 1 e 3 da Resolução n° 384 (1975) do Conselho de Segurança, de 22 de dezembro de 1975.

⁶¹ Cfr. o n° 2 da Resolução n° 389 (1976) do Conselho de Segurança, de 22 de abril de 1976.

⁶² Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Timor-Leste — textos...*, pp. 55 e ss.

- a Resolução nº 35/27 da Assembleia Geral, de 11 de novembro de 1980;
- a Resolução nº 36/50 da Assembleia Geral, de 24 de novembro de 1981;
- a Resolução nº 37/30 da Assembleia Geral, de 23 de novembro de 1982⁶³.

V. Porém, o principal eixo de combate à ocupação indonésia partiria da Resistência Timorense, que se organizou em *três frentes distintas*⁶⁴:

- *a frente armada*: a ação militar de guerrilha desenvolvida no interior do território timorense, *maxime* nas montanhas, mantendo a determinação de impedir a ocupação total, nesta gesta histórica cabendo exaltar Kay Rala Xanana Gusmão;
- *a frente clandestina*: a ação subversiva realizada na parte do território timorense efetivamente ocupado pelos indonésios, obtendo informações úteis à guerrilha e promovendo ações de sabotagem no tocante ao êxito dessa presença; e
- *a frente diplomática*: a ação política desenvolvida pelos representantes timorenses junto das diversas instâncias internacionais, nesse trabalho se evidenciando José Ramos-Horta e o seu empenho nos órgãos da ONU, em Nova Iorque, além dos diversos organismos que foram criados de agregação de todas as vontades rumo à independência nacional⁶⁵.

14. A administração internacional pelas Nações Unidas — UNTAET (1999-2002)

I. Mercê da conjunção de diversos fatores político-internacionais, Timor-Leste conseguiu em 1999 iniciar uma nova e decisiva etapa na sua vida política.

⁶³ Com uma importante descrição de todo o trabalho desenvolvido pela ONU durante o tempo da ocupação indonésia, RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 207 e ss.

⁶⁴ Como é expressamente admitido pelo preâmbulo da CTL, nos seus §§ 3º e ss.

⁶⁵ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 601 e ss.

Este período de três anos pode ser dividido em três momentos, todos eles tendo em comum a presença determinante da ONU na consecução do sonho timorense de ver restaurada a sua independência perdida⁶⁶:

- a realização do referendo internacional e o papel da UNAMET;
- a intervenção militar de pacificação da INTERFET;
- a administração transitória da UNTAET.

II. Os esforços da ONU e de Portugal no sentido de alcançarem para Timor-Leste uma solução de autodeterminação⁶⁷ finalmente desembocariam numa saída de êxito quando em Nova Iorque, em 5 de maio de 1999⁶⁸, Portugal e a Indonésia assinaram — respetivamente através dos seus ministros dos Negócios Estrangeiros de então, Jaime Gama e Ali Alatas — com a ONU, por intermédio do seu Secretário-Geral de então, Kofi Anan, *um Acordo Tripartido solicitando à ONU a realização de um referendo internacional sobre a autodeterminação do território timorense*⁶⁹.

Rigorosamente falando, o Acordo de Nova Iorque era constituído por três acordos⁷⁰: um Acordo Global, com vista à realização de um re-

⁶⁶ Sobre este período, v. RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 214 e ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 631 e ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *O sistema jurídico...*, pp. 13 e ss.; MÓNICA FERRO, *Administração Internacional em Timor-Leste*, in AAVV, *Timor-Leste em Mudança — ensaios sobre Administração Pública e Local* (coord. de ANTÓNIO MARQUES BESSA, NUNO CANAS MENDES, PEDRO CONCEIÇÃO PARREIRA e MÓNICA FERRO), Lisboa, 2004, pp. 123 e ss., e *O papel das Nações Unidas na Construção de Estados — o caso de Timor-Leste*, in AAVV, *Ensaio sobre nacionalismos em Timor-Leste* (ed. de ARMANDO MARQUES GUEDES e NUNO CANAS MENDES), Lisboa, 2005, pp. 291 e ss.; NUNO CANAS MENDES, *A multidimensionalidade...*, pp. 172 e ss.; JAIME VALLE, *O Casamento...*, pp. 296 e 297; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 111 e ss.

⁶⁷ Referindo muito dos esforços de Portugal, GUSTAVO SILVA VAL-FLORES, *Portugal e o período de transição em Timor-Leste*, Lisboa, 2006, pp. 35 e ss.

⁶⁸ Colocando JORGE MIRANDA a esdrúxula hipótese de este acordo ter sido inconstitucional à face da CRP: JORGE MIRANDA, *Timor...*, p. 116.

⁶⁹ Cfr. RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 215 e ss.; ANA GUERRA MARTINS, *Timor-Leste e a afirmação (tardia) do Direito Internacional*, in AAVV, *Timor e o Direito* (org. de JORGE MIRANDA), Lisboa, 2001, pp. 19 e ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *As Nações Unidas e a questão de Timor-Leste*, in AAVV, *Timor e o Direito* (org. de JORGE MIRANDA), Lisboa, 2001, pp. 69 e ss.

⁷⁰ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, p. 634.

ferendo internacional, sob supervisão da ONU; um segundo acordo sobre as modalidades de consulta popular, com a atribuição ao Secretário-geral da ONU das competências para a logística do mesmo; e um terceiro acordo sobre a segurança da consulta no sentido de permitir a intervenção da polícia civil da ONU para garantir a liberdade e a veracidade da realização daquela consulta popular⁷¹.

Inicialmente marcada para 8 de agosto, *tal referendo internacional realizar-se-ia em 30 de agosto de 1999*, no mesmo se estabelecendo a alternativa de duas perguntas, numa formulação assinalavelmente capciosa em favor dos interesses indonésios: (i) ou aceitar a autonomia dentro do Estado unitário indonésio; (ii) ou rejeitar essa autonomia, equivalendo a resposta, ainda que apenas implícita, à independência política de Timor-Leste e separação do Estado da Indonésia⁷².

O resultado foi esmagador a favor da resposta da independência, depois de uma afluência às urnas não menos esmagadora de 446.953 votantes de um universo de 451.796, ou seja, uma participação de 98,9%: 21,5% a favor da integração na Indonésia; 78,5% contra a integração na Indonésia, portanto, pela independência⁷³.

Assim terminaria um atribulado processo político-negocial, mas com a vitória do Direito Internacional Público afirmado depois da II Guerra Mundial, que tinha erigido a autodeterminação dos povos a um dos seus princípios fundamentais.

Nos termos da CNU, um dos novos objetivos desta organização internacional, aqui finalmente cumprido, era “Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal” [art. 1º, al. 2), da CNU].

Do ponto de vista operacional, todo esse processo se organizou com a intervenção no território timorense da UNAMET, que dirigiu

⁷¹ Cfr. RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 216 e 217.

⁷² Tal como bem adverte FAUSTO DE QUADROS: “...o que, convenhamos, consistia numa forma enviesada (mas foi a forma possível da parte da Indonésia) de se perguntar se o território de Timor-Leste optava por continuar integrado na Indonésia, com o estatuto de “autonomia especial”, que nunca se soube, em bom rigor, em que é que consistia, ou se queria tornar-se num Estado independente” (FAUSTO DE QUADROS, *Timor...*, p. 12).

⁷³ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 637 e 638.

todas as operações relacionadas com o referendo, de 11 de junho a 25 de outubro de 1999, tendo sido criada pela Resolução nº 1246 do Conselho de Segurança, com vigência até 31 de agosto, período que foi depois alargado pela Resolução nº 1257 do Conselho de Segurança, até 30 de setembro de 1999.

III. Simplesmente, após a divulgação dos resultados, e numa onda de violência e de vinganças sem precedentes, tropas e milícias indonésias praticaram atos de desforço contra o povo timorense que, em liberdade, tinha assumido a vontade de caminhar rumo à sua liberdade e à ereção de um Estado independente⁷⁴.

Em poucas semanas, houve milhares de mortos, além de muitos outros crimes, como raptos e violações, todos eles facilmente qualificados, devido às suas proporções numéricas e teleológicas, como crimes de genocídio e contra a Humanidade.

Respondendo rapidamente à situação de emergência criada, a ONU, através da Resolução nº 1264 do Conselho de Segurança, de 15 de setembro, entendeu criar, invocando o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, uma força de manutenção de paz, que ficaria conhecida por INTERFET, com dois objetivos⁷⁵:

- *a restauração da paz e da segurança em Timor-Leste*, pondo termo aos massacres continuamente perpetrados depois da divulgação do resultado do referendo internacional; e
- *a assistência humanitária à população civil de Timor-Leste e a instalação no território de organizações humanitárias.*

IV. Feita a escolha pela independência e após o regresso da paz e da segurança que requeria maior urgência, *impunha-se uma solução de governo de transição para Timor-Leste, até que fossem estabelecidas as bases político-jurídicas para o nascimento do novo Estado.*

Nítidamente que para a transição seria impensável contar com a Indonésia dado o contexto conflitual da relação com o território não apenas durante a ocupação como, sobretudo, depois da decisão referendária, com o recrudescimento de uma violência inaudita e destruidora de muitas estruturas.

⁷⁴ Cfr. ANA GUERRA MARTINS, *Timor-Leste...*, pp. 29 e ss.

⁷⁵ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Timor...*, p. 16.

A solução de entregar o governo de transição a Portugal, apesar de lhe ter sido reconhecido o estatuto de potência administrante *de iure*, igualmente surgia como improvável pela distância e os elevados custos económicos de uma operação com essas características, além de tal solução suscitar alguns adversários no contexto geopolítico da Região, não só a Indonésia mas também a Austrália.

V. Com o envolvimento político de algumas potências, de entre elas se encontrando os Estados Unidos da América, a solução mais consensual foi a de o governo do território ser atribuído diretamente à ONU, que antes já tinha realizado com êxito o referendo internacional de auto-determinação de 30 de agosto de 1999.

Ficou assim decidido que por um período de três anos fosse a ONU a entidade jurídico-pública com poderes sobre o território, através da criação da UNTAET — *United Nations Transitional Administration in East-Timor*, com uma vigência até 31 de janeiro de 2001⁷⁶.

Para o efeito, o Conselho de Segurança da ONU definiu um amplo mandato à UNTAET, através da Resolução n.º 1272, de 25 de outubro de 1999, conferindo-lhe poderes para exercer a competência legislativa e executiva, incluindo a administração da justiça.

Isso mesmo era logo assumido na 1.ª disposição do seu Regulamento n.º 1/1999, de 27 de novembro, sobre os “Poderes da Administração Transitória em Timor-Leste”, qualificável como a *Constituição da Administração Internacional*: “Todos os poderes legislativos e executivos referentes a Timor-Leste, incluindo a administração do sistema judicial, estão investidos na UNTAET e são exercidos pelo Administrador Transitório. No exercício destas funções, o Administrador Transitório consultará o povo timorense e com ele cooperará estreitamente” (art. 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/1999 da UNTAET).

A duração da UNTAET foi a seguinte: início a 25 de outubro de 1999 e termo a 20 de maio de 2002, tendo sido o seu representante especial o malgrado Sérgio Viera de Mello.

⁷⁶ Sobre esta fase de administração internacional pela UNTAET, v. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 643 e ss.; RAYMOND GOY, *L'indépendance...*, pp. 224 e ss.; JORGE MIRANDA, *Timor...*, pp. 118 e ss.; JONATHAN MORROW e RACHEL WHITE, *The United Nations in Transitional East Timor: International Standards and the Reality of Governance*, in AYBIL, vol. 22, 2002, pp. 1 e ss.

VI. Do prisma jurídico-público, a UNTAET possuía um inequívoco poder político, e até mais amplo que se possa pensar, não somente na extensão das funções como na intensidade com que as mesmas eram concebidas⁷⁷.

A UNTAET só não podia ser um verdadeiro Estado, ainda que exercesse poderes aproximados, por não ser dotada de poder constituinte próprio, além de ter um cunho transitório, sendo certo que a soberania tem como atributos necessários a originariedade e a permanência dos seus poderes⁷⁸.

O período em questão, ao contrário do que se possa pensar, não foi todo ele homogêneo, sendo possível surpreender três etapas:

- a 1ª fase: *do início até agosto de 2000*, altura em que estabeleceu uma liderança timorense, durante o qual a UNATET exerceu a plenitude dos poderes através do Administrador Transitório;
- a 2ª fase: *desde este momento até à instalação da Assembleia Constituinte*, avultando uma clara partilha de poder entre a UNTAET e a liderança timorense; e
- a 3ª fase: *de elaboração da Constituição e os preparativos para o reconhecimento do Estado Timorense*⁷⁹.

VII. Com o seu grau de originalidade, é ainda de salientar que os poderes exercidos pela UNTAET, protagonizados pelo Administrador Transitório, foram sendo partilhados com estruturas representativas dos timorenses, num processo que ficou designado por “timorização”, de acordo com dois órgãos que, naquela segunda fase, foram instituídos:

⁷⁷ Sobre a questão, v. MIGUEL GALVÃO TELES, *Timor-Leste*, pp. 664 e ss.; JONATHAN MORROW e RACHEL WHITE, *The United Nations...*, pp. 23 e ss.

⁷⁸ Sem avançar com uma qualificação mais profunda, limitando-se a dizer que “Timor é, presentemente, já uma entidade política *a se* — uma comunidade de fins gerais destinada a converter-se em Estado (ou, se se quiser, doutra ótica, em “*Estado em devir*”), acrescentando que “Por isso, nele vigora um Direito paraconstitucional, estruturador do sistema de poder e das relações com a comunidade”, JORGE MIRANDA, *Timor...*, p. 120.

⁷⁹ Assim, JONATHAN MORROW e RACHEL WHITE, *The United Nations...*, pp. 6 e 7.

- primeiro, o *Conselho Consultivo Nacional*, criado em 2 de dezembro de 1999, pelo Regulamento nº 2/1999 da UNTAET, órgão colegial consultivo do Administrador Transitório, de que foi chefe Xanana Gusmão, composto por 15 membros;
- depois, o *Conselho Nacional*, criado em 14 de julho, pelo Regulamento nº 24/2000 da UNTAET, com 33 e depois com 36 membros, com uma mais ampla representação dos timorenses e, sobretudo, mais alguns poderes de intervenção no governo transitório do território.

15. A restauração da independência e a II República Democrática de Timor-Leste (2002-....)

I. Qual Fénix, *o Estado de Timor-Leste renasceria no dia 20 de maio de 2002*, depois de muitas e complexas vicissitudes⁸⁰.

Com esse acontecimento se registou paralelamente um outro, da maior importância: *o aparecimento de uma nova Constituição*, a segunda da vida desse Estado (CTL), ainda que a primeira dotada de efetividade prática.

Daí que este não seja um momento qualquer, antes um momento *duplamente constituinte*:

- *constituente de um Estado*, que agora vê a luz do dia e assim se apresenta na sociedade internacional; e
- *constituente de uma Ordem Jurídica*, porque esse Estado se autoadorna de um texto constitucional, que passará a reger os seus destinos fundamentais⁸¹.

Assim se inaugurou o atual período político-constitucional timorense da II República, após o fugaz momento de vigência, em finais de 1975, da I República.

⁸⁰ Segundo o art. 170º da CTL, “A Constituição da República Democrática de Timor-Leste entra em vigor no dia 20 de maio de 2002”, embora o texto tenha sido aprovado em 22 de março desse mesmo ano pela Assembleia Constituinte.

⁸¹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição de Timor-Leste*, in *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 306 e 307, *As Constituições...*, pp. 36 e 37, e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 117 e ss.

II. Mas o dia 20 de maio de 2002 foi apenas o primeiro dia do resto da vida político-constitucional de Timor-Leste, com um texto constitucional que se mantém na sua originalidade.

Entretanto, muita coisa se passou nestes anos de Constitucionalismo Timorense, em que cumpre assinalar *dois temas mais importantes*:

- *a edificação do sistema jurídico*, com a produção de legislação adequada a regular os interesses e a vida em sociedade;
- *a criação de condições económicas e sociais de bem-estar para os timorenses*, com a instalação dos serviços possíveis numa lógica de Estado Social.

III. Com a restauração da independência de Timor-Leste, em 20 de maio de 2002, terminou a presença da UNTAET, sobretudo da perspectiva dos seus amplos poderes como entidade de administração internacional do território.

Contudo, a cooperação internacional com Timor-Leste continuou noutros moldes, em resultado da sua independência, não apenas no seio da ONU como ao nível de outros organismos internacionais e no relacionamento entre Estados.

No caso específico da ONU, depois daquela data, funcionaram em Timor-Leste diversas missões, com mandatos específicos:

- primeiro, a UNMISSET, criada pela Resolução n.º 1410 do Conselho de Segurança, de 17 de maio de 2002, com o objetivo de apoiar administrativamente as estruturas essenciais à viabilidade e estabilidade política de Timor-Leste, tendo terminado em 20 de maio de 2005;
- depois, a UNOTIL, criada por um ano pela Resolução n.º 1599 do Conselho de Segurança da ONU, de 20 de maio de 2005, e depois prolongado em um mês pela Resolução n.º 1677 do Conselho de Segurança da ONU, de 12 de maio de 2006;
- posteriormente, a UNIMIT, criada pela Resolução n.º 1704 do Conselho de Segurança da ONU, de 25 de agosto de 2006, com objetivos por diversas vezes alargados em novas resoluções aprovadas, até 31 de dezembro de 2012.

§ 4º A Constituição de Timor-Leste de 2002

16. A independência constitucional num procedimento constituinte democrático e representativo

I. O texto constitucional timorense será provavelmente o mais recente exemplo, em termos de Direito Constitucional Comparado Global, de *independência constitucional*, fenómeno do poder constituinte através do qual se dá a *dúpla circunstância de se criar um Estado e, ao mesmo tempo, ele ser dotado de uma Constituição*.

Foi precisamente isso o que sucedeu em 20 de maio de 2002, altura em que o renascido Estado de Timor-Leste foi internacionalmente reconhecido, nesse mesmo dia entrando em vigor o texto da previamente redigida e aprovada CTL.

II. Do prisma da expressão do poder constituinte formal, *nenhuma dúvida pode subsistir a respeito da sua democraticidade*: o novo texto constitucional foi o resultado de uma atividade legiferante levada a cabo por uma Assembleia Constituinte, expressamente eleita para esse efeito em 30 de agosto de 2001⁸².

Assinale-se, de resto, que se cumpriram todos os princípios gerais do Direito Eleitoral Democrático no tocante à escolha dos respetivos Deputados constituintes.

O ato constituinte formal da CTL, de cariz simples, foi assim apenas parlamentar, fundando-se na legitimidade da própria Assembleia Constituinte.

O sistema selecionado assentou na legitimidade popular quanto à elaboração do texto da Constituição, embora de acordo com critérios que vieram depois a ser convalidados pelo novo Estado nascente⁸³.

III. A aprovação do novo texto constitucional em 22 de março de 2002 representou também a opção *por uma solução constituinte em democracia representativa*, porquanto se considerou suficiente a aprovação no seio da-

⁸² Sobre a expressão do poder constituinte da CTL, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 201 e ss.

⁸³ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, p. 309, e *As Constituições...*, p. 39.

quela Assembleia Constituinte.

Assim, foi tomada uma decisão de rejeitar a consulta do povo timorense através de referendo constitucional, o que decerto teria a vantagem de uma maior e direta legitimação popular no tocante a texto normativo tão relevante para a vida de um Estado como é sempre a sua própria Constituição.

E essa até seria uma solução familiar em Timor-Leste e que de certa sorte se alinharia bem com o facto de a história da sua autodeterminação definitiva se ter fundado exatamente num ato referendário, o referendo internacional de 30 de agosto de 1999.

De todo o modo, foi bom ter-se afastado uma outra hipótese de formação convencional da CTL, em cujo órgão constituinte não houvesse a intervenção de membros eleitos⁸⁴.

17. A estrutura do texto constitucional e as influências recebidas

I. O texto constitucional timorense não é dos mais extensos no conjunto das Constituições de Língua Portuguesa, contando com 170 artigos⁸⁵, que se distribuem pelas seguintes sete partes, antecedidas por um preâmbulo:

- Parte I — *Princípios fundamentais (arts. 1º a 15º)*

⁸⁴ A respeito destas possibilidades, v. JONATHAN MORROW e RACHEL WHITE, *The United Nations...*, pp. 35 e ss.

⁸⁵ Sobre a CTL em geral, v. JONATHAN MORROW e RACHEL WHITE, *The United Nations...*, pp. 41 e ss.; GRAHAM NICHOLSON, *Observations...*, pp. 203 e ss.; HILARY CHARLESWORTH, *The Constitution of East Timor*, in *International Journal of Constitutional Law*, April, 2003, pp. 325 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 305 e ss., *Manual...*, I, pp. 366 e ss., *As Constituições...*, pp. 38 e ss., e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 202 e ss.; CARLOS BASTIDE HORBACH, *O controle de constitucionalidade na Constituição de Timor-Leste*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 2 de 2005, pp. 1019 e ss.; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Princípios fundamentais da Constituição de Timor-Leste: uma anotação ao poema “Pátria” de Xanana Gusmão*, in *JURISMAT — Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, nº 2 de 2013, pp. 110 e ss.

- Parte II — *Direitos, deveres, liberdades e garantias fundamentais* (arts. 16° a 61°)
- Parte III — *Organização do poder político* (arts. 62° a 137°)
- Parte IV — *Organização económica e financeira* (arts. 138° a 145°)
- Parte V — *Defesa e segurança nacionais* (arts. 146° a 148°)
- Parte VI — *Garantia e revisão da Constituição* (arts. 149° a 157°)
- Parte VII — *Disposições finais e transitórias* (arts. 158° a 170°)

II. As opções sistemáticas do texto constitucional timorense, não contendo qualquer peculiar originalidade digna de registo, não deixam de se inscrever nas tendências mais recentes de se dar primazia aos aspetos materiais sobre os aspetos organizatórios na ordenação das matérias, bem como à inserção de importantes incisos a respeito de questões económicas e sociais que hoje nenhum texto constitucional pode lucidamente ignorar.

Interessa também assinalar o relevo dado — assim erigida a parte própria da Constituição — à matéria da *Defesa e Segurança Nacionais*, no que não terá sido alheio o recente percurso histórico-político do povo e do território de Timor-Leste, o mesmo igualmente se dizendo dos *Princípios Fundamentais*, que se apresentam numa parte inicial, sistematicamente autonomizada como Parte I.

No que tange à técnica legislativa, nota-se a conveniente opção pela colocação de epígrafes em todos os artigos, permitindo um conhecimento mais imediato do conteúdo do articulado constitucional, para além da adoção da organização dos preceitos nos termos da tradição jurídica portuguesa e não seguindo outros esquemas estrangeiros, que foram assim — e, a nosso ver, bem — rejeitados⁸⁶.

III. O texto da CTL é ainda antecedido de um extenso *preâmbulo*, que pode decompor-se de vários conteúdos e que, por isso mesmo, se afigura de grande importância para uma primeira contextualização do novo Direito Constitucional Timorense.

Não fazendo formalmente parte do articulado do texto constitucional, sendo por isso desprovido de força dispositiva, o preâmbulo da

⁸⁶ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 308 e 309, e *As Constituições...*, pp. 38 e 39.

CTL tem um inegável interesse histórico e hermenêutico⁸⁷:

- *histórico* porque apresenta uma versão oficial acerca dos acontecimentos que estiveram na gênese do Estado, ainda que a verdade histórica não possa ser decretada, assim sendo um de entre outros possíveis contributos para a respetiva dilucidação;
- *hermenêutico* porque representa uma intervenção textual do legislador constituinte, com potencialidades explicativas que, em certos casos, vão sempre para além do mero articulado, como se tem reconhecido na técnica dos textos arrazoados.

IV. No tocante às influências recebidas⁸⁸, *ressalta à vista a importância da CRP, não apenas nas opções substanciais, como paralelamente através dos juristas que desempenharam um papel crucial na sua redação*, o que se facilmente se compreende dadas as ligações histórico-culturais de Timor-Leste a Portugal, ainda que também se deva assinalar a influência — se bem que em menor medida — recebida de outros textos constitucionais, como da CB e da CRM.

É verdade que hoje — em que também se assiste a uma Globalização Constitucional, que porventura terá sido uma das primeiras — não se afigura fácil descortinar instituições verdadeiramente marcantes dos sistemas jurídico-constitucionais: todos os sistemas se interinfluenciam e os textos mais jovens recebem múltiplas e paralelas influências dos textos mais antigos.

No entanto, não se pode esconder que a influência da CRP foi bem visível, ao que se alia o mesmo diapasão linguístico, como se pode comprovar nestas três dimensões:

- nas formulações literais utilizadas e na estrutura sistemática do articulado;
- nalguns mecanismos de direitos fundamentais, assim como nas respetivas fontes constitucionais;

⁸⁷ Sobre o valor jurídico-político dos preâmbulos constitucionais, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 717 e ss.

⁸⁸ Sobre as influências recebidas pela CTL, v. HILARY CHARLESWORTH, *The Constitution of East Timor...*, p. 328; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 317 e ss.

- nas soluções do sistema político e nos esquemas de garantia da Constituição.

V. Ao nível da *estrutura do texto constitucional*, sendo mais analítica do que o texto português, a CTL assenta em idêntica lógica de divisão das matérias, apenas se distanciando na evidência conferida à matéria da defesa e a segurança, relevo que se justifica pela importância que se atribuiu ao tema, tendo em mente os sangrentos acontecimentos pós-referendo, assim como o futuro da afirmação de um novo Estado num meio relativamente hostil.

Por outro lado, a localização da parte alusiva à organização económica e financeira no fim do articulado vem a ser, nos dias de hoje, a mais correta, mercê da progressiva perda de importância das respetivas normas. O Estado Social encontra-se em redução, não se conferindo às normas constitucionais o papel que outrora foi seu apanágio, descontando ainda o facto de não se pretender no articulado constitucional qualquer influxo marxista, como terá sucedido, nos tempos iniciais, com o texto constitucional português.

VI. Mesmo tendo sido aprovada tão recentemente, o texto da CTL — até para ganhar uma maior longevidade — não poderia deixar de equacionar os termos da sua própria revisão.

A opção fundamental tomada foi a de se adotar um texto constitucional *hiperrígido*, com a consagração de diversos limites à segregação do poder de revisão constitucional⁸⁹:

- *os limites orgânicos*: a revisão fica exclusivamente a cargo do Parlamento Nacional (cfr. o art. 154º da CTL);
- *os limites procedimentais*: as alterações ao texto constitucional devem ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (cfr. o art. 155º, nº 1, da CTL);
- *os limites temporais*: a revisão ordinária da Constituição só pode ser feita de seis em seis anos, embora se admita a revisão extraordinária, desde que o órgão competente assuma poderes constitucionais por votação de, pelo menos, quatro quintos dos Deputa-

⁸⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, p. 310.

dos em efetividade de funções (cfr. o art. 154º, n.ºs. 2 e 4, da CTL);

- *os limites materiais*: há um conjunto bastante vasto de matérias que não podem ser objeto de revisão constitucional (cfr. o art. 156º da CTL); e
- *os limites circunstanciais*: a vigência do estado de exceção impede a prática de qualquer “...ato de revisão constitucional” (art. 157º da CTL).

É assim de inserir este texto constitucional no elenco das Constituições hiperrígidas: embora admitindo a sua revisão, apenas tal pode suceder em termos limitados, com respeito por um formalismo e por um conteúdo que se perpetua para além das revisões constitucionais.

VII. Não sendo o lugar para se efetuar uma pormenorizada análise do texto constitucional timorense, cumpre tão só realizar a sua apresentação, assim se procurando estimular o estudo posterior das diversas instituições jurídico-constitucionais timorenses.

Para esse efeito, importa refletir sobre *três principais temas*, a despeito de a CTL incidir sobre muitos outros:

- *os princípios fundamentais e as fontes de Direito*;
- *os direitos fundamentais*; e
- *a organização do poder político*.

18. Os princípios fundamentais e as fontes de Direito

I. A primeira parte do texto constitucional, como tem sido recentemente acentuado, destina-se a concentrar os aspetos que, na sua essencialidade, caracterizam a ideia de Direito de que aquele articulado é portador⁹⁰.

É por isso que podemos encontrar, nos primeiros preceitos do texto constitucional, um conjunto de opções a respeito das múltiplas dimensões que se colocam à vida coletiva dos timorenses, agora que se organizaram numa estrutura estadual.

⁹⁰ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 311 e ss., e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 213 e ss.

Estas são algumas dessas principais orientações (cfr. os arts. 1º e ss. da CTL):

- o princípio do Estado de Direito;
- o princípio unitário, da soberania popular e da descentralização administrativa;
- o princípio da independência política e da cooperação internacional;
- o princípio da constitucionalidade;
- o princípio da socialidade;
- o princípio da liberdade e do pluralismo político e partidário;
- o princípio da liberdade religiosa e da cooperação.

Na impossibilidade de apreciar todos estes princípios, que nem sequer se afastam muito da dogmática fundamental do moderno Direito Constitucional, observe-se de perto duas questões que, no texto constitucional, oferecem uma certa veemência:

- as relações entre a lei e o costume como fontes de Direito timorense; e
- as relações entre o Estado e as confissões religiosas.

II. Em matéria de fontes do Direito, como não podia deixar de ser, o Estado Timorense, ao fundar-se nesta Constituição, proclama o princípio da constitucionalidade, segundo o qual “As leis e os demais atos do Estado e do poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição” (art. 2º, nº 3, da CTL).

Contudo, o texto constitucional não estabelece o monopólio da lei estadual como fonte do Direito timorense e aceita a relevância do Direito costumeiro nos seguintes termos: “O Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro” (art. 2º, nº 4, da CTL).

É extremamente significativo que se assumia uma posição frontal em matéria de Direito consuetudinário, sendo certo que o desenvolvimento do Estado Constitucional, desde o Liberalismo, se foi fazendo segundo paradigmas positivistas legalistas, de repressão de qualquer informalidade normativa, espontaneamente criada pelas comunidades.

Por outra parte, refira-se que essa receção do Direito costumeiro não é ilimitada e, ao invés, se submete a condições que parecem razoáveis, num contexto em que ao Direito estadual deve competir uma força diretiva essencial, sobretudo numa altura em que se trata de fundar uma organização coletiva, que dá os seus primeiros passos, depois de tantos anos de luta pela independência política.

Podem sempre restar dúvidas acerca da legitimidade da limitação do costume através da lei, tratando-se de fontes que exatamente se definem pelo seu antagonismo.

Daí automaticamente não se segue, porém, a impossibilidade de a lei — neste caso, a lei constitucional — se pronunciar sobre a validade do costume, até porque o faz muito restritamente, não só apelando a um esquema de resolução de conflitos, não de ingerência direta, como somente vedando os costumes que mais grosseiramente ponham em perigo os valores fundamentais da comunidade, protegidos ao nível constitucional.

III. Domínio que igualmente suscita um enfoque peculiar no texto constitucional timorense é o da relação entre o Estado e o fenómeno religioso, não se esquecendo ainda o papel da Igreja Católica.

Esta Parte I da CTL afirma, sem qualquer dúvida, a não identificação do Estado com as religiões, mas aceita que as respetivas relações — que assim existem e que assim se confirmam sem quaisquer complexos — se estribem numa ideia de cooperação: “O Estado promove a cooperação com as diferentes confissões religiosas, que contribuem para o bem-estar do povo de Timor-Leste” (art. 12º, nº 2, da CTL).

Coloca-se de parte um modelo que, pura e simplesmente, pudesse proibir o estabelecimento de qualquer atividade conjunta do Estado com as confissões religiosas, como por vezes alguns autores dão a entender, ao defenderem uma conceção mais agressiva do princípio da laicidade do Estado, que não pode significar a impossibilidade do seu relacionamento com a realidade institucional do fenómeno religioso.

É de frisar que a concretização dessa cooperação, fazendo-se de acordo com a força sociológica das confissões religiosas que se encontram implantadas em Timor-Leste, deve levar em especial consideração a Igreja Católica, expressamente nomeada no texto constitucional, não só numa perspetiva política como numa dimensão social, o que pode ser in-

terpretado como um mandato ao legislador ordinário no sentido do seu legítimo favorecimento em detrimento de outras confissões religiosas desprovidas desse papel, no passado e no presente:

- no preâmbulo, afirma-se que “Na sua vertente cultural e humana, a Igreja Católica em Timor-Leste sempre soube assumir com dignidade o sofrimento de todo o Povo, colocando-se ao seu lado na defesa dos seus mais elementares direitos” (§ 8º do preâmbulo da CTL);
- no preceito destinado à defesa da resistência timorense, refere-se que “O Estado reconhece e valoriza a participação da Igreja Católica no processo de libertação nacional de Timor-Leste” (art. 11º, nº 2, da CTL).

19. Os direitos fundamentais

I. Do ponto de vista dos direitos fundamentais, eles integram-se na Parte II da CTL⁹¹, englobando toda essa matéria, com a mais completa epígrafe de “Direitos, deveres, liberdades e garantias fundamentais” (do art. 16º ao art. 61º da CTL).

Trata-se de um crucial setor do texto constitucional, que reflete vários equilíbrios e que se mostra, de um modo geral, filiado na herança cultural ocidental em matéria de direitos fundamentais, com o apelo conjunto tanto à teoria liberal como à teoria social na respetiva configuração material⁹².

São escassas as inovações que o texto constitucional timorense introduziu neste domínio, avultando os principais tópicos que têm caracterizado, no século XX, os textos constitucionais que se alinham, numa aceção mista, nas correntes do Estado Social de Direito.

⁹¹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 313 e ss., e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 326 e ss.

⁹² Sobre as várias teorias acerca da fundamentação dos direitos fundamentais, v., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Ensinar Direito Constitucional*, Coimbra, 2003, pp. 417 e ss.

II. Macroscopicamente pensando, o sistema constitucional de direitos fundamentais realizou uma boa opção pela sua intensa constitucionalização legislativo-formal, reservando-lhe o documento constitucional uma parte específica, ainda que não se contestando a hipotética presença de mais direitos fundamentais noutras áreas do articulado constitucional.

Tal não significa que os direitos fundamentais admitidos se possam reconduzir àqueles que beneficiam de uma consagração no articulado constitucional documental porque outros direitos são admitidos, consagrados noutras fontes que, deste modo, se alcançaram num idêntico plano constitucional mais elevado, dada a presença de uma relevante cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos” (art. 23º da CTL).

Importa também sublinhar que se teve particularmente em atenção uma preocupação com o rigor da positivação dos direitos fundamentais, o que bem se atesta pela opção da respetiva consagração tipológica, que por aquela referida cláusula aberta vai para além dos direitos que se apresentam tipificados.

Em matéria de interpretação, regista-se finalmente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos serve de diapasão interpretativo comum (cfr. a parte final do art. 23º da CTL), o que assume uma grande relevância na conformidade de tais direitos por alusão a um texto internacional — como é aquela Declaração Universal — simbolicamente muito representativo e que foi sobretudo precursor na consagração de novos direitos fundamentais, a partir de uma ótica internacionalista.

III. Dentro de uma perspetiva mais microscópica, ao nível da especialidade, opera-se a dissociação essencial entre os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, numa clara menção da distinção clássica, nos direitos fundamentais, entre direitos de defesa e direitos a prestações.

Não tem sido tarefa fácil proceder à destrição entre uns e os outros se tomarmos uma preocupação que se situe num horizonte que exceda a mera arrumação sistemática.

Em vão no texto constitucional se depara com esse critério. Estamos em crer que ele passará pelo tipo de eficácia — imediata ou mediata — do sentido dos direitos fundamentais que estejam em apreciação.

Quanto aos direitos fundamentais consagrados, para além dos direitos que são comuns — e ainda bem — a outros sistemas constitucionais, nota-se a presença de algumas particularidades:

- *uma mais intensa proteção do direito à vida*: a defesa da vida humana não acontece apenas nos termos habituais, ao dizer-se que a vida humana é inviolável — igualmente se lembra que há uma dimensão prestadora, a cargo do Estado, no tocante a essa matéria, esclarecendo-se que “O Estado reconhece e garante o direito à vida” (art. 29º, nº 2, da CTL);
- *uma idade mais baixa para a titularidade de direitos políticos, que é admissível logo a partir dos 17 anos*: “Todo o cidadão maior de dezassete anos tem o direito de votar e de ser eleito” (art. 47º, nº 1, da CTL); e
- *uma justa e moderna preocupação de promoção dos homens e das mulheres*, não apenas como tarefa geral do Estado, mas ainda no âmbito específico do quadro organizatório do poder público [cfr. os arts. 6º, al. j), 17º e 63º da CTL].

20. A organização política

I. No plano da *organização política*, cuja matéria se unifica na Parte III do texto constitucional⁹³, há uma preocupação com uma pormenorizada definição do estatuto dos diversos órgãos de soberania, que são os seguintes: o Presidente da República, o Parlamento Nacional, o Governo e os Tribunais (cfr. a enumeração do art. 67º da CTL).

A organização do poder político, dentro do princípio da unidade do Estado, também conhece a *descentralização administrativa*, em dois distintos níveis (cfr. os arts. 71º e 72º da CTL):

⁹³ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *A primeira Constituição...*, pp. 315 e ss., e *Direito Constitucional de Timor-Leste*, pp. 379 e ss.

- ao *nível regional*, prevendo-se uma especial organização para o enclave Oe-cusse Ambeno e para a ilha de Ataúro;
- ao *nível local*, com a atribuição de poderes de natureza administrativa às instituições do poder local.

II. No plano da democracia representativa, o sistema de governo que resulta da leitura do articulado constitucional — conquanto não seja necessariamente este o que venha a resultar da prática constitucional — funda-se numa conceção próxima do *semipresidencialismo*, tal como ele vigora em Portugal.

Os órgãos políticos têm funções relevantes, não se vislumbrando que qualquer um deles esteja destinado a um papel apagado na dinâmica do exercício do poder, ainda que as relações entre o Presidente da República, o Parlamento Nacional e o Governo sejam de uma natureza distinta daquela que estes órgãos mantêm com os tribunais.

No entanto, cumpre mencionar que se vai um pouco mais longe na conceção, formalmente proclamada, do princípio da interdependência de poderes, fazendo com que o Parlamento Nacional, por exemplo, intervenha na escolha de alguns dos titulares do poder judicial, não limitando tal competência ao Governo ou ao Chefe de Estado⁹⁴.

III. É também de mencionar *o reconhecimento da democracia semidireta*, que se torna clara na adoção do mecanismo do referendo nacional, até provavelmente com uma explicação histórica óbvia: o referendo internacional que permitiu a independência política de Timor-Leste.

Da leitura dos preceitos constitucionais que o consagram (cfr. principalmente o art. 66º da CTL), sente-se um receio, talvez infundado, quanto ao uso desse mecanismo, que resulta de exercício árduo, pelo menos comparativamente a várias experiências estrangeiras, como parece ser óbvio se consultarmos o caso português:

- *quanto ao procedimento de decretação*, a necessidade de ser proposta por um terço dos Deputados e de a respetiva deliberação parla-

⁹⁴ V., por exemplo, a competência que o art. 95º, nº 3, al. *a*), da CTL atribui ao Parlamento Nacional de “Ratificar a nomeação do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e a eleição do Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas”.

mentar ter de reunir a vontade de dois terços desses mesmos Deputados, o que é excessivo;

- *quanto às matérias suscetíveis de referendo*, o facto de os principais assuntos que se colocam à governação — porque incluídos nas competências parlamentares e governativas, a começar pela revisão constitucional — serem excluídos do alcance das perguntas referendárias, o que esvazia o alcance político do instituto.

IV. Com particular melindre, está sempre *o sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis*, o qual, apesar de inserto na Parte VI, oferece uma óbvia conexão com a organização do poder público.

O texto constitucional timorense está longe de desconhecer o fenómeno e, pelo contrário, mostra-se muito atento à questão, dedicando-lhe relevantíssimas orientações, o que confirma, de novo este tópico, o desejo da efetividade de um Estado de Direito.

Não se optou pela criação de uma jurisdição constitucional específica, o que não quer dizer que essa atividade não seja exercida — tal, de facto, sucede, sendo expressamente deferida ao Supremo Tribunal de Justiça.

Numa perspetiva processual, anota-se que a sua amplitude é extensa, mesmo incluindo a fiscalização da constitucionalidade por omissão, figura que suscita peculiares dificuldades.

PRINCÍPIOS E CASOS DIFÍCEIS

O PAPEL DAS DIFERENTES CONCEPÇÕES DOS PRINCÍPIOS NA DEFESA E SUPERAÇÃO DO BINÓMIO CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS ¹

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

linhares@fd.uc.pt

Professor Associado com Agregação e Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Nas brevíssimas anotações que se seguem cruzam-se (sobrepõem-se) três núcleos temáticos distintos, todos eles indispensáveis quando se trata hoje de reflectir sobre o problema metodológico da realização jurisdicional do direito: o das possíveis concepções dos princípios (inevitavelmente reflectidas em distintas experiências do sistema jurídico) [α], o do papel que, no *mapping* do pensamento jurídico contemporâneo, cabe hoje ao contraponto *discursos da área aberta / discursos juristicistas* [β], finalmente o da pragmática da distinção *casos fáceis/casos difíceis* (entenda-se, o do binómio relativo aos casos) [γ]. De todos estes núcleos temáticos tenho autónoma e recorrentemente cuidado. Limitar-me-ei assim a identificar, em duas palavras, o sentido global de cada um deles [1.], concentrando-me depois nos seus possíveis cruzamentos e na relevância das diferenças que estes contribuem para esclarecer [2.].

1. Reconhecer os prometidos núcleos temáticos (e simplificar as suas possibilidades, sem comprometer embora o seu rigor) significa na verdade, desde logo, identificar uma sequência de tipificações possíveis e

¹ Este texto corresponde à comunicação apresentada em Outubro de 2017 nas *Segundas Jornadas de Metodologia Jurídica* (Lisboa, **Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 6 de Outubro de 2016) e será assim também publicado em breve no livro de actas autónomo.

os planos de relevância que estas iluminam².

1.1. O primeiro núcleo explora uma distinção que devemos a Castanheira Neves³, a qual nos autoriza a contrapor concepções dos princípios como *ratio* [α'], como *intentio* [α''] e como *jus* [α''']⁴. Se as duas primeiras têm em comum sustentarem um *continuum* princípios/normas — culminando a segunda no binómio *normas como regras / normas como princípios* —, a última rompe na verdade explicitamente com este *continuum* — na mesma medida em que rejeita o referido binómio.

[α] O *continuum* justificado pela primeira, numa linha que (de Jhering e Bierling a Habermas) nos autoriza a falar de princípios como *ratio*, traz consigo a herança dos *princípios gerais de direito*, na sua compreensão normativística. A unidade estrutural invocada — aquela que vai permitir tratar os princípios *como normas* (como se lhes coubesse apenas um degrau ou conjunto de degraus num *continuum* intencional e categorialmente homogéneo) — é na verdade explicitamente a de um contexto-*ordem*: um contexto que se baseia na identidade de um enunciado de *dever-ser* — com uma racionalidade-*veritas* autoconstituída por exigências de universalidade-incondicionalidade e uma conformação *a-teleológica* (capaz de submeter a acção a uma «codificação binária») — e que assim mesmo se mostra em condições de invocar uma pretensão de coerência ou de interrelação — pretensão esta que, por sua vez, enquanto e na medida em que (internamente projectada em cada um dos enunciados) rejeita a contingência ou a particularidade de uma «configuração flexível», faz corresponder a interrelação em causa (horizontal ou verticalmente reflectida) à

² Na condição decerto de evitar associar as estas tipificações qualquer pretensão de exaustividade e de assim as projectar em compartimentos analiticamente estanques.

³ Já assim na sua fundadora lição-síntese sobre os princípios: ver *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, policop., Coimbra, 1976.

⁴ Remeto-me para a recriação que propus em «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», in ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO LOUREIRO (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, *Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 395 e ss..

unidimensionalidade auto-subsistente de um *sistema*⁵, sistema que precisamente se quer e se diz sistema *de normas* ou de *proposições jurídicas*⁶. Uma vez preservada esta unidade *deontológica*, os sinais que nos autorizam a distinguir os *princípios* correspondem explicitamente a uma intensificação do núcleo *ratio*: como se este núcleo — ao poder ser compreendido enquanto tal, sem a mediação da antecipação hipotética (tipificadora de problemas ou situações possíveis) que sustenta as *outras* normas... ou pelo menos conferindo a essa antecipação uma indeterminação significativamente maior (assim mesmo reconhecível ou tematizável)... — nos aparecesse enfim restituído à pureza das suas *conclusions-claims* e à fundamentação imanente que estas garantem (ou a esta última na sua postulada convergência de *racionalidade e juridicidade*), permitindo que os princípios possam impor-se-nos, se não *recto itinere* como condições epistemológicas de uma racionalização cognitivo-sistemática, pelo menos como as proposições em que tais condições mais directamente se manifestam⁷...

[α"]O pressuposto partilhado pela concepção dos princípios como *intentio* (numa linha que vai agora de Stammler e Betti a Larenz e Alexy), reconduz-nos por sua vez a uma convergência da juridicidade com a vinculação autoritária e a institucionalização correspondente⁸. Podemos dizer, com efeito, que se trata sempre de pressupor a índole pré-jurídica (ético-comunitária ou moral-procedimental) dos princípios, defendendo simultaneamente que estes só constituem direito vigente (só adquirirem juridicidade) se se manifestarem em critérios positivos vinculadamente

⁵ Para o dizermos com as formulações exemplares de Habermas, propostas para distinguir normas e valores (sendo os princípios explicitamente mobilizados como normas): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1992, pp. 310 e ss.

⁶ Aqui mobilizadas como expressões equivalentes, com o alcance que o discurso do século XIX consagrou (estrutura hipotético-condicional, *forma imediatamente prática e imperativa*) e que vemos exemplarmente associado à operação metódica da *análise jurídica*. Outra é como sabemos a proposta de Kelsen, alimentada pela cisão estrutural *Rechtsnormen / Rechtsätze*, correspondendo as normas às prescrições de poder conhecidas como direito-objecto e as proposições jurídicas aos enunciados da perspectiva-*sujeito* e da análise descritiva que esta constrói..

⁷ Para um desenvolvimento (e a diferenciação indispensável das diversas possibilidades dos princípios como *ratio*), ver o meu «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios...», *cit.*, pp. 399-406 (2.1.).

⁸ *Ibidem*, pp. 406-412 (2.2.).

institucionalizados, recebendo destes (ou da autoridade-*potestas* que os sustenta) a sua força jurídica (ou a dimensão constitutiva que a traduz)⁹. Sendo certo que defender esta identidade não significa recusar tarefas práticas relevantes aos *princípios que ainda não são normas*, entenda-se, que *ainda não são jurídicos* — e que assim se nos expõem como puras intenções regulativas —, porque significa já antes (e em contrapartida!) confiar-lhes duas possibilidades *operatórias* (possibilidades que podem ser defendidas cumulativa ou separadamente, se não concebidas como meras diferenças de grau): a possibilidade de os conceber como manifestações de exigências discursivas, de expectativas sociais ou de compromissos comunitários (pré-jurídicos) capazes de orientar a construção-produção de critérios jurídicos, às quais a política legislativa deverá ser assim particularmente sensível («função regulativa para a normativa constituição do direito positivo»); a possibilidade de os levar a sério como «indicações orientadoras» com um carácter metodológico — indicações que, não constituindo como tal direito vigente, podemos convocar como apoios-arrimos (se não como cânones ou regras secundárias de juízo ou até mesmo como *razões argumentativas*) quando interpretamos uma norma legal ou um critério jurisprudencial... e muito especialmente quando temos que enfrentar um «caso omissivo» e resolver um problema (dito) de integração («função regulativa no direito positivo constituído» e na prática de integração ou desenvolvimento deste)¹⁰. Poderá dizer-se que o núcleo desta convergência está na assunção explícita do contraponto *regulativo / constitutivo* (enquanto assimilação explícita da herança kantiana), mas também na possibilidade-exigência de submeter a distribuição *intencional-regulativo (pré-jurídico) / autoritário-constitutivo (jurídico)* a uma especificação decisiva, iluminada pela referência à institucionalização *constitucional*. Trata-se na verdade de a configurar através do binómio *princípios «morais» com carácter regulativo / princípios jurídico-constitucionais vinculantes*, agora para acentuar que a emergência dos princípios — a sua determinação constitutiva tanto como princípios *de* direito quanto como princí-

⁹ Compreensão que poderá ser alargada também aos precedentes vinculantes, ainda que com dificuldades significativas resultantes de uma compreensão não apenas institucional mas também prático-culturalmente distinta do problema da *vinculação*.

¹⁰ As formulações citadas são ainda de CASTANHEIRA NEVES: ver *supra*, nota 2.

pios *do* direito¹¹ (sem que estes problemas afinal aqui se distingam um do outro!) — se identifica (se confunde) com a objectivação prescritiva (e com a dimensão de vigência e de eficácia, se não de *realidade*) que converte as intenções e os compromissos (eventualmente também os *direitos morais*) em causa em *princípios* (e *direitos*) *constitucionais*¹² (*constitutional rights are rights that have been recorded in a constitution with the intention of transforming human rights into positive law (...); human rights qua moral rights (...) exist if they are justifiable (...) on the basis of discourse theory*¹³). Introduzir esta especificação significa com efeito reduzir o problema dos limites de validade das normas legais, na sua inteligibilidade *puramente jurídica*, a um problema de *constitucionalidade*... e ver neste o problema metodológico central, o problema metodológico por excelência («Quando uma ordem jurídica (...) atribui aos princípios um nível constitucional, então basta que a norma seja inconciliável com o princípio para que lhe possa ser recusada validade...»¹⁴). Não decerto necessariamente para rejeitar a possibilidade de situações-limite em que a *validade*, mais ou menos indiscriminadamente iluminada como *moralidade*, imponha ela própria auto-subsistentemente a sua perspectiva (e os seus limites), mas para acentuar que tal possibilidade, se vier porventura a ser admitida, há-de sempre corresponder a uma assimilação ou a uma inclusão (mais ou menos excepcional) de intenções *pré-jurídicas* (como tal devidamente identificada nos seus pressupostos!) — assimilação ou inclusão que se torna necessária para «desapossar» a norma em causa da sua obrigatoriedade (para deixar de a legitimar com a *Geltungskraft* que beneficia a «ordem jurídica como um todo»)¹⁵ e que assim mesmo deverá discutir-se para além das fronteiras do jurídico (invocando uma experiência de in-

¹¹ Esta é uma distinção explorada por Castanheira Neves na citada lição-*síntese* e que vemos recriada por FERNANDO BRONZE nas *Lições de introdução ao direito*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 629 e ss., 638-639.

¹² Para o dizermos já recorrendo à conhecida *distribuição* de ALEXY em «The Dual Nature of Law», *IVR 24th World Congress's Papers (Plenary Sessions)*, Beijing 15-20 September 2009 («Global Harmony and Rule of Law»), pp. 257 e ss., 265-274 («The Reconciliation of the Ideal and the Real») [texto entretanto publicado na *Ratio Juris*, Volume 23 Issue 2 (June 2010), pp. 167-182]..

¹³ ALEXY, «The Dual Nature of Law», cit., p.271.

¹⁴ LARENZ, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, München, Beck, 1979, pp.20-21.

¹⁵ *Ibidem*, p. 21.

justiça *crassa* ou *intolerável* e o argumento ou *tertium comparationis* ético-filosófico ou ético-político que a justifica)¹⁶.

[α’']A abordagem dos princípios como *jus* corresponde por fim a uma linha de desenvolvimento que podemos dizer simultânea e incidivelmente preocupada... (a) com o sentido metodologicamente específico da *realização* dos princípios (princípios assim mesmo responsabilizados por uma dimensão-estrato, normativamente inconfundível, de um sistema jurídico pluridimensional)... (b)... e com a exigência de os levar a sério como objectivações práctico-normativamente imediatas da validade juridicamente relevante — se não mesmo como compromissos constitutivamente práticos da *forma de vida* que distingue o direito. Uma linha tão diversificada quanto as anteriores? Podemos dizer que sim. Na medida decerto em que (com equilíbrios distintos conferidos a estas duas preocupações ou às tematizações correspondentes) a descobrimos frequentada por Esser e Bydlinski, Canaris e Dworkin... e muito especialmente cultivada — porque explicitamente reconstruída, na sua especificidade e nas

¹⁶ Ponto de chegada que não exclui a variedade de intenções, que antes certamente a potencia... e isto na medida em que se abre a contextos de inteligibilidade muito distintos (e a possibilidades infinitas de gradação). Decerto porque as intenções pré-jurídicas a ter em conta (responsáveis por mais ou menos consequentes *argumentos de injustiça*) hão-de poder dirigir-se-nos... (a) tanto como *formas puras* (capazes de proporcionar a qualidade do *normativamente justo* aos materiais prescritos ou historicamente determinados), (b) quanto como exigências materiais imputáveis a programas políticos ou a uma compreensão politicamente comprometida do homem e da prática (se não já a uma *political morality*), (c) tanto como compromissos substantivos ético-comunitários (marcados pela particularidade dessas comunidades e dos seus *ethos* narrativos), (d) quanto como exigências (se não *pragmata*) de uma moralidade universal «descontextualizada» (procedimentalmente concebida)... Bastando-nos a distribuição por estes quatro eixos (e a concentração exemplar dos seus núcleos, na irredutibilidade das suas concepções) para perceber que os «sinais» desta compreensão dos princípios — combinando a herança da *doutrina do direito justo* com uma assimilação (selectiva!) de mediações heterogêneas (as de Radbruch e Larenz desde logo, mas também as de Ryffel e Kaufmann... sem excluir a lição do «middle way» de Hart!) — se organizam hoje sobretudo em torno dos contrapontos *juridicidade / moralidade, particular / universal*, ou se quisermos (para o dizermos, *et pour cause*, com Alexy!) discutindo uma possível *tese de moralidade (the necessary connection between law and some morality or another)* [ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg / München, Karl Alber Verlag, 1994, cit. na última versão deste texto, aquela que apareceu como *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (2001-2002), paperback edition, Oxford University Press, New York, 2010, p.75].

suas diferenças (muito significativamente... nas *diferenças* que, sem equívoco, a separam das outras duas linhas!) — pelo *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves¹⁷. Tendo aqui e agora que nos bastar duas palavras para aludir a essas diferenças. O que significa desde logo reconhecer uma compreensão *axiológica* dos princípios — inscrita na reinvenção inconfundível de um teleologismo de *valores* e de *fins*¹⁸ (se não *teleonomologismo*¹⁹) —, reconhecendo simultaneamente a relevância *metodológica* da distinção *fundamentos / critérios*²⁰ — e a dialéctica de estabilização-realização *sistema/ pro-*

¹⁷ «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios...», cit., pp. 412-421 (3.).

¹⁸ Refiro-me a uma reinvenção do *teleologismo* que, superando a ameaça do instrumentalismo pragmático e outros funcionalismos materiais (assumindo neste plano a herança da *Wertungsjurisprudenz*) — superação nem sempre lograda em algumas das concepções que sacrificam a especificidade do jurídico a um holismo prático-poiético! —, se cumpre levando a sério a distinção entre *fins* e *valores*... e instalando assim uma polaridade irreduzível: «Se os valores referem uma transindividual vinculação ético-normativa que responsabiliza e que convoca a prática para o desempenho irrenunciável de “tarefas” (...) em que se projecta essa sua vinculação ou compromisso, os fins desvinculados pelo “mecanicismo” moderno da teleologia ontológica, são agora tão-só opções decididas pela subjectividade que programa os seus objectivos (...), decerto sempre condicionados por um certo contexto mas em último termo justificados por interesses e em vista deles – comunga-se nos valores, diverge-se nos fins e nos interesses...» [CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra, polic., 1999, (versão em A4), pp.85-86].

¹⁹ «Entre o problema judicando e a (constituída ou constituenda) norma-critério que hipoteticamente se lhe adequa, cava-se uma distância que só poderá ser vencida por uma metodonomologicamente irrepreensível mediação judicativa (normativo-juridicamente constitutiva...), que por isso mesmo deve atender, em dialéctica correlatividade, ao mérito singular do caso e à exacta relevância problemática (ao *telos*) e axiológica (à *arché*) da mencionada norma-critério, com o objectivo de a “trazer à correspondência”...» [BRONZE, «A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)», *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp.375-376]. Ver também a distinção entre «teletecnologia» e «teleonomologia» explorada por BRONZE nas *Lições de Introdução ao direito*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 820-832 e explicitamente recordada em «Racionalidade e metodologia», *Analogias*, cit., pp. 161-162 (e nota 38) [ver também «Praxis, problema, nomos», *ibidem*, p. 250, notas 60 e 61].

²⁰ CASTANHEIRA NEVES sustenta o núcleo desta concepção já no *Curso de Introdução ao estudo do direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, Coimbra, polic., 1971, pp. 331 e ss («Os “princípios normativos” não são “normas”»).

blema que a torna possível²¹. Ao assumir uma compreensão dos *princípios normativos* como autêntico direito vigente — ao reconhecer nestes os *fundamentos* constitutivos da validade do direito (em todos os planos de afirmação e experimentação da juridicidade) —, a reconstrução jurisprudencialista não se limita na verdade a uma experimentação permanente do *excesso normativo* dos princípios, exige ainda que ao problema do tratamento destes *fundamentos* corresponda uma experiência única de constituição e manifestação, que é também sempre (*et pour cause*) de *realização*.

Trata-se de beneficiar os princípios com uma *presunção de validade* e de iluminar assim o seu *modus* específico de vigência e a vinculação que lhes corresponde²², mas trata-se também de levar a sério esta vinculação,

²¹ Trata-se de autonomizar no *fundamento* a racionalização justificativa da inteligibilidade de um certo domínio ou compromisso prático... e neste sentido de lhe atribuir o papel de um *warrant* argumentativo autonomamente pressuposto (o fundamento justifica uma conclusão racionalmente plausível mas não nos propõe uma solução ou tipo de solução, não nos dispensando assim do esforço discursivo de a obter). Como se trata ainda de invocar o *critério* como «operador» («técnico») disponível, um operador que pode ser *imediatamente* convocado para resolver um determinado tipo de problemas e (ou) que pré-esquematiza a solução (exigindo não obstante um esforço discursivo de concretização-realização). Como se os critérios se nos oferecessem como «objecto(s) da interpretação» e os fundamentos como os «elementos de conclusão racional que possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação». O que nos permite reconhecer que os princípios normativos (prolongados por algumas explicitações-objectivações da doutrina) se nos ofereçam (e devam ser tratados metodologicamente) como *fundamentos*, devendo em contrapartida as normas, os precedentes ou prejuízos jurisdicionais e a maior parte dos modelos dogmáticos ser assumidos e experimentados como *critérios*. Veja-se o desenvolvimento que (mobilizando o contributo de DRUCILLA CORNELL e ADELA CORTINA) proponho em «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», in NUNO SANTOS COELHO, ANTÔNIO SÁ DA SILVA (ed.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor Antonio Castanheira Neves*, Salvador: JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, pp. 163-166 (3.3.1.1.)

²² Significa isto *distinguir* os diversos estratos do sistema (e conferir-lhes modos de *vinculação-vigência* institucionalmente inconfundíveis). Com os princípios a beneficiarem de uma *presunção de validade* e a vincularem-nos enquanto validade, as normas a beneficiarem de uma *presunção de autoridade* e a vincularem-nos enquanto autoridade (político-constitucional), o direito da jurisprudência judicial a beneficiar de uma *presunção de justiça* e a vincular-nos a uma realização *justa* (prático-concretamente adequada) e à *casuística* que a objectiva, o direito da jurisprudência doutrinal enfim a bene-

exigindo a convocação dos fundamentos como dimensão imprescindível da experimentação dos critérios — o que, no plano das prescrições legislativas, corresponde à exploração decisiva de uma face de *ratio juris* (com as implicações metodológicas que esta determina)²³. Sem esquecer por fim que esta experimentação nos obriga a testemunhar uma especialíssima *consonância* entre os princípios *enquanto compromissos práticos* e o «conteúdo normativo-concreto» da sua realização (indissociável dos problemas-controvérsias e do *novum* irredutível que estes introduzem)²⁴: como se o percurso de emergência e de objectivação *constitutiva* dos *princípios* (numa permanente reinvenção dos seus conteúdos que é também indissociável da força normativa ou da *justiciabilidade* que lhes corresponde) se cumprisse envolvendo distintas práticas de estabilização-realização (e a relação circular com o *novum* problemático que cada uma delas *distintamente* estabelece). Práticas que não são evidentemente apenas

ficiar de uma presunção de *racionalidade* e a vincular-nos prático-culturalmente nos limites discursivos da sua *concludência* ou *fundamentação* críticas. Para uma consideração desta tectónica de presunções, ver FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao direito*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 607-681, e ainda o desenvolvimento que propus nos *Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito*, Coimbra, polic., 2009, pp. 86-123.

²³ De tal modo que a prescrição legislativa nos apareça a respeitar os limites de validade impostos pelos princípios normativos (dirigindo-se-nos como uma objectivação possível, entre outras objectivações possíveis, das intenções destes princípios). O que não é senão exigir que a «decisão dogmática» que constitui a norma se mostre «assimilável (ainda que só *a posteriori*) por um juízo-*judicium*» singular e concreto (capaz de tratar-solucionar o problema-caso), juízo decisório no qual «a prescrição» convocada como critério «revele uma racionalidade de fundamentação normativa (a racionalidade que a intenção de validade implica)» (CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.150). Para compreender plenamente esta exigência, importa de resto ter presente uma dialéctica de duas perspectivas e das dimensões ou faces da norma que as traduzem. Que perspectivas? As da *ratio legis* e *ratio juris*. Sendo certo que a interrogação da *ratio legis* nos concentra na procura do motivo-fim que determinou a decisão da norma — na procura da sua justificação político-social e teleológico-estratégica (se quisermos na reconstituição do seu *argument of policy*) —... e que a problematização da *ratio juris* nos obriga já a confrontar esta teleologia com a coerência normativa dos princípios (e dos correspondentes *arguments of principle*), na mesma medida em que nos onera com a responsabilidade constitutiva de «transcender aquela *teleologia* por estes fundamentos» [*Ibidem*, pp. 184-195].

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica.*, pp. 203-204

aquelas que correspondem ao exercício contingente da *voluntas* legislativa (não obstante a importância exemplar da mediação constitucional!), que são também e decisivamente aquelas que as jurisprudências *judicial* e *dogmática* (com outros tempos e outras dinâmicas) vão assumindo, como o são também e ainda aquelas que as «situações institucionais» e os *cânones* das comunidades dos juristas (e estes como dimensões imprescindíveis de uma *realidade jurídica* levada a sério como estrato do sistema) constitutivamente reinventam²⁵.

1.2. Com o segundo núcleo temático, mergulhamos por inteiro na pragmática de pluralidade que distingue o discurso jurídico contemporâneo²⁶, privilegiando no entanto um único critério (ou grelha) de distribuição: precisamente aquele que (com a ajuda insuspeita das formulações de Posner) nos permite opor discursos da área aberta a discursos

²⁵ Remeto-me para a reconstituição que propus em «*Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?*», *cit.*, pp. 168-174 (3.3.2./3.3.4.).

²⁶ Para uma identificação deste diagnóstico-*mapping* (como núcleo do testemunho que a teoria do direito deverá hoje estar em condições de assumir), remeto-me para o *Relatório com a perspectiva e os conteúdos, o programa e os métodos de ensino da(s) disciplinas de Teoria do direito e (ou) Pensamento jurídico contemporâneo*, polic., Coimbra 2008, e para os *Sumários desenvolvidos de Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*, Coimbra, polic., 2009, pp. 4-8 (3.), bem como para as reconstituições *in progress* que fui ensaiando em: *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto, Edição do Instituto da Conferência, 2007; «A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz : o “testemunho” crítico de um “diferendo”?», *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, 12 (2007/2008) 90-109; «**Os desafios-feridas da Allgemeine Rechtslehre**. Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria», in JOÃO LOPES ALVES et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 261-314; «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, vol. IV, 2010, pp. 443-477; «“Juízo ou decisão?”: uma interrogação condutora no mapa do discurso jurídico contemporâneo», in FERNANDO BRONZE, AROSO LINHARES, REIS MARQUES, ANA GAUDÊNCIO (coordenadores), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, edição do IJ, Coimbra 2016, pp. 227-249. Ver ainda *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*, polic., Coimbra 2013.

juridistas ou *juridicistas*. Trata-se na verdade de reconduzir aquela pragmática a um exercício de polarização implacável. Um exercício que reúne numa das frentes [β'] todas as vozes que (sem prejuízo dos campos opo- nentes que cultivam) convergem no reconhecimento de que a *insuficiência* dos materiais mobilizados submete o tratamento jurídico (interno) dos problemas-casos a limites *insuperáveis* — limites que serão até certo ponto antecipáveis (como «moldura») na representação *em abstracto* des- ses materiais e que assim mesmo determinam a intervenção decisiva (mais ou menos extensa) de uma área aberta (orientada por intenções e discursos *não jurídicos*). Um exercício que remete para a segunda *frente*[β''] todas as outras vozes: vozes mais uma vez exemplarmente distri- buídas em campos distintos, mas que convergem enquanto se nos ex- põem comprometidas com a autonomia normativa do direito e com a autonomia discursivo-cultural do pensamento jurídico...e no limite ainda (*et pour cause!*) comprometidas com a possibilidade de chegar à solução do problema-caso mobilizando intenções constitutivamente jurídicas²⁷.

Se os discursos da área aberta compreendem o *modus operandi* do juiz apostando num *paradigma de decisão* e numa pragmática de alternati- vas equivalentes — uma pragmática que (com maior ou menor peso) mobiliza os binómios *casos fáceis / casos difíceis, tratamento jurídico / trata- mento não jurídico, aplicação do «direito» / criação discricionária*, na mesma medida em que nos remete para hetero-referências indispensáveis — , os *discursos* (ditos) *juridistas ou juridicistas* assumem a convicção de que a solução da controvérsia há-de ser (deve ser) sempre *juridicamente* deter- minável (garantida pelas possibilidades e exigências discursivas de uma *perspectiva interna*), defendendo assim uma pretensão de unidade ou de coerência e a categoria de inteligibilidade *sistema* — na mesma medida em que invocam a plausibilidade de uma reflexão metodológica (ou

²⁷ Sem esquecer decerto que, apesar desta convergência, tais vozes nos ferem por sua vez com um espectro (suficientemente diferenciado) de compreensões do sis- tema, da dogmática, do juízo-julgamento e da reflexão metódica (esta última distri- buída entre os pólos de um paradigma da aplicação e de um paradigma do juízo). Dife- renças que justificam opções por discursos e exigências de racionalidade inconfundíveis? Certamente. Na mesma medida em que fazem corresponder à pretensão de autonomia do direito — e ao desempenho da *jurisdictio* enquanto garante desta autonomia — outras tantas intenções e problemas. Para um esclarecimento concentrado desta diversidade, re- meto-me para *O direito como mundo prático autónomo...*, cit., pp. 12-14, 18-32 (4.).

pelo menos de uma prescrição metódica) e a recondução (mais ou menos completa) da decisão-*voluntas* a um juízo-julgamento racionalmente determinado.

1.3. Trata-se por fim de convocar as propostas de compreensão do direito que, no nosso tempo (e sem prejuízo do espectro considerável de possibilidades por que se expandem), diríamos explicitamente (se não estruturalmente) sustentadas numa «teoria» dos casos difíceis²⁸: não merecendo este traço identificador decerto todas as propostas que mobilizam os *significantes* em causa e o seu binómio... — e apenas porque os mobilizam! —, merecendo-o antes e em contrapartida só aquelas (de entre estas) que, ao reconduzirem as tarefas constitutivas da *juridictio* («whenever a doubtful case arrives») a uma pura prerrogativa de escolha (*prerogative of choice*)²⁹, levam simultaneamente a sério o problema de *criação discricionária* que esta escolha exige — o que invariavelmente significa reflectir sobre a extensão desta *discricionariedade* e sobre a racionalização (mais ou menos efectiva) da *opção* entre *alternativas* em que esta culmina.

Acentuar esta especificidade significa na verdade estar em condições de distinguir nas «teorias» dos casos difíceis dois veios principais:

²⁸ O texto que se segue é uma síntese brevíssima do estudo que desenvolvi em *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico. Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2017 (no prelo). Para este estudo me remeterei recorrentemente a partir daqui.

²⁹ Para o dizermos com Holmes, num passo famoso em que, atendendo muito justamente ao papel do «raciocínio analógico», defende que os *casos duvidosos* (em confronto precisamente com os *não duvidosos*) serão precisamente aqueles em que tanto os *internal «logical» grounds* quanto os *analogical grounds* se mostram inconclusivos, condenando o julgador a uma «escolha» entre *policies*: «But I think it most important to remember whenever a doubtful case arises, with certain analogies on one side and other analogies on the other, that what really is before us is a conflict between two social desires, each of which seeks to extend its dominion over the case, and which cannot both have their way. The social question is which desire is stronger at the point of conflict. The judicial one may be narrower, because one or the other desire may have been expressed in previous decisions to such an extent that logic requires us to assume it to preponderate in the one before us. But if that be clearly so, the case is not a doubtful one. Where there is doubt the simple tool of logic does not suffice, and even if it is disguised and unconscious, the judges are called on to exercise the sovereign prerogative of choice...» [«Law in Science and Science in Law» (1889), in HOLMES, *Collected Legal Papers*, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2006, p. 239].

(γ') aquele em que o *binómio relativo aos casos* (ou a *demarcação* que este gera) — ao exigir um tratamento da *discrecionariade* (tendencialmente) livre de intenções jurídicas e ao inscrever-se assim (mais ou menos assumidamente) nos discursos da área aberta [β' : *supra*, 1. 2.] — nos aparece como um recurso construtivo inseparável da *luta contra o formalismo* travada no *american common law world* (com «um» *formalismo* que assim mesmo se nos expõe vinculado à herança de Langdell... e com a correspondente multiplicação das frentes de luta que o rejeitam);

(γ'') e aquele em que o mesmo binómio, num horizonte que excede já significativamente tal *parochial ground* — enquanto concerta algumas aquisições do *normativismo «continental»* com os desafios da *reabilitação da filosofia prática* (e se mostra assim sensível à relevância das *razões jurídicas*, se não *sistémico-jurídicas*) —, nos aparece como elemento imprescindível de uma certa *teoria da argumentação* — iluminada pelos contrapontos *justificação interna / justificação externa, argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva, justificação de primeira ordem / justificação de segunda ordem, subsunção / ponderação*.

Duas anotações brevíssimas nos bastam por agora. A primeira para acentuar o modo como a unidade e a convergência que se manifestam neste segundo veio contrastam exemplarmente com a heterogeneidade (se não inconciliabilidade) das vozes que frequentam o primeiro. Aquele [γ''], ao mobilizar os contributos maiores de MacCormick e de Alexy, de Aarnio e de Peczenik, corresponde na verdade ao núcleo dos discursos que Atienza identifica com o paradigma-*standard* da teoria da argumentação (*la teoria estándar de la argumentación jurídica*)³⁰. As *lutas contra o formalismo* construídas pelo primeiro [γ'] — sem prejuízo de tenderem a associar a este formalismo (ou às suas tentativas de sobrevivência) toda e qualquer mobilização metodologicamente assumida das *razões do sistema* — correspondem por sua vez a um conjunto de frentes incomensurá-

³⁰ ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 132, 235, 247-248. Para uma consideração específica das propostas de Atienza, remeto-me para o cit. *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico*, secções 2.2.2.2. («A *weak thesis* de Atienza: o papel da *perspectiva dos princípios* na determinação dos *casos fáceis*») e 3.2. [«As especificações *centrípetas* introduzidas pela tipificação dos casos intermédios (Barak) e dos casos trágicos (Atienza)].

veis, justificadas pelas propostas oponentes do *law and economics*, dos *critical legal scholars* e do *law and literature* (e outros *humanistic discourses*), integrando ainda (como que no limite) o tratamento da *discretion* defendido pelo *positivismo excludente* de Raz³¹.

Na linha desta última especificação, serve a segunda das anotações para reconhecer que, na mesma medida em que oferece indiscutíveis resistências a uma classificação que admitisse tratá-la como um puro *discurso da área aberta*³² [β'], escapa à polaridade agora evocada [γ' **versus** γ''] a «teoria» dos casos difíceis assumida por Hart (e com esta também aquelas que, no campo do chamado positivismo includente, mais diretamente assimilam esta herança ou a sua hesitação construtiva)...

Não se trata, com efeito, de desonerar o julgador da necessidade de uma escolha moral e política — esta continua a impor-se-nos como auto-suficiente *causa sui* (*the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, is in effect a choice*³³)! —, trata-se de defender que neste percurso intervêm produtivamente argumentos jurídicos (com um peso maior ou menor), cujas *conclusions-claims* se nos oferecem sob o modus invariável

³¹ *Ibidem*, secção 2.1. («O primeiro grande território: um discurso de alternativas iluminado por um modelo discricionário de área aberta e pela *luta contra o(s) formalismo(s)*»).

³² Tratei deste tema em «‘Juízo ou decisão?’: uma interrogação condutora no mapa do discurso jurídico contemporâneo», **cit.**, pp. 238-249 (3).

³³ HART, *The Concept of Law*, second edition with Postscript, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 127. Veja-se no entanto a especificação (particularmente esclarecedora) que, acentuando as dimensões da *racionalização* (mas sem excluir a componente *voluntas!*), Hart introduz em «Discretion»: «It would be mistaken to identify the notion of discretion with the notion of choice (*tout court*). These are different though related notions. It is worthwhile, I think, remembering that discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning. Hence we speak of years of discretion meaning not merely the age at which a human being is able to choose (because we can choose long before this) but merely the age when the judgment or discernment to be exercised in choice is ripe. A discreet person is not someone who just remains silent but who chooses to be silent when silence is called for. The above suggests that there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire...» («Discretion», *Harvard Law Review*, vol. 127, n° 2, December 2013, pp. 656-657).

de *juízos analógicos*. Que juízos analógicos? Aqueles desde logo que, invocando um argumento de continuidade *core/penumbra* (se não a confiança na existência exemplar de *casos fáceis*) comparam o caso *sub judice* (e as significações de *penumbra* que a relação deste com a regra geral permite detectar) com possíveis casos plenamente assimilados pelo *núcleo* (e as significações correspondentes)³⁴. Depois também aqueles que, invocando a experiência das práticas vigentes (e as comparações que estas permitem), se preocupam em reflectir autonomamente sobre a teleologia da regra seleccionada (*the aims or purpose which may be attributed to the rule*³⁵) ou em submeter a procura da decisão exigida pela área de penumbra (entenda-se, *the surveying of alternatives*) a exigências de «imparcialidade» e «neutralidade» (e de «atenção aos interesses de todos os que serão afectados»), se não também à possibilidade de autênticos *arguments of principle*³⁶. Juízos analógicos que, não eliminando a decisão-escolha, encontram no sistema das *rules* o seu *tertium comparationis* indispensável? Importa reconhecê-lo (*the criteria of relevance and closeness of resemblance depend on many complex factors running through the legal system*³⁷). Tendo embora

³⁴ Para o reconhecimento de que é imprescindível manter alguma «continuidade» entre «os casos claros de aplicação da regra» e as «decisões de penumbra», ver os argumentos propostos em HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), pp. 612-613.

³⁵ HART, *The Concept of Law*, cit., p. 127. «Very often their choice is guided by an assumption that the purpose of the rules which they are interpreting is a reasonable one, so that the rules are not intended to work injustice or offend settled moral principles...» (*ibid.*, 204).

³⁶ «[J]udges make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues (...). These virtues are: impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision. No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be *demonstrated* that a decision is uniquely correct; but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice. In all this we have the “weighing” and “balancing” characteristic of the effort to do justice between competing interests...» (HART, *The Concept of Law*, cit., pp.204-205).

³⁷ HART, *The Concept of Law*, cit., p. 127. «[W]here discretion is used in the course of judicial determinations in the attempt to apply rules, the weight of factors such as consistency with other parts of the legal system will be prominent...» (Idem, «Discretion», cit., p. 665).

consciência de que tal remissão só pode expor-se-nos assim, em termos assumidamente *indiscriminados*... uma vez que o sentido e a extensão destas possibilidades de intervenção-assimilação racionalizadora e os equilíbrios correspondentes dependem integralmente das práticas institucionalizadas em cada sistema jurídico particular e da *rule of recognition* que estas paulatina e contingentemente constroem. Só estas práticas (ditas) de reconhecimento estarão na verdade em condições de fixar o sentido e os limites desta racionalização da *discretion* — bem como o papel que nela desempenham razões jurídicas e razões morais... se não razões morais juridicamente *incorporadas*. Acentuação que nos basta para perceber que o problema da relação entre a pragmática da demarcação *casos fáceis / casos difíceis* e a categoria de inteligibilidade *sistema*, se admitirmos considerá-lo à luz dos desenvolvimentos oferecidos pelas diversas linhas do *positivismo crítico* herdeiro de Hart (assim mesmo iluminado por uma tese condutora de *convencionalidade*), se desloca decisivamente, passando a depender por inteiro da *regra de reconhecimento*, ou mais claramente, da concepção-interpretação desta regra (e das suas possibilidades) que vier (ou puder vir) a ser defendida...

2. Autonomizados os três núcleos temáticos, importa então cruzá-los e sobrepô-los, aludindo a outros tantos percursos de diferenciação.

2.1. Vou partir do terceiro núcleo [γ], incidindo desde logo no veio γ' e neste enquanto e na medida em que é iluminado pela relação imediata com o polo β' . Significa isto na verdade reconhecer em todas as «teorias» dos casos difíceis que integram este veio γ' autênticos *discursos da área aberta*.

Como é que esta compreensão do binómio relativo aos casos, com a representação da *discretion* que a justifica [$\gamma' \rightarrow \beta'$], se projecta no primeiro núcleo [α]? Eis a pergunta. Uma pergunta com uma resposta exemplarmente clara, já que (com gradações certamente distinguíveis), esta passa univocamente — no que ao tratamento dos *casos difíceis* diz respeito — pela rejeição do papel dos *princípios* e da categoria *sistema jurídico* — os quais, uma vez condenados à inteligibilidade de uma *ratio imane* e à unidade proposicionalmente unidimensional que a fundamenta

[α'], são assim invariavelmente identificados com o *campo formalista* ou com os seus (mais ou menos subtis) exercícios de sobrevivência. Denúncia que se impõe seguramente quando a luta contra o formalismo se cumpre em nome de um finalismo pragmático-instrumental — distinguindo as máscaras de um *formalismo de regras* e de um *formalismo de regras, direitos e princípios*³⁸... e, no limite, re(con)duzindo os *principles a policies*³⁹ —, mas que se cumpre não menos exemplarmente quando a luta, em nome de um discurso humanista, se desenvolve em simultâneo contra os formalismos e os teleologismos pragmático-funcionais — agora com a identificação de uma frente formalista *latissimo sensu*, que assim mesmo se verá em bloco reconduzida a um *cognitivismo de regras e princípios (as a kind of a law as rules plus principles theory)*⁴⁰.

Ao admitir que o tratamento dos casos difíceis possa mobilizar princípios e estes enquanto razões sistémicas (exploradas na perspectiva da *rule of recognition* e do *foundational conventionalism* que esta justifica), o *soft positivism* de Hart e, muito especialmente, o dos seus herdeiros *incorporacionistas* (Kramer, Coleman)⁴¹ impõe-se-nos uma vez mais como a excepção. Permitir-nos-á esta reconhecer no entanto uma das três concepções dos princípios autonomizadas no primeiro núcleo temático? Aparentemente, sim. A dos princípios como *intentio [α'']*. Nem aqui porém a identificação é plena. *Por um lado* porque a incorporação de princípios de que assim se trata (que assim se admite como uma *possibilidade* efectivamente cumprida em certas ordens de direito) não transforma *necessariamente* a índole destes princípios, os quais podem impor-se-nos como *moral principles* ou *substantial values* ou ainda *moral criteria of validity*... e assim mesmo continuar a ser convocados na prática jurídica apenas por razões relativas ao seu próprio «mérito» (*worthiness*), entenda-se, à sua «correção» (*correctness*) ou «justeza» (*soundness*) enquanto *exi-*

³⁸ POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008, pp. 8 (nota 16), 51 e ss., 103 e ss., 180-203, 371-372.

³⁹ *Ibidem*, pp. 175, 236 e ss.

⁴⁰ BOYD WHITE, *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, p. 29, *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago / London, The University of Chicago Press, 1990, p. XIII.

⁴¹ Remeto-me para o desenvolvimento que propus em *O direito como mundo prático autónomo*, cit., pp. 44-82.

gências morais. Por outro lado porque um incorporacionismo autêntico — evitando qualquer confusão com a solução de fronteira da *inclusion by enactment* (uma solução vulnerável decerto, porque facilmente assimilável pelas propostas menos radicais do *positivismo excludente*, nomeadamente pela de Shapiro) — não exige nunca, como condição de vigência, que o critério moral contingentemente incorporado no *corpus juris* — manifestado pelas práticas institucionalizadas de identificação ou de aplicação (*officials' law-ascertaining behaviour*) desta ou daquela *regra de reconhecimento* — seja por assim dizer formal e autoritariamente objectivado numa prescrição legal ou numa decisão judicial (*none of my arguments in support of Inclusive Legal Positivism has implied that any moral criterion in this or that Rule of Recognition must be expressed in some explicit form such as a statute or a constitutional provision or a judicial opinion*⁴²)⁴³. O que nos conduz a uma perturbante zona de fronteira, capaz de aproximar (quando não de confundir) manifestações-limite dos campos *positivista* e *não positivista*⁴⁴.

2.2. Continuo a partir do terceiro núcleo [γ], mas agora para incidir no segundo veio [γ’]. Uma vez perdida a relação imediata com o polo β’ — sem que se possa afirmar uma conexão também imediata com o polo β’’! —, a «teoria» dos casos difíceis que aqui podemos reconhecer passa a mobilizar um sentido amplo de *discretion* (identificado invariavelmente com as possibilidades de um *Spielraum*), tornando-se assim (*et pour cause*) constitutivamente dependente do *binómio relativo às normas* (*normas como regras / normas como princípios*). Significa isto na verdade reconhecer (em contraste evidente com o veio γ’) que as razões sistémico-jurídicas — agora explicitamente referidas a este binómio — nos oferecem um *tertium comparationis* sempre imprescindível, tão relevante na delimitação ex-

⁴² KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, 2004, p. 25

⁴³ «If the relevant officials treat a clause specifying certain conditions of substantive morality as conditions of legality as part of the norm they apply in assessing conduct, then it is plausible that such a clause is part of the relevant rule of recognition. If so, then moral principles are law of the relevant jurisdiction; and their status as such depends on their content only...» (COLEMAN, «Beyond Inclusive Legal Positivism», *Ratio Juris*, vol. 22, n.º 3, pp. 367-368).

⁴⁴ Desta zona de fronteira cuidei especialmente em «In Defense of a Non-Positivist Separation Thesis Between Law and Morality», *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, 4/2016, pp. 425-443,

terior dos *casos difíceis* quanto no tratamento exigível destes. O que, mobilizando os contrapontos acima referidos (*supra*, 1.3.), implica pressupor a distribuição relacional *casos fáceis - justificação interna / casos difíceis - justificação externa*, a qual por sua vez postula uma assimilação da dissecção epistemológica *contexto de descoberta / contexto de justificação*, na mesma medida em que confere uma inteligibilidade simultaneamente descritiva e prescritiva às possibilidades que correspondem ao segundo destes contextos ... ou a este enquanto trama de *argumentos*. Postular aquela distribuição, combinando-a com esta inteligibilidade argumentativa significa, com efeito, expormo-nos ao binómio *argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva* e permitir que a primeira das relações invocadas (entre os *tipos* de casos e os *tipos* de justificação) encontre neste binómio a sua especificação definitiva⁴⁵.

A sobreposição mais clara destas componentes encontramos-la de certo na reconstrução de Atienza ou nesta enquanto se propõe enquadrar os contributos decisivos de MacCormick e de Alexy (mas também os de Aarnio e de Peczenik) na distribuição consagrada por Wróblweski e nas perguntas que esta legitima: trata-se, com efeito, de concluir que «nos casos jurídicos simples ou rotineiros» a tarefa do julgador se esgota numa «argumentação dedutivamente válida» — construída a partir de premissas dadas e susceptível enquanto tal de ser reconduzida a uma *justificação interna* (como se na relação com estes casos o «ordenamento jurídico» proporcionasse uma «resposta correcta que não é discutida») —, concluindo-se simultaneamente que os «casos difíceis» exigem, em contrapartida, «novas argumentações» (*que pueden o no ser deductivas*) e, com estas, uma invariável tematização das premissas envolvidas — tematização, por sua vez, que passa pela proposta (ou pela plausibilidade da proposta) de «mais do que uma resposta correcta» e que assim mesmo impõe o processo autónomo de uma *justificação externa* (*la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas*)⁴⁶. Ora esta síntese não é apenas exemplar no seu objectivo primeiro — o de reconstituir o

⁴⁵ Ver *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico*, cit., secção 2.2. («O segundo grande território ou as possibilidades que a *teoria da argumentação* oferece à relação *casos difíceis/razões sistémicas*»).

⁴⁶ ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 45-46 (10. «Justificación interna y justificación externa»). Ver também pp. 33-39 (5. -7.) e 244 e ss.

common ground do citado paradigma-*standard e deste* como «versão contemporânea da velha questão do método jurídico»⁴⁷—, é também exemplar pelas dificuldades de articulação a que se expõe (e pelos saltos, se não soluções de continuidade, que, ao responder-lhes, facilita), dificuldades aquelas e saltos estes que resultam da complexidade de planos em jogo, se não das subtis diferenças de perspectiva que cada uma das vozes convocadas introduz. Não é este porém o momento de reconstituir estas diferenças, a começar por aquelas que submetem a proposta fundadora de Wróblewski a uma fecunda *misinterpretation*⁴⁸. Lembrarei apenas diferenças que de alguma forma se relacionam com a experiência dos princípios, na mesma medida em que me concentrarei exclusivamente nas propostas de Alexy e MacCormick⁴⁹. Refiro-me desde logo às diferenças que resultam da fidelidade de Alexy à «metáfora» *interno / externo* consagrada por Wróblewski, mas também e muito especialmente àquelas que dizem respeito à relação entre argumentos sistémicos e argumentos teleológico-consequenciais. Com Alexy a contrapor *subsunção e ponderação* — a inscrever nas possibilidades da *primeira* os problemas da justificação *interna e externa*, na mesma medida em que autonomiza plenamente a segunda... — e com MacCormick a assumir dois degraus sucessivos da *justificação de segunda ordem* — e a exigir assim que, em contraste com uma *ponderação* autónoma, assim mesmo livre da distribuição imposta pelas premissas da dedução, os argumentos consequentialistas preservem a sua conexão estruturante com o modelo do silogismo⁵⁰...

As projecções na concepção dos princípios são na verdade claríssimas. Com a linha cultivada por Alexy a assumir uma tese de *demarcação forte* entre regras e princípios e a «diferença qualitativa» que esta exige (culminando sem paradoxo numa concepção *débil* dos princípios), na mesma medida em que reconduz o núcleo da reflexão metodológica sobre os princípios (concentrado nos *casos difíceis* de concorrência-*colisão*)

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 132, 235, 247-248.

⁴⁸ Ver *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico*, cit., secção 2.2.1.1. («Reconsiderando a distinção fundadora de Wróblewski»).

⁴⁹ *Ibidem*, secção 2.2.1.2. («As propostas de *distribuição* de Alexy e MacCormick: um tratamento em *degraus*, a relativização *pragmática* da distinção *fácil / difícil*, o papel decisivo das *razões do sistema*»).

⁵⁰ *Ibidem*, secção 2.2.2.1. («Alexy *versus* MacCormick»).

ao território da *ponderação*⁵¹...

O que significa por sua vez admitir que toda e qualquer colisão entre princípios (levados a sério como *Optimierungsgebote*) pode exprimir-se como uma colisão entre valores (e vice-versa), ou, mais rigorosamente, defender que o problema das relações de *prioridade* entre princípios (na sua inteligibilidade *deontológica*) e o problema de uma hierarquia de *valores* (na sua perspectiva *axiológica*) correspondem nuclearmente um ao outro (*Prinzipien und Werten unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andererseits axiologischen Charakters*⁵²). Sendo certo que desta correspondência — se não também já do «conteúdo moral» que (sem prejuízo da sua «forma jurídica») distingue a tarefa de «otimização dos princípios» — resulta por sua vez a necessidade de conjugar a exigência de uma demarcação *qualitativa* entre *normas como regras* e *normas como princípios* com a impossibilidade de representar a ordem dos valores juridicamente relevantes como uma «ordem estrita» (uma «ordem» que pré-determinasse em abstracto todos os «pesos» e «intensidades de realização», garantindo assim que a cada caso correspondesse apenas uma solução única). O que nos autoriza a partir de uma concepção *forte* da exigência de demarcação *regras / princípios* — com as regras «fechadas» nas alternativas do cumprimento/não cumprimento (e na tipificação exaustiva das suas «excepções») e os princípios a exigirem (na sua relação com as possibilidades jurídicas e fácticas) a «maior medida possível de cumprimento»⁵³ — para, sem paradoxo, chegarmos a uma teoria *débil* dos princípios e a esta iluminada pelo problema da *colisão*: uma teoria *débil* que, ao rejeitar a exclusividade da perspectiva do caso-problema (e o tratamento dos princípios como meros *topoi*), se distingue precisamente por disponibilizar um ensemble de recursos sistémicos (e os argumentos racionais que estes provocam) — aqueles que exemplificam condições de prioridade, que estabilizam prioridades *prima facie*, mas

⁵¹ Remeto-me evidentemente para o desenvolvimento proposto por ALEX Y no capítulo III da *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 2ª ed., 1994, pp.71 e ss., sem esquecer a síntese proposta em «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» (conferência de San Sebastián publicada em castelhano), *Doxa*, número 5, 1988, pp. 139 e ss., 145 (2.2.2.), 146 e ss. (2.2.4).

⁵² *Theorie der Grundrechte*, cit., p.133.

⁵³ *Ibidem*, pp. 77 e ss. («Prinzipienkollisionen und Regelkonflikte»).

também (e muito especialmente) aqueles que generalizam (universalizam) estruturas de ponderação e o princípio da proporcionalidade (se não a *lei de ponderação*) que lhes dá sentido⁵⁴.

Com a linha exemplificada por MacCormick a persistir na *demarcação fraca* de uma mera «diferença de grau» entre *universais práctico-normativos* (*the principles of a legal system are the conceptualized general norms whereby its functionaries rationalize the rules which belong to the system in virtue of criteria internally observed*⁵⁵), mas também a reconduzir os *argumentos* correspondentes ao patamar da *justificação de segundo grau* — justificação esta que, na sua tradução horizontal e sem prejuízo do carácter *não dedutivo* dos seus argumentos, Alexy associa, como vimos, ao eixo metódico da *subsunção*!

Importa ter presente que a lição de *Legal Reasoning and Legal Theory* (nuclearmente confirmada pelo percurso posterior)⁵⁶ é a de identificar a diferença *quantitativa* dos princípios tanto pelo grau de *generalidade* com que a universalidade da sua *ratio* é assumida quanto pelas *funções* de *explicitação* e de *justificação* que, em relação às (menos *gerais* ou mais *específicas*) normas-regras vigentes, os seus enunciados estão em condições de desempenhar (*when we ask what gives a principle legal quality, we must give the answer in terms of its actual or potential explanatory and justificatory function in relation to law as already established*⁵⁷). Se esta relação *regras/princípios* se pensa invariavelmente em *continuum* (*sets of rules may be such that they are all consistent with some more general norm, and may therefore be regarded as more specific or “concrete” manifestations of it*⁵⁸) — assumindo sem reservas a contin-

⁵⁴ «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», cit., pp. 144 e ss. («Teoría de los principios y única respuesta correcta»).

⁵⁵ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), 2ª ed. revista, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1994, p. 155.

⁵⁶ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 152-194 (VII. «The Requirement of “Coherence”: Principles and Analogies»), 229- 246 («Principles and Positivism»), 259 e ss. («Principles and Policies»). Ver também *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 88 e ss. («Universalizing Particulars»), 127 e ss. («Systemic Arguments»), 194- 201 («Principles and Coherence in Justification: Some Examples»), e *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007pp. 28-30 («Discretion: Values and Principles»), 243 e ss. («Positive Law and Moral Autonomy»).

⁵⁷ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 238.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 152.

gência das (ditas) normas *mais gerais* (*the principles can indeed be changed by changing the rules*⁵⁹) e a sua obtenção através das regras *menos gerais* (*principles (...) are not found but made (...), [expressing] the underlying reasons for the specific rules which exist*⁶⁰), bem como a relação indirecta daquelas primeiras normas com a *regra de reconhecimento* (*principles belong to the legal system because of their relationship to valid rules*⁶¹) —, a convergência das funções desempenhadas (*explicitação-justificação*) — pese embora a relativa flexibilidade-variabilidade na construção dos enunciados que (em simultâneo) as cumprem (*there may be more than one set of normative generalizations which can be advanced in rationalization of the rules which «belong» to the system concerning a certain subject matter*⁶²) —, essa confere aos princípios a índole de uma concentração-determinação (se não revelação) *teleologicamente* explícita, capaz de iluminar (com êxito) as possibilidades normativas das *regras* e de reconhecer nestas regras especificações plausíveis de um *fim* ou *fins* desejáveis⁶³. Como se objectivar «no princípio *p* a “razão subjacente” da regra *r*, ou das regras *r*₁, *r*₂, *r*₃, etc» significasse, numa palavra, identificar uma *general policy*... e então não só reconhecer que as regras em causa a introduziram (e que esta é assim mesmo *subjectivamente* imputável aos seus reais *autores*) mas também que o horizonte-património dos *standards-warrants* actualmente vigentes — *objectivamente* invocáveis pelos operadores jurídicos em geral e pelo juiz em particular como «commonsense» values (*the contemporary standards of received values (...) [,] what judges call «common sense»*) — continua a beneficiar tal programa de fins ou as suas intenções com o *reconhecimento de um valor positivo* (*only what is conceived good or desirable can count as a policy whose furtherance by the introduction or maintenance of legal rules can be propounded as the underlying justification and rationaliza-*

⁵⁹ *Ibidem*, p. 155.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁶¹ *Ibidem*, p. 235.

⁶² *Ibidem*, pp. 234-235.

⁶³ «My opinion is that legal rules (...), singly, or much more commonly, in related groups may be conceived of as tending to secure, or being aimed as securing, some end conceived as valuable, or some general mode of conduct conceived to be desirable: to express the policy of achieving that end, or the desirability of that general mode of conduct, in a general normative statement, is, then, to state the “principle of the law” underlying the rule or rules in question... » (*Ibidem*, p. 156)

tion of the rules in question)⁶⁴. Ora isto ao ponto de se poder concluir que os princípios jurídicos (e os argumentos que os traduzem) não são senão as expressões normativas (*deontologicamente* determináveis) deste(s) reconhecimento(s) (*to explicate the principles is to rationalize the rules*)⁶⁵ ou da consagração trans-subjectiva que o(s) sustenta (*[n]ormative expressions of the desirability of attaining these policies are statements of principle*)⁶⁶. Representação esta por sua vez que, não retirando aos princípios a sua força *regulativa* (*once formulated, such principles provide a permissive ground for further development of law*)⁶⁷⁶⁸, está decerto longe de ser discursivamente negligenciável, por um lado porque permite a MacCormick experimentar *in action* a dinâmica consequencialista e os seus limites — estes dominados pela exigência de universa(bi)lidade racional e pela categoria *norma* que as consagra⁶⁹ —, por outro lado porque, não menos eloquentemente — em nome da concertação plausível de *razões de correção* e de *razões de finalidade* (se não de uma aproximação entre *Wert-* e *Zweckrationalitäten*) —, o autoriza ainda⁷⁰ a vencer o fosso que separa *principles* e *policies* (*to state a princi-*

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 166-167. Ver também (a propósito dos «commonsense» values), pp. 188-189.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 157.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 166.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 160.

⁶⁸ Força meramente regulativa (não constitutiva) que nos autoriza a perceber a sua «concludência» relativamente mais limitada e sobretudo a plausibilidade do seu «afastamento» pelas «regras». «[P]rinciples can never be conclusive in the way (...) mandatory rules may be...» (*Ibidem*, p. 180) «Principles can be excluded from consideration by a decision-maker who is charged with applying rules of absolute application, or limited in effect to a greater or lesser degree in the case of rules of strict application...» (Id., *Institutions of Law*, cit., pp. 29-30).

⁶⁹ É evidentemente o compromisso *formalismo/finalismo* (*constraint of formal justice/policy arguments*), o qual, através dos *arguments from general principles*, se reflecte agora exemplarmente na própria teoria da interpretação: como se a opção pela interpretação da regra mais em conformidade com o princípio (*Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p.130) se cumprisse sempre iluminando uma *policy* e então e assim sobrepondo argumentos dogmáticos e teleológicos — sem esquecer que nos primeiros destes argumentos se sobrepõem por sua vez intenções associáveis quer ao subjectivismo histórico quer ao objectivismo actualista [*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 166].

⁷⁰ *Versus* Dworkin ou pelo menos rejeitando uma «oposição» que entende «artificial» e que é, ao fim e ao cabo, construída *de toutes pièces* pelo binómio *direitos individuais/fins colectivos*: *ibidem*, pp. 263-264.

*ple is to frame a possible policy-goal⁷¹, [a] «policy argument» for a given decision is an argument which shows that to decide the case in this way tend to secure a desirable state of affairs⁷², principles [are not] (...) only concerning rights⁷³). Opção que não retira aos princípios a sua identidade *deontológica* imaculada: muito simplesmente porque... se a atribuição às normas-regras de fins desejáveis e valiosos é inequivocamente alimentada pela relação com os valores (e com os *standards* que os traduzem), os enunciados que consagram juridicamente tal atribuição (cuja «observância» nos ajuda a garantir as exigências valorativas correspondentes), esses impõem-se-nos agora invariavelmente como «normas» ou «generalizações normativas», com uma *juridicidade* que resulta tanto da relação com as regras vigentes (e através dela, com a regra de reconhecimento) quanto da *ratio* universal que *normativamente* exprimem (*[a]round each (...) [of the values] we are able to cluster some normative generalizations⁷⁴*). Acentuação tanto mais relevante quanto é certo que nos autoriza a concluir que nem a (maior) indeterminação partilhada com os valores nem a ausência habitual de uma estrutura hipotético-condicional (*se... então / sempre que... então*) condenam a experiência dos princípios, na sua relação com as regras, a uma autêntica demarcação *qualitativa*: se a presença de tal estrutura está longe, só por si, de impor necessariamente uma *all or nothing quality* ou uma *all or nothing applicability to contested cases* (basta pensar no papel que as normas-regras desempenham no argumento de analogia!⁷⁵, a ausência da mesma, habitual nos princípios, deve-se muito simplesmente ao grau de *generalidade* (e de *abstracção*) da universalidade racional que os caracteriza⁷⁶. O qual, reforçado pelo carácter globalmente «disseminado» (*pervasive*) dos valores que normativamente traduzem (válidos-vigentes *in almost all circumstances of life*), torna inútil ou improdutivo (se não*

⁷¹ *Ibidem*, p. 264.

⁷² *Ibidem*, p. 263.

⁷³ *Ibidem*, p. 264.

⁷⁴ *Institutions of Law*, cit., p. 29.

⁷⁵ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 155-156, 231-232

⁷⁶ Lembremos o esclarecimento introduzido em *Rhetoric and the Rule of Law* a propósito dos binómios *universal / particular, geral / específico*: tanto os princípios como as regras, enquanto normas, serão universais, correspondendo a *generalidade / especificidade* a degraus no interior desta universalidade (os princípios são mais gerais do que as regras). Ver *supra*, 2.2.1.2.2. γ)”.

redundante) construir-isolar uma hipótese, capaz de antecipar-prever tipos de situação circunscritos (*general principles (...) are norms that bear on decision-making in almost any circumstance, so there is no point in singling out particular circumstances of application*)⁷⁷.

No que à sobreposição-cruzamento dos nossos três núcleos temáticos diz respeito, significa isto na verdade permitir que uma mesma e fundamental compreensão do binómio *relativo aos casos* e da sua contextualização pragmática (enquanto *casos fáceis* e *casos difíceis* ou enquanto *casos claros* e *casos problemáticos*) [γ]... e um não menos partilhado entendimento do papel (meramente regulativo) da tese da única resposta — este último a permitir-nos autonomizar uma espécie de *third way* (relativamente equidistante) entre *discursos da área aberta* [β'] e *discursos jurídicistas* [β'']—... se projecte em duas inconfundíveis concepções do *binómio relativo às normas*, a primeira (a de Alexy) iluminada por uma das mais exemplares representações hoje possíveis de um entendimento dos princípios como *intentio* [α''], a segunda (a de MacCormick) a justificar um tratamento não menos eloquente (muito menos ortodoxo embora) da compreensão dos princípios enquanto *ratio* [α']. E muito menos ortodoxa porquê? Decerto porque nos expõe à construção de um compromisso absolutamente inconfundível entre dedutivismo formalista e finalismo consequencialista (este último compossível com o primeiro porque implacavelmente dominado pela «versão “ideal” de um utilitarismo de regras»⁷⁸).

2.3. Não podemos no entanto ficar pelo reconhecimento das diferenças que separam as possíveis «teorias» dos *casos difíceis*. Há ainda que aludir às respostas em que o binómio relativo aos casos é por assim dizer superado, quando não pura e simplesmente *rejeitado* — *rejeição-superção* esta que está longe por sua vez de se nos expor num traçado linear, que antes suscita novas (e irreconciliáveis) diferenças... e que assim mesmo oferece recursos preciosos ao *mapping* do pensamento jurídico contemporâneo.

⁷⁷ *Institutions of Law*, cit., pp. 28-29 «Since they are, like the values in question, pervasive, we do not normally find it helpful to structure them in accordance with the formula “Whenever OF, the NC”...» (*Ibidem*, p. 29).

⁷⁸ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p.116

2.3.1. Rejeitar o binómio pode na verdade corresponder a uma defesa *formalista* da *exclusividade* dos *casos fáceis*, num contexto jurdicista [γ''] em que a possibilidade de tratamento jurídico não só se projecta num *continuum* normas/princípios como se mostra indissociável deste e da concepção dos princípios como *ratio* [α'] que aqui e agora o alimenta [$\gamma'' \rightarrow \alpha'$]. Indissociabilidade constitutiva que tem decerto a sua manifestação culminante no formalismo normativista do século XIX — na mobilização dos *princípios gerais de direito* (na sua pureza deôntica hipotético-condicional) enquanto recurso-horizonte imprescindível da auto-integração por *analogia iuris*⁷⁹ —... mas que não deixa significativamente de ser abalada pelos neoformalismos do nosso tempo — ou por estes enquanto, em nome da predominância indiscutível dos mesmos casos fáceis (se não da luminosa *determinabilidade do direito*⁸⁰), conferem à *rule-based practical reasoning* uma autonomia imaculada — o que significa evitar que na aplicação das *regras gerais* interfiram as (teleológicas) *background justifications* (mesmo aquelas que contribuíram para a construção-constituição prévia destas regras)... e então e assim deixar de beneficiar os princípios com a possibilidade de uma conformação *deontológica* (re-metendo-os, sem remissão, para o território exterior do *balancing*, território no qual se encontram ou se confundem com as *policies*)⁸¹.

⁷⁹ Ver por todos CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica*, cit., pp. 245 e ss., 258 e ss., 262-264, mas também FERNANDO BRONZE, «O problema da analogia *iuris* (algumas notas)», *Analogias*, cit., pp. 265-280.

⁸⁰ FREDERICK SCHAUER, «*Legal Realism Untamed*», *Texas Law Review*, vol. 91, p. 749. Para Schauer trata-se, com efeito, de reconhecer a *determinabilidade* nuclear do jurídico (*the routine determinacy of law, the routine operation of clear law*) e de assumir assim o amplo e luminoso domínio dos *unlitigated cases* em que esta *naturalmente* acontece: «Law is not only about hard cases. There are easy ones as well and understanding law requires awareness of not only litigated and then appealed disputes, but also the routine application of legal rules and doctrine...» (*Ibidem*)

⁸¹ O que, numa paradoxal convergência com o primeiro veio da teoria dos casos difíceis, nos reconduz a um inevitável discurso *contra os princípios* (ou mais rigorosamente, contra a possibilidade de os mobilizar na *adjudication*) —o que é também (*et pour cause*) invariavelmente um discurso contra Dworkin. Ver por todos LARRY ALEXANDRE & KEN KRESS, «Against Legal Principles», in Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, London, Clarendon Press, 1995, pp. 279 e ss. [também na *Iowa L. Rev.*, vol. 82 (1997), pp. 739 e ss].

2.3.2. Rejeitar o binómio assumindo um discurso jurídicista (um *outro* discurso jurídicista) [γ''] pode no entanto também corresponder a uma assunção lograda dos princípios como *jus* [α'']. O que estaremos em condições de entender aqui e agora (apenas em duas palavras!) *ouvindo* sucessivamente Dworkin e Castanheira Neves. Como se no percurso de superação do binómio relativo aos casos estivéssemos afinal a considerar dois momentos ou duas etapas...

Podemos dizer, na verdade, que a primeira destas etapas (aquela que é confiada a Dworkin) se cumpre rejeitando decisivamente a experiência das *alternativas* associável aos *discursos da área aberta* [γ']. Significa isto decerto⁸² exigir que a *discretion in play*, quando projectada no *modus operandi* do julgador, nos apareça — pela evidente redundância dos seus *dois* sentidos débeis e pela inadequação, se não incorrecção, do seu sentido *forte*⁸³ — privada de uma qualquer relevância metodológica, mas não menos claramente rejeitar as possibilidades de uma *no-right-(legal)-answer thesis* (e o *cepticismo interno* que alimenta as suas manifestações)⁸⁴. Com um reverso luminoso que, como sabemos, se nos impõe desenhado *de toute pièces* pela concepção do *direito como integridade* e pelo *interpretivismo* que a torna possível... e por estes orientados pela autonomização dos *arguments of principle* — entenda-se, pela plausibilidade de uma *right answer*, que sendo baseada nos *legal rights* dos sujeitos da controvérsia, não é menos (indissociavelmente) iluminada pela *political hypothesis* do respeito pela «comunidade dos princípios» ou por esta «interpretada» na perspectiva da *melhor teoria possível*. O que nos conduz, significativamente, ao reconhecimento de que os ditos casos fáceis são apenas «casos especiais dos difíceis» (*easy cases are, for law as integrity, only special cases of hard ones*⁸⁵)... e de tal modo que a possibilidade de os identificar enquanto

⁸² Para um esclarecimento menos esquemático, remeto-me para *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade* sistema jurídico, cit., secção 4.1. («A rejeição do *discurso das alternativas*: ouvindo DWORKIN).

⁸³ DWORKIN, «The Model of Rules I» (1967), *Taking Rights Seriously* (1977), cit. na 4ª impressão (com o *appendix* de 1978), London, Duckworth, 1984, pp. 31 e ss.

⁸⁴ «Is There No Right Answer in Hard Cases?», *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, pp. 119-145.

⁸⁵ DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 266.

tais ([*encountering*] *which we may call the easy-case problem*⁸⁶) não afecte nem o *continuum* das práticas de juízo-julgamento nem a *unidade* do esquema metódico que, em nome de uma concepção de *law as integrity*, se propõe internamente corresponder-lhes (*law as integrity explains and justifies easy cases as well as hard ones (...) [,] it also shows why they are easy*⁸⁷ / *Hercules does not need one method for hard cases and another for easy ones (...) [, h]is method is equally at work in easy cases*⁸⁸).

Com as possibilidades oferecidas por este reverso, porquê falar apenas de uma etapa? Se a mobilização dos princípios como fundamentos garante por um lado inequivocamente uma exigência de unidade metódica (capaz de rejeitar toda e qualquer *discontinuous strategy of adjudication*), a atribuição às práticas juridicamente relevantes de uma inteligibilidade nuclearmente hermenêutica (apostando na solução de uma *interpretação colaborativa* e na racionalização construtiva que esta oferece e negligenciando manifestamente a relevância do caso-problema⁸⁹) essa favorece já a sobrevivência não menos eloquente de alguns sinais da pragmática *fácil / difícil*. O que nos reconduz a um último degrau (aberto precisamente pelo juridicismo jurisprudencialista de Castanheira Neves)⁹⁰. Trata-se na verdade muito claramente de reconhecer que a superação metodologicamente plena do binómio *relativo aos casos* só se consuma se apostarmos numa compreensão do direito que, concentrada na prioridade do acontecimento-*controvérsia*, veja *por um lado* na construção prático-cultural do *concreto* (juridicamente relevante) desta *controvérsia* (e nas suas exigências normativas) o autêntico *prius* metodológico («a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido»⁹¹), na mesma medida em que *por outro lado* torne tal construção (e a experiência de *justeza* prática ou de *justo concreto* do seu *responderê*) circularmente indissociável de uma experiência de

⁸⁶ *Ibidem*, p. 353.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 266.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 354.

⁸⁹ Ver os argumentos que desenvolvi em *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico*, cit., secção 4.1. β).

⁹⁰ *Ibidem*, secção 4.2.

⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 142

tercialidade (e do *sistema* plural e aberto que a torna possível)⁹². Mais do que a distinção *fundamentos/critérios* (com a sua ruptura fundamental do «continuum» *princípios/normas*), importa-nos aqui sobretudo a pluralidade dos *critérios* — e muito especialmente a *irreduzibilidade* dos esquemas de solução proporcionados pelos critérios da jurisprudência *judicial e dogmática* (enquanto exemplificam e reconstroem reflexivamente situações-problema) aos modelos criteriológicos de previsão assumidos pelas prescrições legislativas — sejam quais forem os programas que estas mobilizem. Acentuar esta irreduzibilidade significa na verdade estar em condições de, na experiência do sistema, levar a sério a perspectiva do caso-problema sem condenar tal experiência à determinação de um catálogo de *topoi* (equivalentes em abstracto), antes exigindo que a *distinção* dos diversos estratos do sistema implique desde logo conferir-lhes modos de *vinculação-vigência* institucionalmente inconfundíveis. Trata-se, com efeito, de surpreender a regressividade problemático-constituenda deste sistema... ou de a surpreender reconhecendo um movimento *partilhado*: aquele que se cumpre levando a sério diversos tipos de presunções (ditas de *validade, autoridade, racionalidade e justiça*) e inscrevendo nelas (ou na assimilação dos tipos de problemas experimentáveis) outras tantas possibilidades (metodologicamente diferenciadas) de as refutar-*ilidir* (e de assumir os explícitos ou apenas implícitos *ónus de contra-argumentação*)⁹³. O que nos concentra numa conclusão inescapável, com a qual gostaria de terminar: «Não há casos fáceis e casos difíceis, há simplesmente *casos jurídicos...*»⁹⁴.

⁹² Possibilidades-exigências estas cuja *radicalidade* reflexiva se nos imporá de resto com a urgência de uma aposta (e de uma aposta consciente de si própria, capaz de se dar conta da *continuidade* histórica em que se inscreve) se estivermos em condições — como me parece que estamos! — de defender que delas depende a procura-projectar da juridicidade de que a nossa circunstância precisa.

⁹³ Ver *supra*, nota 21.

⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», in João Lopes Alves et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 24.

OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

JOSÉ TOMÁS ALVES

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e
Docente do Dili Institute of Technology
Advogado*

1. Introdução

Os Deveres dos Administradores e a responsabilidade civil estão intimamente ligados uma vez que a responsabilidade civil do administrador tem origem na violação de algum dos seus deveres legais ou estatutários. Neste sentido, veja-se o n.º 1 do art. 78.º da Nova Lei da Sociedades Comerciais, abreviadamente designada por NLSC, que nos diz: “*Os administradores respondem para com a sociedade pelos danos que lhe causarem por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou estatutários (...)*”.

Para além da responsabilidade civil, está prevista outra sanção para o não cumprimento dos deveres dos administradores, que é a destituição com justa causa. Esta acontece por via da violação grave ou repetida dos deveres¹ dos administradores nos termos do art. 198.º n.º 5 da NLSC.

Pois bem, quando falamos em responsabilidade civil, falamos na violação de deveres legais ou estatutários. Os deveres estatutários são

¹ A NLSC não define o que é a violação grave ou repetida dos deveres, mas sim dá alguns exemplos da mesma, nomeadamente, o não registo ou o registo tardio dos atos a ele sujeitos e a não manutenção em ordem e com atualidade dos livros da sociedade e o exercício, por conta própria ou alheia, de atividade concorrente com a da sociedade, salvo prévio consentimento dos sócios nos termos do art. 198.º n.º 6, al. a) e b) respetivamente.

aqueles que resultam dos estatutos da sociedade comercial. Já os deveres legais, que podem ser específicos ou gerais, resultam diretamente da lei.

Interessa-nos focar, fundamentalmente, os deveres dos administradores, sem esquecer que a violação destes pode ter como consequência tanto a destituição com justa causa como a obrigação de indemnizar por via da responsabilidade civil.

1.1. Deveres estatutários dos administradores

Como dissemos, deveres estatutários são aqueles que resultam dos estatutos. No entanto, verificamos que na prática jurídica, tipicamente nada, ou quase nada, resulta dos estatutos das sociedades comerciais quanto aos deveres dos administradores. A NLSC optou pela expressão “*deveres estatutários*”, referindo o n.º 1 do art. 78.º “*(...) deveres legais ou “estatutários” (...)*”.

O termo “*estatutos*” é comumente empregue a par, e como sinónimo, de *contratos*, apesar dos dois conceitos não serem inteiramente coincidentes.

O Código Civil de Timor-Leste, abreviadamente designado por “CCTL”, na verdade, usa muitas vezes a expressão “*contrato*” (de sociedade) como equivalente de estatuto (s).

Aqui, os deveres contratuais terão a sua fonte nos estatutos, em deliberações sociais² ou em contratos de mandato³. No entanto, partilhámos da opinião do professor COUTINHO DE ABREU, quando refere que “*(...) seria para o efeito preferível falar de deveres estatutários em vez de deveres contratuais, porque nem todos os estatutos são fundados em contrato de sociedade*”.

² Por exemplo, o dever dos administradores obedecerem a deliberações dos sócios, regularmente tomadas, sobre matérias de gestão da sociedade nos termos do art. 195.º n.º 8 da NLSC.

³ A natureza jurídica da relação de administração não é, normalmente, contratual. Mas pode haver *contrato* entre a sociedade e o administrador, por exemplo o contrato de mandato do administrador. Isto é, o administrador é um mandatário da sociedade. Não é esse, contudo, o teor literal do art. 261.º n.º 1 da NLSC, na parte que refere “*o mandato dos administradores (...)*”. Verdadeiramente, os administradores não são mandatários da sociedade. São membros dos órgãos necessários, isto é, fazem parte da sociedade, pois esta é um veículo que só se mostra capaz de actuar por órgãos, centros institucionalizados de decisões.

(*não o são, v. g., nas sociedades constituídas por negócios jurídico unilateral ou por decreto-lei*)⁴.

Em suma, a NLSC timorense adota uma formulação que corresponde à velha formulação da legislação portuguesa, isto é, “*deveres legais ou estatutários*”, que por exemplo, está ali prevista no art. 72.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 49/381, de 15 de Novembro de 1969.

1.2. Deveres legais específicos

Os deveres legais específicos são aqueles que resultam *imediate e especificamente da lei*⁵, e referem-se a determinados comportamentos impostos pela lei aos administradores.

São vários os deveres legais específicos, como por exemplo, o art. 27.º n.º 1 da NLSC que diz que “*Nenhuma distribuição de lucros pode ser feita sem precedência de deliberação dos sócios nesse sentido*”. Quer isto significar que os administradores não podem distribuir receitas da sociedade, mesmo que haja lucros, pelos sócios sem a prévia deliberação destes. Por outro lado, versa o n.º 3 do mesmo preceito que “*O órgão de administração tem o dever de não executar qualquer deliberação de distribuição de lucros, sempre que a mesma ou a sua execução, atento o momento desta, viole o disposto no artigo anterior*”.

O que nos conta o artigo 26.º da NLSC é que podem ser distribuídos lucros⁶, mas que nem todos os lucros são lucros distribuíveis pois se houver perdas transitadas, estas têm que ser cobertas, ou melhor, repos-

⁴ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, s.n., Coimbra, 1.º de Maio de 2007, pág. 11.

⁵ A lei aqui é entendida como acto legislativo do Parlamento Nacional ou do Governo nos termos do art. 2.º, n.º 3, al. b) da Lei n.º 10/2003). Embora a Constituição da República de Timor-Leste seja omissa, e lhe falte uma hierarquia ou tipologia e normas, podem-se naturalmente considerar como actos legislativos do ordenamento jurídico timorense a lei em sentido estrito, emanada pelo Parlamento Nacional, e os decretos-leis do Governo.

⁶ Lucro(s) da sociedade é o valor apurado nas contas do exercício, segundo as regras legais, de elaboração e aprovação das mesmas, que exceda a soma do capital social e dos montantes já integrados ou a integrar nesse exercício a título de reservas que a lei ou os estatutos não permitam distribuir aos sócios nos termos do art. 26.º n.º 2 da NLSC. Ou seja, os lucros são o excedente do património líquido sobre capital social e reservas.

tas com os lucros do exercício do ano em causa. Isto é, quando artigo 26.º da NLSC remete para o art. 27.º n.º 3 da NLSC, consagra o chamado “princípio da intangibilidade do capital social”⁷. Tal significa, em termos práticos, que não podem ser distribuídos pelos sócios os bens que colocam o património líquido da sociedade abaixo do valor do capital social acrescido das reservas obrigatórias, designadamente, da reserva legal e da reserva estatutária.

Encontramos outro exemplo dos deveres legais específicos no art. 34.º da NLSC sobre “*perda de metade do capital*”. Pode acontecer que, por uma determinada conjuntura económica, pelas contas de exercício da sociedade, se verifique que a sua situação líquida é inferior a metade do valor do capital social. Neste caso, dispõe o n.º 1 do referido artigo que o órgão da administração deve propor que a sociedade seja dissolvida ou o capital seja reduzido, a não ser que os sócios reponham na sociedade dinheiro suficiente que reintegre o património desta em valor igual ao capital social.

Repare-se, aqui a sanção é forte porquanto, de acordo com o n.º 3 do artigo 34.º da NLSC, “*Não tendo os membros da administração cumprido o disposto nos números anteriores ou não tendo sido tomadas as deliberações ali previstas, pode qualquer sócio ou credor requerer ao tribunal, enquanto aquela situação se mantiver, a dissolução da sociedade...*”. Por aqui, se o património líquido da sociedade estiver abaixo de metade do capital social, qualquer sócio ou terceiro credor pode requerer ao tribunal a extinção da sociedade.

Assim, a lei impõe, como deveres dos administradores, que quando se verifique na sociedade um património líquido abaixo de metade do valor do capital social, estes devem, em assembleia geral de sócios, propor medidas que visem ultrapassar esta situação, seja através da redução da capital social, de novas entradas por partes dos sócios ou mesmo a dissolução da sociedade.

⁷ O princípio da intangibilidade do capital social significa, nas palavras do Prof. DR. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU em aula, no Curso de Mestrado em Direito Privado da Universidade Nacional de Timor Lorosa'e de 25 a 30 de Maio de 2015, que “o capital social, diz-se, é intangível, querendo com isso significar-se que os sócios “não podem tocar” no capital social, i.é, aos sócios não poderão ser atribuídos bens nem valores que sejam necessários à cobertura do capital social”. Cfr., do autor, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (Cord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 9ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008, 206).

Finalmente, outro exemplo de deveres legais específicos dos administradores está previsto no artigo 267.º da NLSC: “É vedado aos administradores, salvo nos casos de autorização concedida expressamente em assembleia geral, exercer, por conta própria ou alheia, actividade abrangida pelo objecto da sociedade”. É um dever legal específico do administrador não concorrer com sociedade, seja por conta própria ou por conta de outrem, salvo autorização desta.

Ora bem, há outros exemplos na NLSC de deveres legais específicos dos administradores, mas por mais abrangente que a lei possa ser, a verdade é que é manifestamente impossível que uma lei societária regule todos os comportamentos dos administradores. Por isso, quando alguma situação não se encontra especificamente regulado ou suscita dúvidas, é essencial conhecer aprofundadamente os deveres legais gerais dos administradores.

1.3. Deveres legais gerais

Os deveres legais gerais têm um conteúdo mais genérico, muito semelhante às cláusulas gerais, precisando, por isso, de ulterior concretização.

A NLSC adota uma forma muito semelhante à forma primitiva do Código das Sociedades Comerciais português. Este, no entanto, depois da reforma de 2006, veio concretizar os ditos deveres legais gerais.

Na nossa lei, a consagração genérica dos deveres legais gerais está no artigo 67.º da NLSC, sob epígrafe “*competência da administração*”. Competência tem a ver com poder. O n.º 2, do referido artigo, particularmente importante nesta matéria, dispõe: “*Os administradores de uma sociedade devem agir sempre no interesse da sociedade e empregar nessa atuação a diligência de um gestor criterioso e ordenado.*” Aqui, podemos constatar duas espécies de deveres legais gerais que são os deveres de cuidado e lealdade.

1.3.1. Os deveres de lealdade

Os deveres de lealdade são os primeiros a serem mencionados no referido preceito legal e traduzem-se na obrigação dos administradores

agirem sempre no *interesse da sociedade*⁸.

Há deveres de lealdade do administrador e do sócio para com a sociedade, de conteúdo positivo e de conteúdo negativo, respetivamente. O dever de lealdade de conteúdo positivo recai sobre o administrador, isto é, o administrador tem o dever de “*fazer*” - administrar ou gerir e representar a sociedade - no interesse da sociedade. Por outro lado, o dever de lealdade de conteúdo negativo recai sobre sócio e expressa-se em “*não fazer*” (*non facere*) algo incompatível com interesse da sociedade.

Podemos ainda fazer outras concretizações do dever de lealdade como: (a) *comportar-se com correção (fairness) quando contratam com a sociedade*, (b) *não concorrer com ela*, (c) *não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio societárias*, (d) *assim como bens e informações da sociedade*, (e) *não abusar do estatuto ou posição de administrador*⁹.

As duas primeiras concretizações em cima mencionadas estão disciplinadas na NLSC nos artigos 67.º n.º 2 e 267.º (este, especificamente para as Sociedades Anónimas) e são deveres legais específicos enformados pela ideia geral do dever de lealdade.

No entanto, há manifestações do dever de lealdade que devemos considerar, muito embora não se encontrem expressamente descritas na lei, como é o caso do dever de não aproveitamento em benefício próprio da chamada oportunidade de negócio da sociedade. Tal significa que havendo certos negócios que interessam à sociedade, o seu adminis-

⁸ Há várias concepções do interesse da sociedade. Segundo o Prof. DR. COUTINHO DE ABREU a concepção dominante é a chamada concessão contratualista – o interesse da sociedade é o interesse social daquela sociedade, isto é, o interesse comum a todos os sócios. Contudo, há outras concepções, ditas institucionalistas, segundo as quais o interesse da sociedade não é interesse apenas dos sócios, mas também o interesse dos outros sujeitos, *stakeholders*, por exemplo trabalhadores, credores, clientes (cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. II das Sociedades*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2007, pág. 288 – 289). “O termo “*stakeholders*” designa as “*partes interessadas*”, ou seja, todas as entidades (indivíduos ou organizações) que afectam a atividades de uma empresa ou são afectados por ela: por um lado, os investidores (ou *stakeholders*), os trabalhadores, os parceiros comerciais, os fornecedores, os clientes e os credores – *stakeholders* contratuais – e, por outro lado, a comunidade local, as associações de cidadãos, as entidades reguladoras e o Governo – *stakeholders* colectivos” (cfr. CATARINA SERRA, *Direito Comercial – Noções Fundamentais*, Coimbra, 2009, pág. 104).

⁹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, s.n., Coimbra, 1.º de Maio de 2007, pág. 31-32.

trador deverá abster-se de tirar pessoalmente proveito deles. Se não vejamos, a título de exemplo; uma sociedade comercial que se dedica à restauração e tem um restaurante sito numa determinada zona da cidade onde tem apenas um concorrente direto com interesse em alienar o negócio. O que significa o dever de lealdade do administrador neste caso? Significa que se o administrador entender que a aquisição daquele restaurante é um bom negócio, deverá adquiri-lo em nome da sociedade que administra e nunca em nome próprio, para benefício próprio, pois se o fizer violará o dever lealdade para com a sociedade.

Outra manifestação do dever de lealdade é o dever do administrador não utilizar em proveito próprio informações da sociedade, ou seja, informação reservada. Uma situação clara da violação do dever de lealdade será, pegando no mesmo exemplo do restaurante, o caso deste ter uma receita particularmente famosa e sigilosa e do administrador, no exercício das suas funções, ter acesso ao segredo daquela receita. Evidentemente que nesta situação, o administrador não pode vender o segredo da receita e lucrar pessoalmente com ela, nem tão pouco pode usar essa receita para fazer concorrência ao restaurante da sociedade que administra. Se o fizer, mesmo que entretanto tenha renunciado à administração, viola o dever de lealdade.

Por último, podemos apontar ainda, como manifestação do dever de lealdade, o dever do administrador não receber vantagem económica por efeito da celebração de negócio com terceiro em nome da sociedade, ou seja, falamos do dever de não receber comissões ou lucros pelos negócios que celebre em nome da sociedade. Imaginemos uma sociedade que se dedica à construção civil e que trabalha com vários empreiteiros a quem adjudica obras. E agora imaginemos que um desses empreiteiros oferece ao administrador, a título pessoal, 5% do valor de cada obra que lhe é adjudicada através do fornecimento de bens ou da prestação de serviços. Pois bem, viola o dever de lealdade o administrador que decide a adjudicação das obras aos empreiteiros com quem a sociedade trabalha, não consoante o que é comercialmente mais vantajoso para a sociedade mas consoante o que lhe é mais vantajoso a título pessoal. Note-se que, para que se encontre violado o dever de lealdade, é irrelevante se da escolha do administrador resultou ou não um prejuízo objetivo para a sociedade. Mesmo que não tenha resultado um prejuízo objetivo para sociedade, o administrador que recebe uma vantagem pa-

rimonial direta ou indireta por via de um negócio fechado no interesse e por conta da sociedade que administra, viola o dever de lealdade. Assim, quem age como administrador de uma sociedade tem de agir sempre nos termos do disposto no artigo 67.º n.º 2 da NLSC, ou seja, no interesse exclusivo da sociedade, razão pela qual, não pode ser favorecido pessoalmente por qualquer negócio que venha a efetuar sob pena de violar o dever de lealdade.

1.3.2. Deveres de cuidado

Quanto aos deveres de cuidado podemos afirmar, em suma, que estes se referem à disponibilidade, à competência técnica e de conhecimento da atividade da sociedade por parte do administrador que, na sua atuação, deverá ter a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Podemos afirmar, também, que há três dimensões do dever de cuidado que nos propomos analisar, nomeadamente: (a) *dever de controlo, ou vigilância organizativa funcional*, (b) *dever de atuação procedimentalmente correta* e (c) *dever de tomar decisões substancialmente razoáveis*.

Malfadadamente, a NLSC não prevê expressamente nenhum exemplo dos deveres de cuidado dos administradores, ao passo que o Código das Sociedades Comerciais Português no seu art. 64.º, n.º 1, al. a), prevê, precisamente, “*deveres de cuidado*”, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade como parte integrante destes deveres.

Primeiro, falamos em *dever de controlo*, ou *vigilância organizativo-funcional*, relativamente à obrigação que todo o administrador tem, mesmo que não seja executivo, de verificar como é que está a funcionar a sociedade e, detetando alguma irregularidade ou ineficiência, atuar de forma a resolvê-la. O administrador da sociedade seja ou não executivo, tem o dever de conhecer a atuação da sociedade e controlar o seu funcionamento organizacional.

Já o *dever de atuação procedimentalmente correta* significa que o administrador, seja único ou membro de um órgão plural (colegial), não deve tomar decisões sozinho e sem conhecimento de causa. Pois bem, para tomar decisões que vinculem a sociedade ou tenham consequências diretas ou indiretas nesta, é preciso assumir “*due process*”, ou seja, é necessá-

rio recolher toda a informação relevante na matéria em causa, tratar essa informação e partilhá-la, no caso da administração ser plural, com todo o grémio societário, para que o processo de decisão culmine com a tomada da melhor decisão possível.

Vamos imaginar uma sociedade de telecomunicações que adquiriu património imobiliário para a prossecução do seu objeto social; por exemplo, para o trabalho dos seus trabalhadores. Anos mais tarde, já não precisando desse património, decide vendê-lo. Muito embora estejamos perante uma sociedade de telecomunicações, e não numa imobiliária, o administrador tem a obrigação de saber quanto vale patrimonialmente o imóvel desta sociedade, particularmente se tem a intenção de aliená-lo. Neste caso, cumpre-lhe consultar o mercado imobiliário para atualizar as suas referências quanto aos preços, fatores de valorização e desvalorização imobiliária, etc. Se o administrador não fizer este processo de recolha e tratamento de informação e vier a alienar o imóvel abaixo do valor de mercado com prejuízo para a sociedade, pode haver lugar a responsabilidade civil, tudo por violação do dever de cuidado.

Por último, falamos do *dever de tomar decisões substancialmente razoáveis*. Repare-se que o *dever de atuação procedimentalmente correta* tem a ver com a dimensão do processo de tomada de decisão. Ou seja, antes de decidir o administrador deve cumprir várias etapas de recolha, tratamento e partilha de informação. Já o *dever de tomar decisões substancialmente razoáveis* atende ao *resultado*, ao *conteúdo da decisão*. Todos conseguimos identificar o que são soluções manifestamente razoáveis e manifestamente irrazoáveis. O problema está em saber, entre estes dois polos opostos, onde está a fronteira da razoabilidade. Importa, por isso, objetivar o que é a razoabilidade da decisão à luz do dever de cuidado. A doutrina tem vindo a concretizar melhor que é este dever de cuidado conjugado com o dever tomar decisões substancialmente razoáveis, dizendo que o administrador é obrigado a : (1) *não dissipar (ou esbanjar) o património social*; (2) *evitar riscos desmedidos*¹⁰.

¹⁰ Os critérios de “*não dissipar (ou esbanjar) o património social*” e “*evitar riscos desmedidos*” são palavras do Prof. DR. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU utilizadas na aula de Direito Comercial do Curso de Mestrado em Direito Privado da Universidade Nacional de Timor Lorosa’e de 25 a 30 de Maio de 2015.

A primeira concretização respeita à obrigação do administrador não adquirir onerosamente bens que, sabe ou devia saber, não têm valor para a sociedade ou porque são bens inúteis ou porque não geram nenhum valor acrescentado. Em suma, o administrador tem a obrigação de não esbanjar património social.

Por outro lado, a obrigação de *evitar riscos desmedidos* diz-nos que o administrador deve ser particularmente cauteloso quando tem que tomar decisões cujo risco possa implicar a perda de património social, e ainda, que deve evitar ao máximo decisões cujo risco seja a falência da sociedade.

Imagine-se que a referida sociedade de telecomunicações pretende fazer um investimento avultado em novas tecnologias mas não tem fundos suficientes, embora apresente condições para recorrer a crédito bancário. No entanto, para aceder a este crédito são-lhe apresentadas condições que põem em risco a sobrevivência da sociedade, seja pelas taxas de juros elevadíssimas, seja pela exigência de garantias desmedidas como a hipoteca de todos os imóveis ou o penhor de todo o património mobiliário. Este é provavelmente um bom exemplo de como um administrador, apesar de focado na expansão da atividade da sociedade que administra, deve recuar porquanto no caso de não conseguir cumprir os prazos de pagamento contratualizados com o banco, o risco em causa é a insolvência da sociedade.

2. (Muito) Breve Conclusão

A sociedade é representada pelo administrador, que nessa qualidade está condicionado ao cumprimento dos deveres impostos legal e contratualmente.

A consequência do incumprimento destes deveres pode ser tanto a destituição com justa causa, como a obrigação de indemnizar a sociedade pelos prejuízos sofridos por via da responsabilidade civil. Ou seja, destituição com justa causa e responsabilidade civil são, no fundo, as consequências da violação grave ou repetida dos deveres de administradores e da inobservância dos atos ilícitos de administradores, respetivamente.

BREVES PENSAMENTOS SOBRE O ART. 1.º DA CRDTL

MESTRE PE. JÚLIO CRISPIM XIMENES BELO

Professor da Faculdade de Direito da UNTL

INTRODUÇÃO

Timor-Leste, como nação, geográfica e historicamente, designa a parte oriental da ilha de Timor, situado entre os continentes da Ásia e Oceânia. Viveram e por ela passaram — e vivem e passam — povos diferentes raças, línguas e culturas, com as origens mais diversas, desde os tempos em que era um território colonizado pela então potência Portugal. Tal durou perto de quatro séculos e meio — desde 1513 — em que o território passou de colonato a província ultramarina a partir de 1896, formalmente reconhecida como tal desde 1926, e até ao 25 de Abril de 1974, marco da história portuguesa com reflexos transfronteiriços, por efeito do qual se iniciaram os mais fortes movimentos da libertação nacional para a independência de Timor-Leste.

Estes movimentos formalizaram as suas iniciativas e vontades com a criação e oficialização dos partidos políticos em Timor-Leste, aí se incluindo o partido dos Heróis da Pátria do povo Maubere, a FRETILIN, que (1) desde o início entendeu, assegurou, mobilizou e defendeu a vontade da independência do povo Maubere, (2) proclamando-a em 28 de Novembro de 1975 para, (3) desde ali, dirigir esforços para a sua manutenção. Isso passou por uma defesa da independência nacional assente em três pilares ou vertentes populares (*a luta armada, clandestina e diplomática*) e uma vertente cultural e humana (*a Igreja Católica*), (4) atingindo-se a *reproclamação (restauração)* da independência proclamada com (i) a entrada em vigor da Constituição da República (*aprovado em 22 de Março de*

2002 pela Assembleia Constituinte, eleita democraticamente em Timor-Leste sob o escrutínio organizado pela UNTAET), pressuposto do seu (ii) inteiro e autorizado reconhecimento internacional (que teve nas suas fileiras o *Secretário Geral das Nações Unidas*, o saudoso senhor Kofi Annan, e os demais digníssimos altos representantes de vários Estados independentes, principalmente de Portugal, da Indonésia e da Austrália) desde 20 de Maio de 2002 (Preâmbulo da CRDTL).

Debruçamo-nos neste artigo, com a modéstia e a vénia que nos merece a investigação científica, sobre a *ratio legis* do artigo 1.º da Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL), contemplando dois pensamentos fundamentais: um, primeiro, sobre o próprio conceito de Estado e outro, segundo, sobre a existência do Estado declarada pela vontade (onde se analisará *o momento, o texto e o acto da declaração*) do povo de Timor-Leste.

1. ARTIGO 1.º, N.º 1 DA CRDTL

No princípio, a CRDTL, consagra que “*a República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana*” (n.º 1 do art. 1.º da CRDTL).

Nesta norma constitucional consagra-se, desde logo, o nome do Estado, as características ou os princípios fundamentais e as suas bases fundamentais.

1.1. Nome do Estado

O Estado, em qualquer parte do mundo, como acontece com as pessoas jurídicas ou as pessoas colectivas, públicas ou não, mas com personalidade jurídica, tem o seu nome próprio, denominado pelos pais desse Estado, compreendido na ideia, de Jean-Bodin, do Estado-Nação (*State Funding Fathers: pais fundadores do Estado*). Esse nome tem as suas razões históricas, culturais, sociais ou políticas.

Em Timor-Leste, os pais do Estado escolheram, definiram e consagra-

ram a **República Democrática de Timor-Leste** (RDTL) como nome oficial.

Daí decorre que o nome do Estado timorense é composto por três termos categorimáticos (*república, democrática e Timor-Leste*), que se manifestam, por um lado, com outros conceitos do seu contexto e lastro histórico e científico (conceitos *filosóficos, políticos e jurídicos*) e, por outro lado, exteriorizam ou procuram concretizar, quanto aos pais do Estado timorense, os seus sonhos e pensamentos ambiciosos de libertação do povo e independência da nação. Analisemos, pois, aqueles três termos:

1.1.1. *República*

O termo “**república**” é de origem latina e reproduz a composição de dois termos: “*rés*” e “*pública*”. O termo “*rés*”, em latim, significa “*coisas*”, “*bens*” ou “*interesses*”, e o termo “**pública**”, no mesmo latim, significa “*gerais*”, “*comuns*” ou “*de todos*”. Pela origem do termo, a “*república*” significa “*coisas gerais*”, “*bem comuns*” ou “*interesses de todos*”.

O termo “*república*” tem contudo, origens gregas também. Basta pensarmos, nem mais, em Platão e na sua, precisamente, *República*. Para a Grécia, falar de república é entrar na conceitualização dos sistemas de poder políticos e transportar o conceito, depois, para a época do Império Romano, onde o poder político ficou absolutamente concentrado na pessoa do Imperador.

Desde então, desde a evolução histórica dos sistemas políticos experimentados na Grécia e esquecidos em Roma, o termo “*república*” encaideou-se no elenco dos vocábulos da ciência política, levado pela Filosofia, embora não seja despiciendo notar, no pouco que o Império Romano do ocidente conheceu da vida ordenada sob esses desígnios, o embrião para os futuros, novos ou devires Estados absolutos ou absolutistas.

Este conceito do sistema de poder político, quanto a Timor-Leste, chegou através daquela que era a sua potência colonizadora: Portugal, ele igualmente, desde 1910, uma república, embora sofrendo, nos primeiros tempos, ligeiros recuos, contudo ultrapassados. Pense-se, nomeadamente, no lugar de Sidónio Pais na história daquele país. Não pôde ser

por isso um espanto quando, quanto aos pais fundadores de Timor-Leste escolheram chama-lo de Estado republicano.

Pelo nome, considerada a causa (*princípio da causalidade*) e o fim (*princípio da teleologia*) do Estado timorense, a república é o sistema de poder político que deve ter a sua essência (*princípio da ontologia*) e o seu valor (*princípio da axiologia*) no “bem comum”, nas “coisas gerais” ou nos “interesses de todos”, os timorenses. Por isso, em suma, a escolha da forma da **república** na toponímia fundadora do Estado timorense.

1.1.2. Democrática

O termo “**democrática**”, ou “**democracia**”, é da origem grega, composto por dois termos: “*demos*” e “*cratos*”. O termo “**demos**” significa “*povo*”, e o termo “**cratos**” significa “*poder*”. Pela origem do termo, a “**democrática**”, ou “**democracia**”, significa “**o poder do povo**”.

O termo “*democrática*” ou “*democracia*”, nas suas origens históricas, revela um sistema de poder político experimentado na época da Grécia antiga, em que o poder não estava nas mãos do rei, mas nas do povo. Na sua evolução histórica, o termo “*democrática*”, ou “*democracia*”, foi recebido pela Filosofia ocidental e começou a introduzir-se no sistema do poder político moderno depois da época liberal.

Também este conceito chegou a Timor-Leste através da força colonial portuguesa, embora nela o referencial ainda só tivesse a forma de embrião: nasceu, apenas, depois do 25 de Abril de 1974.

Pelo nome — *República Democrática* -, os pais do Estado quiseram afirmar peremptoriamente o “*poder do povo*”, ou que “no povo reside o poder político” timorense. Por isso, também, a **democracia** é um dos nomes consensuais do Estado timorense.

1.1.3. Timor-Leste

O termo “*Timor-Leste*” é composto, ele também, por dois termos: “*timor*” e “*lesté*”. O primeiro termo é de origem Malaia e raiz *sansekerta*, “*timur*”. Significa “*orienté*”. O segundo termo é de fonte portuguesa, com raiz latina, e significa igualmente “*orienté*”.

Histórico — geograficamente, antes da chegada dos Portugueses à ilha de sândalo, já se desenvolviam na ilha do futuro Timor (ou *Timur*) comércios entre os povos das ilhas do sul da Índia, existindo também importantes movimentos migratórios, como o do povo malaio, das ilhas do sul da Índia, de ocidente para oriente. Estes desde essas ilhas, vinham de oeste para leste na busca do sândalo em “*timur*”, a última ilha no oriente do sul da Índia. Na sua evolução, portanto, com a chegada dos Portugueses à Índia, e depois dela ao ponto mais a sul, o termo “*timur*” transformou-se em termo “*timor*” e nasceu a denominação, para a ilha do sândalo, de ilha “*timor*”.

O decorrer do tempo haveria de trazer à ilha do sândalo as consequências do fim do império português pós-sebastianista e pós-filipino, destruídas as aspirações das conquistas espanholas, mas com elas, também, a armada portuguesa. Outros povos, como os Holandeses, emergiram no mundo. Haveria pois de chegar a altura destes, os holandeses, chegarem a Timor. Isso ocorreu na ponta oeste, o que provocou a deslocação dos Portugueses, de Lifau para leste da ilha, dividindo-se entre um Timor Holandês e um Timor Português.

Após a segunda Grande Guerra Mundial esse Timor Holandês, juntamente com as outras ilhas do sul da Índia, pertencas coloniais holandesas, proclamou a sua independência em 1945. O Timor Português, contudo, permaneceu Português, como província ultramarina, situação que se manteria até 1975, ano da proclamação unilateral da independência de Timor Portugal pelos pais de uma nação que escolheriam para seu nome o que ela era: Timor-Leste, por se situar na parte oriental da ilha.

Todavia, logo depois dessa proclamação da independência de Timor-Leste, em 28 de Novembro de 1975, sabemos das vicissitudes históricas: a Indonésia, país unitário das antigas possessões holandesas, invadiu e transformou aquele Timor Português, por breves dias Timor-Leste independente, em mais uma das suas províncias até 1999, com o nome de “*Timor-Timur*”.

Depois disso, e vivendo anos sangrentos e sofrendo largas humilhações, Timor-Leste haveria de iniciar a sua obra estadual de excelência sob os auspícios das Nações Unidas, de 1999 a 2002, primeiro como UNAMET e depois como UNTAET, estádios transitórios para o processo de elaboração e aprovação da Constituição da RDTL pela Assem-

bleia Constituinte de Timor-Leste em 2002, um Timor-Leste reproclamado independente em 20 de Maio.

Timor-Leste, jurídico-constitucionalmente, é pois o nome do Estado timorense, mas há-de significar também um conceito com extensão aos elementos essenciais do Estado: o povo, o território e o poder político do Estado.

1.2. *Conceito de Estado*

O termo Estado — “*stato*” — provém do latim “*status*“, que equivale a Constituição ou ordem. Ele não tem um sentido unívoco, antes apresenta uma polivalência de significação riquíssima, como condição, conjunto de direitos e deveres, estrato social, dignidade, propriedade, boa ordenação, etc. O termo “*estado*“, como conceito político, foi introduzido na linguagem doutrinal por Maquiavel na sua obra *II Príncipe*, ainda na época moderna.

Dizia-se: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens são Estados e são ou repúblicas ou principados”, para com isso designar a comunidade política ou a república como algo de particular e concreto que, propositadamente, não era apenas o *dever ser* do Estado (a *existência do Estado*), mas também o *ser* do Estado (a *essência do Estado*).

Isto equivale a dizer que o termo Estado só começou a ser utilizado corrente e fortemente na época do Renascimento, em relação com a formação e generalização de um conceito moderno de Estado que arrancaria no século XVI para só se concluir no século XVIII com o jusnaturalismo racionalista. Sendo assim, nem sempre a sociedade civil adoptou o termo Estado como forma de organização política. Recorramos à história e vemos a sociedade grega organizada na *polis e Roma* no principado e no Império, precedidas da família, da tribo e da gens.

Contudo, ainda na Idade Média, quando a ideia de Estado está ausente, já se encontravam outros conceitos políticos como *princeps, dominus, dominium, regímen e gubernator* que, sob ângulos diversos, designavam poder. Esboçavam-se, pois, as linhas de força que favoreceriam a ideia de Estado que adviria a consolidar-se no racionalismo triunfante do século XVIII.

Mas podemos, e devemos, delimitar para nós, na organização temática, um conceito de Estado: uma comunidade territorial politicamente independente e integrada por governantes e governados sob um princípio ou entendimento sobre a forma do poder do governo dessa comunidade. Ou seja, Estado como uma sociedade que se fixa num determinado território e se organiza politicamente em termos autónomos e soberanos.

1.3. Elementos Essenciais do Estado

1.3.1. Povo

O povo é o conjunto de cidadãos, ou seja, de pessoas ligadas ao Estado pelo vínculo jurídico de nacionalidade que lhes reconhece o gozo de direitos políticos. Trata-se dum conceito jurídico-político que não se confunde com o de população, que tem natureza económico-demográfica; e tão-pouco se identifica com o conceito de Nação, que tem natureza cultural. O povo timorense, como conjunto de cidadãos nacionais, vem previsto no art. 3.º da CRDTL que compreende, neste entendimento, a cidadania originária e a cidadania adquirida.

1.3.2. Território

O território é o espaço onde o povo é “senhor de se reger segundo as suas leis, executadas por autoridade própria com exclusão da intervenção de outros povos”. Constitui uma exigência iniludível do Estado, cuja etimologia contém a ideia de estabilidade que o território proporciona. Integra o solo e o subsolo (território terrestre), o espaço aéreo (território aéreo) e o mar territorial, no caso de o Estado ter costa marítima (território marítima). O território do Estado é limitado por fronteiras e define o âmbito da competência no espaço dos seus órgãos supremos.

O território nacional timorense está previsto no art. 4.º da CRDTL e compreende, neste entendimento, a superfície terrestre, a zona marítima e o espaço aéreo delimitados pelas fronteiras nacionais que historicamente integram a parte oriental da ilha de Timor, o enclave de Oe-

cusse Ambeno, a ilha de Ataúro e o ilhéu de Jaco. Incluem-se neste conceito territorial as águas territoriais, a zona económica exclusiva e os direitos na zona contígua e na plataforma continental do Estado timorense.

1.3.3. Poder Político

O poder político é “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (*não recebida de outro povo*), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”.

Não se confunde com a soberania, que é um poder político supremo (*só limitado pelo Direito na ordem interna*) e independente (*na ordem internacional encontra-se numa situação de igualdade com os poderes supremos dos outros povos*). Ao Estado é necessário um poder político, mas já não a soberania: há Estados condicionados por um poder diferente e superior, como os Estados federados (*v. g., os Estados da Malásia, os Estados do Brasil, os Estados da Alemanha e os Estados dos Estados Unidos da América*) que, embora elaborem as suas próprias Constituições e criem e apliquem o seu direito no âmbito do seu território, não são soberanos: têm de respeitar a Constituição Federal e as suas leis podem ser anuladas pelos tribunais federais se contrariarem a Constituição. Além disso, não podem estabelecer relações internacionais próprias.

Quanto ao Estado timorense, não é um Estado Federado mas um Estado Unitário, em que o seu poder político máximo ou a sua soberania vem prevista no art. 2.º da CRDTL, e que entendimento significa que a *soberania reside no povo, que a exerce nos termos da Constituição*.

1.4. Princípios e Bases do Estado RDTL

O n.º 1 do art. 1.º da CRDTL, consagra que “a República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana”.

Dentro desta disposição temos um único sujeito com seis predicados, em que o sujeito é o nome próprio do Estado e os predicados são

as características fundamentais do Estado. O nome do Estado, como sujeito, como acontece com a personalidade jurídica da pessoa colectiva pública, é a “RDTL”. As características fundamentais que constituem os seis predicados do Estado são: (1) Estado de Direito Democrático; (2) Estado Soberano; (3) Estado Independente; (4) Estado Unitário; (5) Estado baseado na Vontade Popular; e (6) Estado baseado no Respeito pela Dignidade da Pessoa Humana. Dentro destas características do Estado da RDTL, quatro são princípios fundamentais do Estado e outras duas são bases fundamentais do Estado.

1.4.1. *Princípios Fundamentais do Estado da RDTL*

Os quatro princípios fundamentais do Estado da RDTL, acima referidas, são: “(1) RDTL é um Estado de Direito Democrático; (2) RDTL é um Estado Soberano; (3) RDTL é um Estado Independente; e (4) RDTL é um Estado Unitário”.

1.4.1.1. A RDTL é um Estado de Direito Democrático

Estado de Direito Democrático é um conceito político-jurídico, diferente do de Estado de Direito (*é aquele em que as pessoas gozam dos seus direitos plenamente e exercem os seus deveres, cabendo ao Estado a tarefa de garantir as condições necessárias para que isso aconteça, naturalmente cumprindo com o estipulado na Constituição e nas leis*) ou de Estado Democrático (*é aquele em que os governados são considerados titulares do poder político e o exercem directamente ou mediante representantes temporários periodicamente eleitos, baseado pelo sistema político que permite a todos os indivíduos a oportunidade de concorrer uns com os outros na luta pelo poder e pela influencia, ou seja, a democracia é a vontade do povo e o princípio da separação dos poderes o que implica a separação dos poderes em legislativo, executivo e judicial*), e que significa mais do que a aglutinação ou soma dos dois conceitos.

Estado de Direito Democrático implica o reconhecimento de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos constitucionalmente consagradas e, conseqüentemente, a subordinação do Estado e de todos os órgãos de soberania à Constituição e à legalidade democrática, ou seja, compreende-se a subordinação do Estado à Constituição e às

leis (art. 2.º, n.º 2 da CRDTL). Num Estado de Direito Democrático é necessário, em primeira instância, o cumprimento da Constituição, através de medidas legitimadoras de uma ideia-base essencial: a de que o poder político reside no povo e é exercido nos termos da Constituição (art. 62.º da CRDTL) pelos órgãos de soberania (art. 67.º da CRDTL c/jg. art. 2.º, n.º 1, 1.ª parte da CRDTL).

No Estado de Direito Democrático a base de acção do Estado repousa, portanto, no reconhecimento dos direitos, deveres, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos (art. 16.º até art. 61.º da CRDTL), e esse reconhecimento é assegurado pelo próprio Estado, que por sua vez se subordina à Constituição e às leis (art. 2.º, n.º 2 da CRDTL).

Neste sentido, Estado de Direito Democrática trata a existência e o funcionamento do Estado em que se pressupõe a vontade do povo na criação do Estado e na criação da sua Constituição e onde, em consequência disso, no exercício das funções do Estado, os órgãos estaduais devem ser eleitos pelo povo (*legitimidade democrática*) e subordinar-se à Constituição e às leis estaduais aprovadas (*legalidade democrática*). Quer isto dizer, o Estado de Direito Democrática é um regime político (*conceito que está para além de forma do governo*), em que o poder político é exercido de acordo com o princípio da maioria, mas está subordinado — material e formalmente — à Constituição com a consequente fiscalização jurídica dos actos do poder. Há uma interacção de dois princípios substantivos — o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais — e a mediatização dos princípios adjectivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a modelação.

1.4.1.2.A RDTL é um Estado Soberano

Estado Soberano é um conceito político-jurídico que proclama a unidade dos cidadãos que constituem um povo na soberania exercida no território nacional. O Estado é soberano se o poder político reside no povo, como resulta do n.º 1, art. 2.º CRDTL. Assim, falar da RDTL

como Estado soberano, a RDTL é falar (1) do povo timorense no seu conjunto, que assume o poder político no território nacional; (2) desse território, onde o povo assume o poder político; (3) do poder político assumido.

Soberania implicará, desde logo, a não ingerência de outros Estados nos assuntos internos. Implica ainda o estabelecimento de Relações Internacionais (art. 8.º da CRDTL) e uma solidariedade internacional (art. 10.º CRDTL) capaz de assegurar a paz, a justiça e a ordem pública internacional.

1.4.1.3.A RDTL é um Estado Independente

Independência expressa-se como um conceito político-jurídico que traduz a ideia de Estado que possui poder próprio ou poder político autónomo por relação a determinado povo e em determinado território, e que tem por isso a capacidade jurídica de exercer os seus direitos e assumir os seus deveres políticos com respeito dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (art. 16.º e ss CRDTL), pela organização democrática do poder político (art. 62.º e ss da CRDTL), pela estrutura e princípios da *Constituição económico-financeira* (art. 138.º e ss da CRDTL) e pela defesa-segurança nacional (art. 146.º e ss da CRDTL), afirmando-se desse jeito como um Estado com objectivos próprios.

Essa independência é confirmada pela CRDTL em vários trechos. Assim, p. ex., no art. 6.º, nos arts 2.º n.º 1 e 7.º, no art. 3.º, (povo), no art. 4.º (território) mas, sobretudo, nos art.ºs 1.º, n.º 2 (na referência à proclamação da independência) e na capacidade internacionalmente reconhecida de estabelecer relações jurídicas internacionais (art. 8.º da CRDTL), bem como no lugar da sua participação nas exigências e responsabilidades da solidariedade internacional (art 10.º CRDTL).

1.4.1.4.A RDTL é um Estado Unitário

Unitário é um conceito político-jurídico que traduz a contraposição do conceito político-jurídico do Estado Federal. O Estado é Unitário ou Federal. Se é Federal, há vários Estados Federados (*um Estado composto por vários Estados, portanto é um Estado composto*); se não, se não é um Es-

tado Federal, é por exclusão um Estado Unitário (*um Estado não composto por vários Estados, portanto um Estado simples*).

O Estado RDTL é Unitário (art. 1.º n.º 1 da CRDTL), o que veda na RDTL a admissão de Estados dentro do Estado.

1.4.2. Bases Fundamentais do Estado RDTL

As duas bases fundamentais do Estado RDTL, acima referidas — “(1) a RDTL é um Estado baseado na Vontade Popular” e (2) a “RDTL é um Estado baseado no Respeito pela Dignidade da Pessoa Humana”-, dão-nos o mote para a abordagem final.

1.4.2.1. A RDTL é um Estado baseado na Vontade Popular

Vontade Popular, como conceito igualmente jurídico-político, liga-se ao princípio da humanidade colocando o homem como *homo politicus* no centro da sociedade e da natureza humana. A vontade popular é a base do Estado porque este, *Estado*, é uma pessoa colectiva pública, ou seja, uma sociedade organizada politicamente em que a sua existência, organização e funcionamento só é legítimo se depender daquela (*vontade popular*) como causa de legitimidade democrática. A vontade popular entende-se a partir da sua expressão pelo povo, como dono do poder político (art. 62.º conjugado com art. 2.º n.º 1 da CRDTL), de acordo com as regras democráticas (*regras das eleições democráticas, das constituições e funcionamentos dos partidos políticos e, das participações do povo no exercício do poder político*) observadas através dos sufrágios universais, nos termos do art. 7.º CRDTL.

Mas esta vontade popular não é abstrata, tem de ser real (*verdadeira*) e necessária (*não é contingente*), expressa através das propostas dirigidas e organizadas pelo Estado nos termos da Constituição da República, concretamente aceite pelo povo nos sufrágios universais. Portanto, desenvolvendo, a vontade popular não é uma vontade pensada (*material e formalmente*) de todos os povos (*universal-indefinida-hipotética*), mas é o conjunto das vontades manifestadas (*material e formalmente*) por cada povo numa lógica triangular: *particular-singular-vontade categórica*. Isto indica, no fundo, o sentido de uma vontade comum (*material e formalmente*)

de cada povo no âmbito da confirmação e aquisição da legitimidade democrática em consequência do poder político que em si radica e reside.

1.4.2.2. A RDTL baseia-se no respeito pela Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana constitui um conceito jurídico, ligado ao princípio da humanidade, que coloca o homem como *homo éthos* na sociedade. Por um lado, a pessoa, enquanto homem, é digna por se considerar, ela mesma, como centro inviolável nas suas relações humanas, sociais, políticas, etc.. Por outro lado, traduz um dever universal passivo de respeito de todos os Homens por todos os Homens, espécie de eficácia *erga homines* nas relações.

Em relação ao Estado, como pessoa colectiva pública, ou seja, como uma sociedade organizada politicamente, tem o dever geral e especial de garantir e promover o respeito da dignidade da pessoa humana como garantia fundamental e inviolável na sociedade.

2. ARTIGO 1.º, N.º 2 DA CRDTL

No segundo pensamento, a CRDTL, consagra: “O dia 28 de Novembro de 1975 é o dia da Proclamação da Independência da República de Democrática de Timor-Leste” (n.º 2 do art. 1.º da CRDTL).

Nesta norma constitucional denota-se, desde logo, o pensamento da existência do Estado em consequência da declaração da vontade (*o momento, o texto e o acto da declaração*) do povo de Timor-Leste. Quer dizer, a proclamação da Independência de Timor-Leste em 1975 foi uma declaração da vontade da Independência do povo timorense, mesmo que decretada pela FRETILIN, um partido político, na pessoa do então seu presidente, Francisco Xavier do Amaral. Significa o reconhecer, portanto, de um acto unilateral partidário de proclamação da Independência como uma expressão concreta das aspirações do povo à Independência, apesar dessa independência, materialmente só chegar com a porta da democracia aberta ao *Referendum*, organizado pela ONU, em 1999.

Ora, a opção constitucional foi a assumir a vontade proclamada em 28 de Novembro de 1975 ao nível constitucional (*relativamente ao momento e ao acto da declaração*), criando dessa forma uma regra hermenêutica vin-

culativa do Estado e dos seus cidadãos. A proclamação da Independência de Timor-Leste em 1975, por conseguinte, mais do que um mero facto político-histórico, é-o jurídico-constitucionalmente. Diferentemente, o dia 20 de Maio de 2002, constituindo um episódio de igual relevo ao nível político-histórico (considera-se aquele o dia da Restauração da Independência de Timor-Leste), é apenas, ao nível jurídico-constitucional, o dia da entrada em vigor da CRDTL (art. 170.º da CRDTL), ao mesmo tempo em que se celebra a transferência do poder político das mãos da ONU para Timor-Leste como Estado de Direito democrático, soberano, independente e unitário.

CONCLUSÃO

Entende-se que o art. 1.º da CRDTL consagra o nome, os princípios fundamentais e as bases fundamentais do Estado timorense. Neste entendimento, o Estado, como pessoa colectiva pública timorense maior, ou seja, a sociedade timorense organizada politicamente na sua existência, organização e funcionamento, não deve contrariar ou ir para além desta norma fundamental da lei constitucional.

Assim, conclui-se que o Estado timorense tem o seu nome, os seus princípios fundamentais e as suas bases fundamentais que garantem e defendem a sua essência e a sua existência (*organização e funcionamento*) ao longo dos tempos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANDIOTTO, Kleber Bez Birolo, *Ética: Conceitos Gerais*, manual das Lições da Ética no ISFIT, 2017.
- CHAU, Ruth Armando, *Direito à Liberdade e à Segurança no Estado de Direito Democrático*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, 2017, pág.16, <http://www.google.pt>, tirado no dia 1 de Outubro de 2018, horas 18.00.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Timor-Leste*, IDIP, FD Nova Lisboa, CEDIS, Gráfica de Coimbra, Lisboa/Díli, 2012.

- JUSTO, A. Santos, *Estudos de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2009.
- LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo*, Sumários Desenvolvidos, Coimbra, s/e, s/d.
- MARTINEZ, Pedro Mário Soares, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 3.ª Edição, 2003.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, Tomo I, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2014.
- MIRANDA Jorge e MEDEIROS Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, revista, actualizada e ampliada, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.
- MOCANDA, Luís Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. 1.º Parte Histórica, 2.ª Edição — reimpressão, Coimbra Editora, 1995.
- NEVES, A. Castanheira, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, Extratos, Coimbra Editora, Coimbra, 1971 — 72.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª Ed. (por MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota), 2005.
- RADBRAUCH, Gustav, *Introdução à Filosofia do Direito*, (tradução e introdução, Mendonça, Jacy de Sousa), [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Gradbruch Introd.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Gradbruch%20Introd.pdf), 23 de Março de 2015.
- REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 19.ª Edição, 1999, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Reale_F.pdf, 23 de Março de 2015.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de, *Constituição Anotada da República de Timor-Leste*, Empresa Diário do Minho, Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2011.



SAIDA MAK DIREITU INTERNASIONAL UMANITARIU?

MÁRCIA MIEKO MORIKAWA

*Doutora Ciências Jurídico-Políticas hosi Faculdade Direitu,
Universidade Coimbra nian*

*“Le droit est un essai toujours précaire pour rationaliser la force et l’incliner
vers le domaine de l’amour.
Mais il est aussi un combat.”*
(Emmanuel Mounier)

(Dedico este artigo a todos os meus alunos da
Universidade Nacional Timor-Lorosa’e.
Bem-Hajam!)

1. Introdusaun: Estado-de-Direitu no tempu funu nian

Direitu Internasionál Umanitariu, bele hanaran mos Direitu Konfliktus Armadus, direitu ne’ebé vigora wainhira mosu funu ka konfliktu armadu sira. Uluk hanaran Direitu Funu nian, maibe ho mudansa paradigma internasionál Karta Nasoins Unidas ne’ebé estabelese bandu ba Estadu sira atu uza agresaun armada hodi rezolve konfliktu sira (art.2, n.º4 Karta Nasoins Unidas nian), nomos ho mudansa tipu konfliktu sira iha mundu desde dekada 90, atualmente naran «konfliktus armadus» ba situaun hanesan funu iha Estadu nia laran ka entre Estadu sira.

Tuir principiu resolucaun pacifiku konfliktus entre Estadu sira, Estadu hotu-hotu tenke rezolve sira-nia kontrovérsia internasionál ho

meius ne'ebé nakonu ho dame no tenke reprime iha sira-nia relasaun internasionál husi ameasa ka uzu forsa hasoru integridade territoriál ka independénsia polítika husi nasaun ne'ebé de'it, ka ho maneira seluk ruma ne'ebé inkonsistente ho objetivu Nasoins Unidas nian.¹ Mudansa paradigma ne'e signifika katak funu tradicional (agresaun armada) la (bele) iha (tamba Nasoins Unidas bandu tiha ona) maibe sei iha konflitus armadus ho natureza seluk barak iha mundu.²

Ho mos paradigma ida signifcante – protesauñ direitus humanos iha Estadu nia laran nudar asuntu internasionál – hamosu mudansa signifcante ho preokupasaun atu diminui violensia iha funu nia laran. Tamba objetivu principal regras iha situasaun konflitu armadu mak atu proteje ema ne'ebé la partisipa iha hostilidades, diminui impactu violensia ba ema nia moris no garante dignidade minimu iha tempu funu, atualmente direitu ne'e naran «Direitu Internasionál Umanitariu» atu reforsa valor *umanidade* iha konflitus armados.

2. Direitu Internasionál Umanitariu hanesan *lex specialis* ba Direitus Umanus

Em geral ema hanoin katak iha funu nia laran ema hotu-hotu bele halo buat-hotu tuir sira nia hakarak, hanoin katak la iha regras konaba funu, funu sem regras. Funu signifika tempu la vigora direitu ruma (princípiu Estadu-de-Direitu la vigora). Hanoin hanesan né'e la lo'os. Iha funu no tempus konflitu armadu iha normas juridikas barak ne'ebe membrus forsas armadas nomos grupus armados seluk tenke observa no kumpre. Direitu ne'e vigora mos ba funu ho estilu gerrilha. Ida né'e «Estadu-de-direitu», princípiu ida ke Estadu hotu-hotu tenke proteje no garante. Signifika katak tempu pas nian direitu vigora ho plenitude, maibe wainhira funu ka konflitu armadu mosu, iha direitu especial (*lex specialis*) ne'ebé vigora. Wainhira Estadu ida muda ba tempu funu (in-

¹ Conforme Kapítulu VI Karta Nasoins Unidas nian.

² Paradigma ida ne'e estabesele diferença entre «*ius ad bellum*» no «*ius in bello*». *Ius ad bellum* (direitu atu uza forsa) relasionadu ho Karta Nasoins Unidas nian ne'ebé bandu tiha ona agresaun armada entre Estados sira. Conselho Seguransa ONU deit bele determina ho resolusaun possibilidade uzo forsa entre Estados (Kapítulu VII Karta Nasoins Unidas nian). *Ius in bello* regras direitu nian ne'ebé vigora iha funu nia laran. *Ius in bello* mak Direitu Internasionál Umanitariu.

terno ka internasionál), tenke observa lei especial ida né'e (Direitu Internasionál Umanitariu).

3. «*Droit de Genève*» no «*Droit de la Haye*»: Principius

Direitu Internasionál Umanitariu fahe ba parte rua: direitu ne'ebé proteje ema sira la partisipa iha hostilidades (civil, kanek, moras, prisio-neiru funu nian, rendidus sira) no direitu ne'ebé regula meius (armamentu, munisaun no equipamentu sira) no metodus (oinsa halo funu) kombatate nian partes beligerantes bele uza iha konflitu armadu nia laran. Regras ne'ebé mak forma direitu dahuluk naran «Direitu Genebra» nian; regras ne'ebé mak forma direitu daruak naran «Direitu Haia» nian (iha frances «*Droit de Genève*» ho «*Droit de la Haye*»).

«Direitu Genebra» estabelece regras bara-barak né'ebé Estadu, husi ninia forsas armadas (iha Timor F-FDTL), tenke hakru'uk, hodi garante protesaun ba ema ne'ebé la partisipa iha hostilidades, exemplu:

- a) Objectivu militar: Forsas so bele ataka objectu militar deit, inclui kombatentes, estabelecimentus militar, transporte militar, pontos taktikus iha militar ne-ebé relevante. Ema civil no sasan civil sempre iha direitu ba protesaun.
- b) Distinsaun: Fo garante ataka objectivu militar deit, Estadu tenke fo sinalizasaun atu proteje ema ho buat ne'ebé civil nian, hanesan ospital civil, escola sira. Lei konflitus armadus mos preteje patrimoniu istoriku no cultural Estadu no povu nian. Timor-Leste ratifika tiha ona Convensoes haat konaba konflitus armadus ho Protocolu Adicional tolu ne'ebé iha regras konaba sinalizasaun nomos adota lei ida konaba Uzo no Protesaun Emblema Cruz Vermelha nian iha Timor-Leste (Lei Parlamentu Nasional N.º 12/2009, 21 Outubru). Atu implementa regras sinalizasaun ba funu/konflitu armadu no iha funu/konflitu armadu atu proteje sasan no ema que la partisipa iha hostilidades nudar kna'ar Ministeriu Defesa no Seguransa (art.3.º Lei

Parlamentu Nasional N. ° 12/2009, 21 Outubru).³ Atu implementa regras sinalizasaun ba profesionais civil sira (ekipa mediku, etc.) nudar kna'ar Ministériu Saúde nian (art.4.º Lei Parlamentu Nasional N. ° 12/2009, 21 Outubru). Hodi garante ida ne'e, Estadu tenke obedece principiu distinsaun ne'ebé significa iha funu tenke halo distinsaun entre kombatente ho ema ne'ebé la'os kombatente. Iha ne'e inclui civil sira ho membrus forsa ne'ebé la participa duni iha funu (kanek sira, moras, naufragu (ba konfliktus armadus iha tasi) ka membru Forsa ne'ebé rendidus (iha lian frances ema «*hors combats*»).

- c) Principius konfliktus armadus nian: membru husi Forsas Armadas, komandante sira, tenki observa principius necessidade militar, proporcionalidade no prekausaun wainhira sei halo atake ruma ba inimigu. Atake ne'ebé preve sei halakon ema civil nia moris barak contrariu ba Direitu Internasionál Umanitariu. Ida ne'e komandante tenki halo balansu ida entre objectivu militar atu atende ho halakon moris, balansu ne'ebé iha tempu konfliktus armadus dificil atu hetan;
- d) Protesaun ba civil: Estadu tenke garante protesausn ba ema civil sira, maibe iha funu nia laran civil ne'ebé foti armas no halo atake transforma kedas ba «kombatente» no tenke obedece regras funu nian nomos bele hetan atakes. Mate entre kombatentes, Direitu Internasionál Umanitariu la konsidera ida ne'e crime funu nian tamba funu entre kombatentes. Maibe oho ema civil inocente, la partisipa iha funu, ne'e crime funu nian. IV Convensaun Genebra konaba Protesaun Civil estabeselese regras barak ba protesausn ema civil sira;
- e) Prisoneiru funu nian: estatutu «prisoneiro funu nian», *POW* iha lian ingles (*prisoner of war*), estatutu protesausn ida atu garante dignidade no moris kombatentes sira wainhira monu ba inimigu nia liman. III Convensaun Genebra konaba Protesausn Prisoneru Funu nian ne'ebé estabeselese regras barak konaba oinsa Estadu

³ Significa katak wainhira Ministeriu ketak ketak, areas rua ida nee iha responsabilidade ba emite no fiskaliza emblema indikativu no protesausn Cruz Vermelha nian maibe predominante ba Ministeriu Defesa tamba situaun funu.

(Forsas Armadas) ka grupus armadus tenke trata prisioneiru funu nian;

- f) Neutralidade: principiu neutralidade proteje ema sira ne'ebé participa iha funu maibe la'os hanesan kombatente maibe hanesan protesau civil, asistencia humanitaria, profesional saúde sira, ema husi uma-kedra, na'i lulik sira, jornalista identificadu. Principiu ida ne'e atu garante ema sira ida ne'e bele halo ninian kna'ar ho liberdade atu garante protesau ba civil nomos ba kanek sira iha konflitu nia laran. Ida ne'e prolongamentu direitu ba moris, integridade fisiku no mental, saúde no dignidade iha tempu funu.

«Direitu Haia» nian estabesele regras bara-barak né'ebé Estadu, husi ninian forsas armadas ka grupus armadus, tenke hakru'uk konaba meius (kilat) no metodus (oinsa) combate nian, exemplu:

- a) Iha funu meius no metodus combate la'os livre. Estadu la iha liberdade atu hili kilat tuir nia hakarak. Direitu Internasionál Umanitariu limita Estadu sira nia asaun konaba ida ne'e;
- b) Metodus kombatente: iha metodus kombatente lei bandu Estadu atu halo. Hanesan atake ho aviaun metodu “tapete” (*«tapis de bombes»*) ne'ebé aviaun ida mai no lansa sistematicamente bomba sira barak iha cidade ida ka pontu ida ne'ebé populasaun moras, bandu tiha ona. Ida ne'e tamba atake ida ne'e la permite halo distinsaun entre kombatente no ema que la'os kombatente. Historia confirma katak civil sempre vitima husi atake ida ne'e. Iha tempu I no II Funu Mundial metodo ne'e uza tiha ona barak maibe ohin, ho desenvolvimeutu tecnologiku ne'ebé permite desenvolvimentu kilat ho presisaun alvu atake, bandu tiha ona;
- c) Atake indiscriminadu: atake ne'ebé difisil atu halo distinsaun entre kombatente no ema la'os kombatente nomos sasan civil, partes beligerantes tenke evita tamba atake ne'e la permite garante principiu distinsaun no hamosu terus todan ba populasaun;

- d) Kilat: iha kilat no munisoins barak ne'ebé regras internasionais bandu. Kilat ne'ebé provoka terus no susar bo'ot ba ema la bele uza. Tamba ne'e direitu internasionál bandu uzo minas antipesoal, balas dum-dum, kilat kimiku no biologiku, kilat *laser*, venenu, kilat provoka matan aat, kilat farpadu no ho venenu, etc.;
- e) Crime perfídia: perfídia crime funu nian ne'ebé kombatente sira koko hodi lohi (*menipu*) inimigu atu manan vantagem militar ida, oho, kaptura ka hakanek inimigu. Tamba ne'e Direitu Internasionál Umanitariu exige durante funu kombatentes tenke uza uniforme, tenke pertence ba forsa militar ida, tenke hatudu armas, tenke halo distinsaun ba ema civil sira. Ida ne'e mos eziejencia ida ba funu tipu guerrilha. Kombatente la bele sai hanesan civil, atu lohi inimigu hodi halo atakes. Iha regras “camuflagem”, “armadilhas” barak (“*astúcias de guerra*”) ne'ebé regra funu nian permite maibe perfídia consideradu nu'udar crime grave. Exemplu ida tan, kareta militar ida tau sinal assistensia umanitariu ne'ebé goza principiu neutralidade atu hetan lokal estrategiku ida inimigu nian no halo atake, ne'e Direitu Internasionál Umanitariu la fo dalan tamba uza má-fé.

Timor-Leste ratifika tiha ona Convensoins Direitu Internasionál Humanitariu nian. Relasionadu ho «Direitu Genebra», tuir esplikasaun iha leten, Resolusaun Parlamentu Nasional N.º 18/2002, loron 13 Dezembru, ratifika tiha ona Convensoins haat no Protokolu Adisional tolu:

1. Convenção I de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha;
2. Convenção II de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar;
3. Convenção III de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra;
4. Convenção IV de Genebra relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra;
5. Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais;

6. Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais.

Iha tinan 2009, Parlamentu Nasional ratifika tiha ona Protocolo III (Resolusaun N.º22/2009):

7. Protocolo III adicional às Convenções de Geneva de 12 de Agosto de 1949, relativo à Adopção de um Emblema Distintivo Adicional.

Relasionadu ho «Direitu Haia», tuir esplikasaun iha leten, Parlamentu Nasional ratifika tiha ona:

1. Resolusaun N.º 15/2002, 14 Novembru: Ratifica a Convenção sobre a Proibição da Utilização, Armazenagem, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre a sua Destruição;
2. Resolusaun N.º 16/2002, 14 Novembru: Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento da Produção e do Armazenamento das Armas Bacteriológicas (Biológicas) ou Tóxicas e sobre a sua Destruição;
3. Resolusaun N.º 17/2002, 14 Novembru: Tratado sobre a Não Proliferação de Armas Nucleares;
4. Resolusaun N.º 19/2002, 13 Dezembru: Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição.

Parlamento Nasional nomos ratifika tiha ona Convensoins Internasionáis seluk relasionadu ho Direitu Internasionál Umanitariu:

1. Resolusaun N.º18/2003, 17 Setembru: Ratifica o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados;
2. Resolusaun N.º 13/2002, 13 Agostu: Ratifica o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

5. Importansia ensino Direitu Internasionál Umanitariu iha tempu paz

Ema bele hanoin katak Direitu Internasionál Umanitariu la'os importante tamba Karta Nasoins Unidas bandu tiha ona agresaun armada entre Estados, entaun funu la iha. Hanoin ida ne'e la lo'os, iha konflitu barak iha mundu. La lo'os tamba dahuluk Forsas Armadas iha atu proteje Estadu kontra agresaun ka ameasa agresaun externa («Defeza»). Ne'e funsaun ida que Konstituisaun estabese hanesan misaun principal ba F-FDTL iha Timor-Lese (artigu 146.º Konstituisaun). Verdade que iha Timor-Leste funu la iha, ipotese agresaun armada externa la'os bo'ot maibe F-FDTL tenke sempre preparadu ba situaun ida ne'e tamba iha contextu geo-politiku no geo-estrategiku internasionál situaun sempre bele muda de repente.

Daruak, Direitu Internasionál Umanitariu mos importante tamba iha misaun manutensaun pas nian iha Nasoins Unidas nia laran, Forsas Armadas tenke observa regras Direitu Internasionál Umanitariu wainhira situaun ne'e uza forsa. Ikus liu, regras Direitu Internasionál Umanitariu iha influensia mos ba regras empenhamentu Governo sira adota ba forsas policia ka militar. Estadu la bele halo regras empenhamentu ne'ebé kontrariu ho regras internasionais konaba metodus no meios uzo forsa nian. Tamba ne'e, importante tebes atu divulga ba militar sira regras konaba Direitu Internasionál Umanitariu atu prepara Forsas Armdas ba misaun manutensaun pas nian hodi hametin *standard* internasionál ka, hanoin hela *ultima ratio*, ba konflitus armadus.

6. Sociedade ba paz

Direitu Internasionál Umanitariu nudar direitu ida ke la mehi, direitu ida ke realistiku tebes: iha historia humanidade funu sempre eziste – *ubi societas ibi belli*.⁴ Ho realidade ida nee, Direitu Internasionál Umanitariu nia

⁴ Principiu filosofiku ida atu kompara ho *ubi societas ibi ius* (sociedade eziste, eziste direitu) atu hanoin konaba natureza ser umanu tamba funu sempre eziste iha sociedade. Tamba ne'e maka ema dehan *ubi societas ibi belli*, signifika katak eziste socie-

objetivu fundamental maka ida nee: proteje ema nia dignidade no moris iha tempu ida que susar tebes. Alem de objetivu ida nee, atu hanorin Direitu Internasionál Umanitaria bele ajuda hamosu sociedade ida que “ba paz”, tamba cidadaun sei hatene katak iha tempu funu iha regras em vigor, la bele halo arbiru deit, la bele oho arbiru, la bele tortura, la bele usa likat bandu ona. Timor, ho ninia pasadu, hatene ho laran todan saida mak desrespeitu ba Direitu Internasionál Umanitariu bele mosu iha tempu okupasaun militar nian (hanesan tempu konflito armadu internasionál).

Hanorin Direitu Internasionál Umanitariu iha tempu paz, divulga ninia regra sira, importante tebes atu hamosu Estado-de-direitu ida ba paz: *Ubi societas, ibi ius. Ubi societas, ibi belli. Ibi ius, ibi ius in bello.*⁵

dade, entaun sempre eziste funu/konflitu armadus. Ida ne'e karik parodokso ida uma-nidade nian. Hakarak dame halo funu, atu hetan dame halo funu, bandu funu maibe funu iha nafatin.

⁵ Sociedade iha, iha direitu. Sociedade iha, konlitis iha. Iha direitu, iha nomos direitu iha funu.



“SÉ MAK TESI LIA?”

INTERLEGALIDADE E HIBRIDISMO DOS SISTEMAS DE JUSTIÇA EM TIMOR-LESTE¹

MARIA PAULA MENESES, MARISA RAMOS GONÇALVES, SARA ARAÚJO

CES - Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra

Introdução

Com um trajeto histórico complexo, Timor-Leste é um país sócio-juridicamente muito diverso, onde cabem concepções locais de dignidade humana e sistemas de governação e justiça com origem pré-colonial

¹ Este artigo assenta essencialmente em dados recolhidos no âmbito de um trabalho de investigação desenvolvido entre novembro de 2016 e maio de 2017 sob a égide da *Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça de Timor-Leste* (CRL). Procurando dar resposta a vários obstáculos ao pleno acesso ao direito e à justiça em Timor-Leste, a Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça (CRL) solicitou ao Centro de Estudos Sociais (Universidade de Coimbra) a colaboração na realização de um diagnóstico concreto sobre o sistema de justiça de Timor-Leste que pudesse contribuir para pensar uma política coerente e eficaz na área da justiça, capaz de afirmar o Estado de direito no seio da diversidade cultural existente no país. Esse estudo não poderia ter sido realizado sem o apoio institucional da CRL, que envolveu a participação das suas equipas de pesquisa (sendo de destacar a participação da Dra. Beatriz Carvalho), a colaboração dos seus comissários, a Dra. Melisa Caldas e o Dr. Henrique Corte-Real, e o incondicional apoio do Presidente, o Dr. Jorge Graça. Para saber mais sobre o estudo, ver MARIA PAULA MENESES et al., *Para uma Justiça de Matriz Timorense: o contributo das Justiças Comunitárias*, Díli, Timor-Leste: CRL - Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça e CES - Centro de Estudos Sociais, 2017.

(*kultura* ou *lisan*); normas e estruturas jurídicas e judiciárias modernas que resultam de processos de colonização diversos; visões normativas desenvolvidas durante as lutas de resistência, assim como noções de justiça que decorrem do contacto com organizações e agências internacionais. Estamos, pois, perante um exemplo muito rico e desafiante do que a antropologia e a sociologia do direito designam por pluralismo jurídico, isto é, a copresença de múltiplos ordenamentos jurídicos e estruturas de resolução de conflitos.

Este artigo, assente num estudo realizado em Timor-Leste sobre o papel das justiças comunitárias na resolução de conflitos, procura contribuir para o aprofundar do conhecimento sobre como estas justiças funcionam e procuram alcançar justiça². O conceito de justiças comunitárias é uma categoria ampla,³ abrangendo a imensa diversidade de formas de resolução de conflitos locais. O objeto sobre o qual nos debruçamos está refletido na questão *Sé mak tesi lia?*. Isto é, quem resolve conflitos? Que instâncias são procuradas? Como funcionam?

O pluralismo jurídico, como proposta conceptual, é aqui usado como ponto de partida para uma análise da realidade timorense. Pretendemos analisar o contexto sociojurídico de Timor-Leste a partir da sua riqueza e diversidade, do que é local e do que foi recebido, bem como dos híbridos jurídicos que emergiram nas zonas de contacto entre as normas ancestrais, as normas impostas e as que os/as timorenses esco-

² MARIA PAULA MENESES *et al.*, *Para uma Justiça de Matriz Timorense, o contributo das Justiças Comunitárias*, Dili, Timor-Leste: CRL - Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça e CES - Centro de Estudos Sociais, 2017.

³ Sobre as justiças comunitárias veja-se, entre outros, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge, 1995, e “O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico”, em JOÃO CARLOS TRINDADE (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. Vol. I. Porto: Afrontamento, 2003; MARIA PAULA MENESES, “Pluralism, Law and Citizenship in Mozambique”. *Oficina do CES*, Coimbra: CES, 2007, pág. 291; “O Moderno e o Tradicional no campo das justiças: desafios conceptuais a partir de experiências africanas”, *Sociedade e Estado em construção: desafios do direito e da democracia em Angola*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, JOSÉ OCTÁVIO VAN-DUNÉNE (org.) Coimbra: Almedina 2012, Pp 217-174; SARA ARAÚJO, “Pluralismo jurídico em África. Ficção ou realidade?”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* 83, 2008, pp. 121-139; *Ecologia de Justiças a Sul e a Norte, Cartografias Comparadas das Justiças Comunitárias em Maputo e Lisboa*, Tese de Doutoramento, Universidade de Coimbra, 2014.

lheram importar. O objetivo é dar um pequeno contributo à construção de uma justiça acessível a todos e a todas, que defenda a dignidade humana e em que mulheres e homens timorenses se revejam. Tendo em conta esse objetivo e reconhecendo que as justiças comunitárias não são estáticas, nem funcionam isoladamente, interagindo entre si e com as estruturas importadas, influenciando e sendo influenciadas, foi nossa opção evitar análises dicotômicas classificatórias como são: formal/informal; tradicional/moderno; oficial/não oficial, nacional/local, lei/cultura, etc.

O estudo em que se fundamenta este artigo foi fundamentalmente de natureza qualitativa e consistiu numa cobertura extensiva do território de Timor-Leste. Incluiu a análise crítica de textos jurídicos, trabalhos académicos e políticas públicas que incidem sobre a justiça “comunitária/costumeira/tradicional/local/informal” no país. Uma componente importante do estudo centrou-se na recolha de informação a partir de entrevistas com atores-chave do governo, da sociedade civil, das comunidades a nível dos municípios, postos administrativos e sucos. A constante tradução entre línguas e “mundos culturais” foi mais um dos desafios deste trabalho, mas que certamente enriqueceu a qualidade dos dados obtidos.⁴ A preocupação com uma justiça não-excludente, que reconhece o direito à igualdade, mas também o direito à diferença cultural é o horizonte que conduz a reflexão. Esta pesquisa parte dos desafios das Epistemologias do Sul, propostas por Boaventura de Sousa Santos⁵. Na base está a ideia de que não existe justiça total sem justiça cognitiva e um apelo ao reconhecimento e credibilização da pluralidade de saberes e experiências concretas de resolução de conflitos, que foram (e continuam a ser) descredibilizados e invisibilizados pelo direito moderno de inspiração colonial.

⁴ No total foram abordadas, em entrevistas individuais ou coletivas, quatrocentas e vinte e seis pessoas. Este número distribuiu-se por vinte e três entrevistas semiestruturadas, em grupo e sessenta e seis entrevistas semiestruturadas individuais ou em grupos pequenos. Para além das entrevistas formais, um número incontável de conversas informais permitiu identificar pistas, aprofundar ideias ou testar conclusões. As entrevistas foram realizadas em Tétum (grande maioria), em Português e em Inglês. Foi sempre expressamente solicitado o consentimento dos entrevistados para as gravações. Na maioria dos casos optou-se por garantir o anonimato dos entrevistados.

⁵ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide*. Boulder, CO: Paradigm, 2014.

O artigo está organizado em seis partes. Na primeira, caracterizamos de forma sucinta a relação entre as justiças “tradicionais” e o Estado moderno em Timor-Leste e justificamos a opção pela designação de “justiças comunitárias”. Em seguida, abordamos as contradições entre as justiças comunitárias e o Estado. Na terceira parte, procuramos dar a conhecer os principais conflitos que marcam a sociedade timorense, colocando um enfoque especial nos conflitos de violência doméstica e em torno à terra, justificado pela importância identificada durante o estudo. Esta caracterização geral antecede o mapeamento das instâncias comunitárias de resolução de conflitos que apresentamos na quarta parte. Aqui, a atenção centra-se na análise das estruturas comunitárias e no seu relacionamento com as estruturas locais da sociedade civil (ONGs) e com as estruturas não judiciárias do Estado. A quinta parte centra-se na análise do funcionamento das instâncias comunitárias de resolução de conflitos e a última na relação complicada — de colaboração e competição — entre as instâncias envolvidas na busca de soluções para os conflitos que marcam a sociedade timorense. Uma breve conclusão destaca a profunda interlegalidade que caracteriza o panorama das justiças em Timor-Leste e que tem gerado estruturas e mecanismos de justiça híbridos, que importa ter em atenção na construção do Estado timorense.

1. O Estado moderno e a **Kultura**: as hibridações jurídicas

O moderno estado-nação, imposto pela administração colonial portuguesa, e a narrativa da civilização e do progresso criaram uma divisão abissal entre a “tradição” e a “modernidade”⁶, à luz da qual são irrelevantes as culturas e as estruturas jurídicas e políticas dos e das timorenses. A herança dessa narrativa e das estruturas impostas fez-se sentir no pós-independência, no âmbito do projeto de construção de um Estado de direito que conferisse coesão à nação. Assim, em conformidade com as lógicas jurídicas eurocêntricas, foi estabelecida uma hierarquia jurídica muito difícil de romper, mesmo quando o pluralismo jurídico não é rejeitado: o direito moderno e suas estruturas são considerados indiscuti-

⁶ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide*. Boulder, CO: Paradigm, 2014.

velmente superiores a qualquer estrutura local, mesmo que ancestral. Assumindo a importância dos costumes, o texto constitucional timorense não deixa de refletir a hierarquia moderna que reserva o topo ao direito estatal, tendencialmente desvalorizando e invisibilizando outras legalidades.⁷ Perante este cenário, pensar a coexistência articulada de ordens jurídicas estatais e costumeiras e formas de resolução de conflitos judiciais e comunitárias é um desafio muito complexo.

Importa enfatizar que a aparente contradição entre as justiças comunitárias e o Estado, normalmente promovida pelo moderno Estado-nação, está na base do mito do “dualismo jurídico”, ou seja, a ideia de que nos Estados modernos independentes, fruto do encontro colonial, coexistem dois sistemas jurídicos paralelos, em permanente competição e hierarquicamente estruturados: o tradicional e moderno⁸. E nesta interação a justiça moderna é legitimada como superior, porque mais avançada, como vários trabalhos realizados em Timor-Leste discutem.⁹ Na prática, porém, não só o Estado timorense usa instituições e dispositivos de poder vernáculos, e por isso dotados de legitimidade local, como as

⁷ A Constituição da República de Timor-Leste (CRDTL) reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros (artigo 2, n. 4) sem questionar a hegemonia do direito formalmente definido pelo Estado. No mesmo sentido, o Código Civil estabelece que “as normas e os usos costumeiros que não contrariem a Constituição e as leis são juridicamente atendíveis” (artigo 2). A CRDTL atribui também aos juizes a exclusividade da função jurisdicional (artigo 121), mas prevê a possibilidade de formas não jurisdicionais de resolução de conflitos, embora sem especificar quais: “a lei pode institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos” (artigo 123, n. 5).

⁸ MARIA PAULA MENESES, “O Moderno e o Tradicional no campo das justiças: desafios conceptuais a partir de experiências africanas”, *Sociedade e Estado em construção: desafios do direito e da democracia em Angola.*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, JOSÉ OCTÁVIO VAN-DUNÉNE (org.) Coimbra: Almedina 2012, Pp 217-174.

⁹ Veja-se TANJA HOHE e ROD NIXON, *Reconciling Justice: ‘Traditional’ Law and State Judiciary in East Timor.* Washington, DC: United States Institute of Peace, 2003, disponível em <http://www.gsdr.org/docs/open/DS33.pdf>, acessado em maio de 2017; LAURA GRENFELL, “Legal Pluralism and the Rule of Law in Timor Leste”, *Leiden Journal of International Law* 19(2), 2006, Pp. 305–37; ROD NIXON, *Justice and governance in East Timor: indigenous approaches and the ‘new subsistence state.*, London: Routledge, 2013; e SUSAN MARX MARX, *Law and Justice in Timor-Leste. A survey of citizen awareness and attitudes regarding law and justice.* Díli: The Asia Foundation, 2013.

justiças comunitárias recorrem, de forma dinâmica, a elementos do direito moderno e do Estado para se fortalecerem. Tais situações de coexistência híbrida (envolvendo simultaneamente momentos de cooperação e de disputa do espaço sociojurídico) são elementos característicos da justiça em Timor-Leste. Para os cidadãos não existe uma escolha definitiva entre o Estado e a *kultura*, mas o recurso a instâncias com que se identificam e que creem capazes de solucionar os conflitos em que estão envolvidos. Em paralelo, vários atores, como os membros da polícia, representantes de vários departamentos do Estado, de organizações não-governamentais (ONGs) e alguns atores judiciais reconhecem o papel fundamental das instâncias locais — denominadas muitas vezes por *kultura* ou *lisan* ou autoridades tradicionais — e a necessidade de estarem envolvidas nos processos de resolução de conflitos, mesmo quando os casos estão a ser investigados e julgados nos tribunais.

As instâncias mais próximas dos cidadãos e das cidadãs em Timor-Leste encontram-se na comunidade e na família alargada, sendo especialmente relevantes as autoridades rituais e políticas da *Uma Fukun* ou *Uma Lisan*, os *li'a na'in*, os *katuas*, para citar algumas; as lideranças comunitárias, como os chefes de aldeia, chefes de suco, os *li'a na'in* de suco e os oficiais de polícia de suco; e as ONGs que funcionam ao nível da aldeia e do suco. Para além dessas estruturas, verificou-se que os cidadãos e as cidadãs procuram instâncias estatais não judiciais ao nível dos municípios para resolverem litígios. É o caso da Direção Nacional de Terras, Propriedades e de Serviço Cadastrais; dos pontos focais do Ministério do Interior e do Ministério da Solidariedade Social, ou ainda própria administração municipal. Em suma, fruto destes contactos, as ordens jurídicas em presença, longe de se manterem imutáveis, conhecem uma dinâmica de apropriação e transformação, uma realidade que Boaventura de Sousa Santos designa de interlegalidade, contrariando assim a ideia de dualismo jurídico¹⁰.

¹⁰ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, em *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, ob. citada, e *O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico*, ob. citada.

2. Justiça comunitárias Vs justiça do Estado: as contradições

Ainda que as múltiplas ordens jurídicas presentes em Timor-Leste se toquem e que a personalidade jurídica dos cidadãos e cidadãs seja híbrida, não pretendemos argumentar que existe perfeita harmonia entre as ordens jurídicas. Várias características do sistema judicial e da lei do Estado do país não correspondem às expectativas e conceções de justiça de uma parte importante da sociedade. No contexto dos vários grupos sociais e etnolinguísticos presentes, fazer justiça envolve o restabelecimento da honra da família da parte queixosa, da paz entre as famílias das partes envolvidas e entre os membros da comunidade. A justiça estatal, assente numa outra matriz cultural, destina-se a principalmente a ressarcir um indivíduo dos seus direitos e dignidade individual. Como explica Josh Trindade, numa entrevista realizada em Díli, em abril de 2017:

Mesmo que o interesse individual seja importante na aplicação da justiça tradicional, as pessoas não o consideram como mais importante porque valorizam mais o coletivo, isto é, o interesse mútuo entre a comunidade. Segundo o conceito tradicional, uma pessoa não consegue desenvolver-se sozinha. Existe uma ligação complexa com a família, os tios, os primos [...]. Um acontecimento cria um conflito entre duas famílias. Então, as duas famílias procuram formas para resolver o problema entre elas, com o fim de restabelecer a relação e poder interagir socialmente na vida diária. A justiça formal só atribui um castigo à pessoa que comete o crime e não reconcilia as famílias.

Em Timor-Leste, a exemplo de outros países, a agenda do Estado de direito promovida pela comunidade internacional foi interpretada localmente como estranha e distante, o que resulta num claro défice de legitimidade do sistema formal¹¹. As justiças comunitárias não são uma panaceia que desfaz todas as barreiras do acesso à justiça, mas apresentam vantagens em termos de proximidade para com os cidadãos e as cidadãs. Os sistemas de justiça comunitária tendem a) a assentar em

¹¹ LAURA GRENFELL, “Legal Pluralism and the Rule of Law in Timor Leste”, *Leiden Journal of International Law* 19(2), 2006 pp. 305–37; PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional: Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Vol. III*. Coimbra: Almedina, 2011, Pp. 97-120.

modos de resolução não adversariais e, nesse sentido, a ser emocional e culturalmente menos penalizadores; b) permitem a continuidade das relações quando os conflitos ocorrem no âmbito de relações multiplexas e não quebram os vínculos da comunidade; c) oferecem maiores garantias de subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, chegando à origem dos problemas e promovendo a restauração dos laços rompidos¹².

O direito moderno, centrado no indivíduo, foi desenvolvido em conformidade com os princípios e valores do projeto liberal e capitalista eurocêntrico; consequentemente nem sempre é compatível com as percepções não eurocêntricas de justiça, nomeadamente as que colocam a comunidade acima dos indivíduos e a reconciliação e pacificação do grupo acima da responsabilização individual. Esta questão é fundamental no contexto de Timor-Leste. Como afirma Daniel Simião,

Embora variem muito em forma de região para região, os modos locais de mediação — *o biti boot, ou nahe biti/lulun biti*¹³ — ou julgamento (adjudication) — *o tesi lia* — conservam uma preocupação comum: a reconciliação entre os grupos em conflito. Mais do que uma disputa entre pessoas, está em questão resolver um atrito entre famílias. [...] Os mecanismos locais para resolução desse tipo de conflito não tratam apenas de reparar um dano a alguém — em muitos casos nem sequer há essa intenção. O foco, menos do que na atitude individual que originou uma briga ou disputa, está sobre a quebra de um equilíbrio previamente existente — aquilo que Geertz define como a ‘quebra de um decoro’¹⁴.

¹² SARA ARAÚJO, *Ecologia de Justiças a Sul e a Norte, Cartografias Comparadas das Justiças Comunitárias em Maputo e Lisboa*. Tese de Doutoramento, Universidade de Coimbra.

¹³ Literalmente, “estender a esteira” e “enrolar a esteira”. No “nahe biti” a esteira é estendida, ou seja, as partes concordam em se sentar para discutir e encontrar uma solução para o conflito que as opõe. Metaforicamente a esteira simboliza a procura pelo reatar das ligações entre as partes em conflito e também entre a família alargada, linhagem ou clã. Babo-Soares (DIONÍSIO BABO-SOARES, “Nahe Biti: The Philosophy and Process of Grassroots Reconciliation (and Justice) in East Timor”, *The Asia Pacific Journal of Anthropology*, 5(1), 2004, Pp. 15–33) escreveu sobre a filosofia do “nahe biti”, descrevendo que entre os povos Mambai o entrelaçar das folhas de palmeira da esteira equivalem ao encontro entre as diferentes posições que opõem as partes e, portanto, ao consenso.

¹⁴ DANIEL SIMIÃO, “O feiticeiro desencantado: gênero, justiça e a invenção da violência doméstica em Timor-Leste”, *Anuário Antropológico*, 2005, Pp. 137.

Esta disjunção entre as diferentes concepções de justiça presentes na sociedade é espelhada no próprio léxico dos conflitos e nas suas tipologias, que apresentamos em seguida.

3. Os tipos de conflitos que marcam a sociedade timorense

A partir da análise dos depoimentos presentes nas entrevistas, os litígios mais frequentes nas justiças comunitárias são os conflitos em torno da propriedade e dos direitos de uso da terra, as situações de violência doméstica e as agressões físicas, uma realidade que é confirmada por outros estudos e relatórios¹⁵. Na origem destas três categorias de conflitos está uma grande diversidade de situações. As justiças comunitárias procuram frequentemente superar a distância entre o conflito processado e o conflito real, discutindo as causas anteriores à situação apresentada. Os depoimentos recolhidos mostram que, por exemplo, agressões físicas (simples e graves), incluindo tentativas de homicídio, violência doméstica, destruição de bens e de colheitas estão frequentemente relacionados com conflitos de terra, acusações de feitiçaria e outros conflitos de natureza social e política.

As expressões usadas para nomear os conflitos refletem as percepções do que é considerado justo/injusto pelas comunidades em Timor-Leste, dando conta dos comportamentos e situações que causam distúrbios nas relações entre pessoas, entre pessoas e ancestrais, entre pessoas e a natureza (ver quadro nº 1). Por exemplo, os casos de feitiçaria (*dun malu buan/ kaer ai kulit a'at*) são considerados pelos entrevistados como “questões da sociedade timorense”, aos quais o sistema judicial não dá resposta. São, no entanto, preocupações comuns e que estão na origem de agressões físicas e, por vezes, homicídios.¹⁶ Nos casos de violência doméstica, as várias expressões utilizadas são ambíguas na definição da culpa e da gravidade, sendo frequentemente classificados como disputas

¹⁵ ROD NIXON, MARK GRIFFIN e EDWAR REES, *Ba Distrito Baseline Survey 2014: Local Governance and Access to Justice in Timor-Leste*. Díli, Timor-Leste: Counterpart International & Social Science Dimensions, 2014; THE ASIA FOUNDATION, *Timor-Leste Law & Justice Survey 2013*. Díli, Timor-Leste: The Asia Foundation, 2013.

¹⁶ Entrevistas com: Lideranças comunitárias, Ermera, dezembro de 2016; Diretor da Polícia Comunitária, Díli, maio de 2017; Diretor, *Departamentu Hari'i Pás no Koezaun Sósial*, DNDS, Ministério da Solidariedade Social, Díli, maio de 2017.

entre o casal ou desequilíbrio na casa (*Fe'en ho La'en istori malu* ou *Bikan ho kanuru tarutu iba uma laran*¹⁷). São, pois, necessários estudos mais aprofundados que revelem as histórias de conflito numa perspectiva de longo-prazo, permitindo clarificar as causas do mal-estar social gerado por diversos fatores sociais, políticos e económicos.

O quadro nº 1 sistematiza as expressões que foram sendo repetidas ao longo das entrevistas e que espelham os conflitos e desequilíbrios vividos pelas comunidades.

Quadro nº 1



Léxico dos conflitos mais mencionados nas entrevistas, em Língua Tétum

As questões de terra envolvem disputas que transitam por várias gerações sobre uso e posse da terra. Frequentemente têm origem em conflitos provocados pelas intervenções do colonialismo português e indonésio¹⁸. Estas intervenções estão hoje no centro de acesas disputas pela definição dos limites (*balizas*) da terra entre membros da mesma família,

¹⁷ “Discussões entre mulher e homem” e “Pratos e colheres fazem barulho na casa”.

¹⁸ DANIEL FITZPATRICK e SUSANA BARNES, “The Relative Resilience of Property: First Possession and Order Without Law in East Timor”, *Law & Society Review*, 44(2), Pp. 209-10.

entre famílias, aldeias e sucos. Por outro lado, estas disputas refletem heranças de conflitos políticos durante a luta pela independência, bem como das lutas políticas mais recentes que ocorreram no contexto da introdução de um sistema democrático multipartidário que criou crises e muitas fraturas sociais¹⁹, uma realidade complexa que merece maior atenção. Por exemplo, as disputas de terras envolvem queixas de ocupação, pelos veteranos, de terras reclamadas por familiares de timorenses que pertenceram a grupos pró-autonomia.²⁰ As disputas partidárias²¹ também são relatadas como causas de alguns conflitos de terras, violência física entre grupos e outros tipos de conflitos (ver quadro n° 2).

Refletindo as aceleradas mudanças sociais introduzidas pela maior abertura do país a influências externas, em particular através da presença de ONGs internacionais e mesmo da tecnologia (designados por *problema teknolojia*, *smartphone* ou *facebook*), existem tensões sociais (em particular sobre os papéis de género e as relações intergerações) e dificuldades em lidar com problemas “novos” que desafiam a autoridade instituída (autoridades familiares, autoridades rituais e políticas locais, Igrejas). A violência doméstica, a violência sexual, a gravidez na adolescência, a disputa de paternidade, as queixas de adultério e “abandono” da mulher e filhos,²² são conflitos que refletem estas mudanças sociais, levando as lideranças comunitárias a reconhecer falta de meios e capacidade para a prevenção e resolução destes conflitos e a pedir que as instituições do Estado tenham maior presença e capacidade de intervenção.²³

A dimensão económica destes conflitos é frequentemente invocada pelos entrevistados,²⁴ em particular nos casos de conflitos de terras e de

¹⁹ MARISA RAMOS GONÇALVES, *Intergenerational perceptions of human rights in Timor-Leste: memory, kultura and modernity*, Doctor of Philosophy thesis, University of Wollongong, School of Humanities and Social Inquiry, Australia.

²⁰ Entrevistas com Diretor, Direção Terras e Propriedades, Manufahi, março de 2017; Funcionário da administração municipal de Covalima, março de 2017.

²¹ Entrevistas com Comandante da PNTL de Ainaro, março de 2017; lideranças comunitárias de Bobonaro, abril de 2017.

²² Problemas referidos nas entrevistas, em todos municípios.

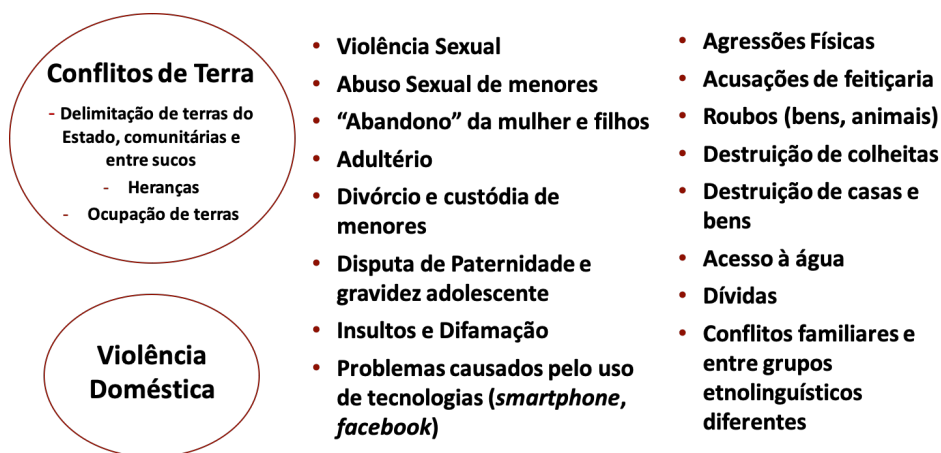
²³ Entrevistas com: lideranças comunitárias de Oé-cussi-Ambeno, abril de 2017; *Li'a na'in* de suco em Díli, março de 2017; Diretora de uma *Uma Mabon*, março de 2017.

²⁴ Referem-se, por exemplo, à inadequação das provisões da lei da violência doméstica na proteção das mulheres que decidem apresentar queixa dos seus maridos e

violência doméstica. A questão do desemprego jovem (masculino) é associada aos conflitos e agressões físicas entre jovens; no entanto este tipo de conflito pode ter na sua origem questões de rivalidade política ou entre famílias, conflitos de terra, potenciadas pelo abuso do consumo de álcool.

Por outro lado, as mudanças introduzidas pelos empreendimentos de megaprojetos de infraestruturas, no Suai e na Região Administrativa Especial de Oé-cussi-Ambeno (RAEOA), e a entrada de investidores estrangeiros na capital Díli e noutras sedes de município, tem vindo a alterar substancialmente a dinâmica socioeconómica da vida das comunidades, em particular no que diz respeito às questões do uso e posse da terra. O sucessivo adiamento da aprovação da Lei de terras para uma regulação efetiva de todo o conjunto de situações, levou a que este projeto de lei tivesse sido objeto de muitas questões e dúvidas entre os entrevistados. Esta lei acabou por ser aprovada a 1 de junho de 2017 pelo Presidente Francisco Guterres “Lu Olo”, mas as dúvidas sobre a sua melhor forma de implementação prevaleceram, como referem alguns depoimentos e conversas mantidas.

Quadro nº 2



Quadro-resumo dos principais conflitos

que serão mais uma vez penalizadas com as consequências económicas de um divórcio que as deixa sem recursos económicos para si e os seus filhos.

4. Mapeamento das instâncias comunitárias de resolução de conflitos

Os processos de mediação e resolução de conflitos levados a cabo nas comunidades oferecem vantagens aos e às timorenses no que diz respeito à proximidade humana ou cultural, geográfica e temporal. As estruturas locais expressam-se numa língua e numa linguagem familiares aos e às timorenses e em normas que são culturalmente partilhadas e compreensíveis. Já as estruturas judiciárias do Estado são, regra geral, um espaço distante da maioria da população. A linguagem do direito estatal, redigido maioritariamente em língua portuguesa, que poucos timorenses dominam, cria, em si mesma, barreiras no acesso à justiça judicial.

Em termos socioculturais, excluindo as estruturas judiciárias, há três grandes espaços onde os conflitos são apresentados em busca de uma solução: o espaço da família alargada (*Fetosa'a-Umane*); o espaço da comunidade e o espaço do Estado-nação. Neste artigo a análise centra-se na comunidade e na relação desta com a sociedade civil (através de ONGs) e com estruturas formais do Estado.

4.1. A comunidade: a estrutura dos sucos e as lideranças comunitárias

Em Timor-Leste as lideranças comunitárias desempenham um papel central na administração das aldeias e sucos e, também, na resolução de litígios. Referimo-nos a estruturas eleitas pela população e a quem o governo atribui funções de mediação e resolução de conflitos — chefes de aldeia, chefes de suco e toda a sua estrutura (incluindo um *li'a na'in*²⁵ eleito pelo conselho de suco). Apesar das competências e do modo de funcionamento dos sucos estarem regulamentadas por lei²⁶ e de estas lideranças terem recebido apoios financeiros e formação no an-

²⁵ O *Li'a na'in* identifica aquele que ‘tem’ a palavra, ou seja, aquele que obtém, através dos antepassados, o conhecimento da história da sua comunidade. No contexto aqui referido, trata-se de pessoas que são reconhecidas, pela comunidade, como tendo conhecimento profundo das normas que regem as relações socioculturais dessa comunidade.

²⁶ Lei dos Sucos 9/2016, de 8 de julho.

terior mandato,²⁷ a estrutura dos sucos não integra a função pública e o seu estatuto jurídico é o de associação.²⁸

O conjunto de funções e competências que lhes é conferido é particularmente alargado tendo em conta que os sucos são entidades externas à estrutura da administração pública. Destacamos as funções atribuídas aos sucos de “promover a resolução de conflitos que surjam entre os membros da comunidade ou entre aldeias, de acordo com os usos e costumes da comunidade e o respeito pelo princípio da igualdade”, a de “sensibilizar e mobilizar os membros da comunidade para a erradicação da violência doméstica do seio da comunidade”²⁹ e, ainda, as funções previstas para os chefes de aldeia e chefes de suco de “intervir na resolução de disputas entre aldeias do suco”.³⁰ A perceção dos próprios chefes de suco e de aldeia sobre as suas funções foi invariavelmente discutida nas entrevistas de grupo realizadas. Os depoimentos recolhidos revelam, com frequência, um descontentamento face ao não reconhecimento “formal” pelo Estado dos papéis que estas lideranças comunitárias desempenham, efetivamente, na área de mediação e resolução de conflitos. Como nos explica um Chefe de suco no município de Manufahi,

É através da *kultura* que nós somos eleitos, como lideranças comunitárias do suco. A eleição para o conselho de suco não é uma eleição partidária, mas é pela *kultura* que nos candidatamos. A *kultura* é muito forte [aqui]. Nós não estamos aqui apenas para usar as leis da *kultura*, nós também encaminhamos os casos para a lei formal. A lei não nos dá competências para tomar decisões, mas para promover a mediação entre as duas partes.³¹

Os chefes de suco e de aldeia e os *li'a na'in* de suco articulam-se com os membros da comunidade a quem uma legitimidade ritual ou social é reconhecida, como é o caso dos *li'a na'in kultura* ou *katuas li'a na'in* (autoridades que são vistas localmente como parte “informal” da estru-

²⁷ Os chefes de suco e chefes de aldeia entrevistados foram eleitos em novembro de 2016. Nas entrevistas, foi referido que desde então aguardavam instruções mais específicas, formação e financiamento para as suas atividades.

²⁸ Lei dos Sucos 9/2016, de 8 de julho, art. 4.º.

²⁹ Lei dos Sucos 9/2016, de 8 de julho, art. 6º, n.º 1, alínea a).

³⁰ Lei dos Sucos 9/2016, de 8 de julho, art. 23º, n.º 1, alínea p).

³¹ Entrevista com lideranças comunitárias do município de Manufahi, realizada em março de 2017.

tura judicial). Os *li'a na'in kultura* envolvem-se numa fase inicial da mediação dos conflitos, ao nível da família — pertencem às *Uma Fukun* das partes em litígio —, depois ao nível da aldeia e, por último, podem ser chamados para a mediação ao nível do suco.

Alguns chefes de suco sublinharam essa ligação,

Nós já tínhamos a lei *kultura*, que não é escrita, mas que os nossos antepassados já usavam. É uma técnica de Timor-Leste que temos de respeitar. Não sei se a geração mais jovem a aceitará, mas por agora tem de ser respeitada. De acordo com o tempo dos nossos avós, quando acontecem conflitos, uma das partes apresenta queixa à *Uma Fukun*, ao *li'a na'in*, [depois] ao conselho de suco eleito, ao chefe de aldeia, ao chefe de suco. Agora existem também os delegados e delegadas. Temos de resolver de acordo com o processo *kultura*.³²

Existem, por isso, estruturas e procedimentos híbridos de resolução de conflitos ao nível das comunidades, que integram características de uma justiça que é designada por “justiça tradicional”, *lisan* ou por *kultura*, e elementos introduzidos através da eleição de lideranças comunitárias que recebem formação de ONGs internacionais e locais, departamentos do governo, e cujas competências são objeto de legislação pelo Estado. Conclusões semelhantes estão presentes noutros estudos realizados em Timor-Leste sobre esta temática.³³

Durante este estudo foi possível analisar a grande flexibilidade e diversidade em termos de mecanismos e procedimentos utilizados nas justiças comunitárias, reflexo quer da diversidade das tradições culturais dos grupos etnolinguísticos, quer da influência dos atores políticos nacionais e das agências internacionais, acima mencionados.

Os facilitadores e líderes dos processos das justiças comunitárias variam de local para local, dependendo de fatores como a legitimidade que lhes é reconhecida na comunidade e a personalidade dos próprios líderes e facilitadores. Se na antiga estrutura tradicional de resolução de conflitos se atribuía exclusivamente aos *li'a na'in* das respetivas *Uma Fukun* ou *lia na'in kultura* o papel de facilitar o processo de conciliação e

³² Entrevista com lideranças comunitárias do município de Manufahi, março de 2017, Same

³³ Reunião com a Coordenadora e equipa da Ba Distritu/ Mai Munisipiu, dezembro de 2016, Díli.

resolução de um conflito, usualmente através de uma cerimónia *nabe biti*, e de um processo *tesi lia*, agora as formas de justiça comunitária que nos foram apresentadas são múltiplas e incluem variantes destes modelos.

Desde já, destaca-se a importância dos chefes de aldeia e chefes de suco, outros membros do conselho de suco, e mesmo outras pessoas de reconhecida legitimidade comunitária na facilitação destes processos, cabendo à figura de *li'a na'in de suco* (eleito pelo conselho de suco)³⁴ o papel de liderar o processo de mediação/conciliação. Apesar de verificarmos que, frequentemente, os *li'a na'in de suco* eleitos são escolhidos por serem *li'a na'in kultura*, ou seja, por pertencerem a uma linhagem de líderes rituais com “o poder de falar”, registámos alguns casos em que tal não acontece. Em particular, nas zonas urbanas de Baucau e Díli,³⁵ os *li'a na'in de suco* não são *li'a na'in kultura*. Foram escolhidos para integrarem o conselho de suco por serem pessoas com legitimidade na comunidade, usualmente com formação e/ou experiência na facilitação de mediação e resolução de conflitos.

Por outro lado, em grande parte das áreas rurais, incluindo na Região Especial Administrativa de Oé-cusse-Ambeno, verificámos a importância do *li'a na'in kultura* e, por esse motivo, a maioria dos *li'a na'in de suco* são também *li'a na'in kultura*. Em Oé-cusse-Ambeno, os *li'a na'in kultura* detêm uma função central na mediação e resolução de conflitos, em particular nas disputas de terras.³⁶ Para além disso, a sua função articula-se também com os chefes de bairro, em conflitos que saem da esfera da família, depois ao nível dos chefes de aldeia e, por último, dos chefes de suco.³⁷ Nesta região, a estrutura tradicional é distinta de outras partes do país e ainda prevalecem, de acordo com os depoimentos recolhidos nas entrevistas, os *usif* (*liurais*), os *naijuf* (administradores de áreas mais circunscritas), bem como os *tobe* (gestores de recursos naturais e ambientais, administrados pelos *naijuf*). No seu conjunto são lideranças

³⁴ Composto por: o Chefe de suco, os Chefes de aldeia do suco, dois (uma e um) representantes da juventude, assim como delegados e delegadas de cada aldeia.

³⁵ Entrevistas com: Chefe de suco e *li'a na'in* em Baucau, março de 2017; Chefes de sucos e *li'a na'in* em Díli, março a maio de 2017.

³⁶ Entrevistas com o Presidente da Autoridade da RAEOA/ZEESM e Secretário Regional para o Ordenamento do Território e Cadastro da RAEOA, de abril de 2017, Pante Makassar.

³⁷ Entrevistas com Lideranças comunitárias de Oé-cusse-Ambeno, abril de 2017.

que continuam a deter legitimidade nas suas comunidades.³⁸

Fora das áreas urbanas como Díli, Baucau e de sucos com elevado grau de conflitualidade como no município de Covalima, apesar de não existirem estatísticas fiáveis, as entrevistas dão conta que uma parte significativa dos conflitos é resolvida ao nível da aldeia e das famílias, onde os *li'a na'in kultura* continuam a ser respeitados, não chegando ao nível de suco. Apesar disso, o papel do chefe de suco e do chefe de aldeia, em articulação com os *li'a na'in de suco*, é de cada vez maior preponderância na resolução de conflitos, refletindo as funções que lhes são atribuídas pela administração estatal e as influências da formação recebida por organizações não-governamentais (ONGs) nacionais e internacionais.

b) O papel das ONGs

Para além das estruturas tradicionais, existem diversas organizações não governamentais, locais e internacionais, que desempenham serviços de apoio ao acesso à justiça que usualmente seriam da responsabilidade do Estado.

Os programas da ONG timorense *Belun* no âmbito da formação em técnicas de mediação, destinados às lideranças comunitárias, são referidos pelos chefes de suco em todo o território. Em 2017, teve início o projeto “*Klinika Assesu ba Justisa*”, realizado em parceria com a Defensoria Pública, com enfoque nas áreas judiciais de Baucau e Covalima, e cujas atividades incluem a formação das lideranças comunitárias e membros da comunidade em mediação e métodos alternativos de resolução de conflitos, em particular disputas de terra.³⁹

Outras ONGs locais, como a *ALFELA*, *FOKUPERS*, *PRADET*, *JSMP*, *Liberta*, *Fundasaun Fatuk Sinai* (Oé-cussi-Ambeno), desempenham papéis importantes na monitorização da aplicação da justiça judicial e no apoio jurídico, de saúde física e mental e de reinserção social às vítimas e partes envolvidas nos conflitos, com principal destaque para o apoio as

³⁸ Ver explicação destas estruturas em Taçain, Bacun, e Almeida (2016:58–60).

³⁹ Entrevistas com: a Direção da *Belun*, dezembro de 2016, Díli; pontos focais da *Belun* nos municípios, entre março e abril de 2017; membros da Rede de Prevenção de Conflitos da *Belun*, março de 2017, Viqueque.

mulheres que sofreram violência doméstica.⁴⁰

Para além destes atores locais, diversas organizações não-governamentais e agências internacionais, têm participado nos últimos dezasseis anos da independência de Timor-Leste no apoio ao desenvolvimento de políticas e formação, quer no setor judicial do Estado quer nas instâncias do Governo e da comunidade com papel na mediação e resolução de conflitos. Destacam-se organizações como a *The Asia Foundation* e o programa *Ba Distritu/Mai Munisipiu*, que têm o apoio das agências de cooperação dos EUA e Austrália.⁴¹ A formação à Polícia Nacional de Timor-Leste (PNTL), em particular a polícia comunitária, tem contado com o apoio das agências de cooperação do Japão e da Nova Zelândia (*JICA* e *NZAID*, respetivamente).⁴² Por outro lado, as Nações Unidas (PNUD e a UN Women), assim como outras agências de cooperação, têm vindo a apoiar os programas levados a cabo pelos departamentos do Ministério do Interior, Ministério da Justiça e Ministério da Solidariedade Social de prevenção e resolução de conflitos na comunidade, bem como para uma melhor articulação entre os setores de justiça do Estado e das comunidades.⁴³

4.2. As estruturas não judiciárias do Estado

Algumas estruturas não judiciárias do Estado são também parte da complexa e densa rede timorense de mediação e resolução de conflitos: a Polícia Nacional de Timor-Leste, já referida, assim como alguns depar-

⁴⁰ Entrevistas com: membros da Rede Feto, dezembro de 2016, Díli; Diretora da *ALFELA*, março de 2017, Díli; Técnica da *FOKUPERS*, Maliana, abril de 2017; Diretor, *Fundasann Fatuk Sinai*, abril de 2017; Técnica da *PRADET*, Oé-cussi-Ambeno, abril de 2017.

⁴¹ Reunião com a Coordenadora e equipa da *Ba Distritu/ Mai Munisipio*, dezembro de 2016, Díli; entrevista com a Coordenadora local da *Asia Foundation*, dezembro de 2016, Díli.

⁴² Entrevistas com: Diretor Nacional da Polícia Comunitária, Díli, maio de 2017; Segundo Comandante da PNTL, Baucau, março de 2017; Comandante da PNTL, abril de 2017, Bobonaro.

⁴³ Entrevistas com: Diretor, DHPKS, DNDS, Ministério da Solidariedade Social, maio de 2017; Diretora, *DPKK*, Ministério do Interior, maio de 2017, Díli.

tamentos do Governo: Diresaun Nasional de Terras e Propriedades do Ministério da Justiça; Departamento Hari’i Pás no Koezaun Sósial (DHPKS) do Ministério da Solidariedade Social; Diresaun Nasional Prevensaun Konflitu Komunitáriu (DPKK) do Ministério do Interior. A atual configuração desta rede de serviços de justiça descentra o foco do Estado do setor judicial formal para os departamentos governamentais envolvidos em programas de “construção da paz” e “diálogo comunitário”.

Diversas instituições governamentais têm departamentos e programas direcionados para a prevenção e a resolução de conflitos na comunidade, como é o caso dos departamentos DHPKS e DPKK. Ambos os departamentos gerem programas com membros das comunidades, os quais atuam como pontos focais em rede. A sua função é a de relatar potenciais conflitos nas comunidades, recolher dados sobre os conflitos e atuar como mediadores de conflitos. Trabalham, ainda, na promoção de soluções de reconciliação na comunidade, promovendo cerimónias tradicionais, organizando *tara bandus* ou usando técnicas importadas, como o Teatro do Oprimido (em particular, no Ministério da Solidariedade Social).⁴⁴

É comum encontrar pessoas que gerem ONGs locais ou que são chefes de suco e que, simultaneamente, assumem o papel de pontos focais e de mediadores dos departamentos/direções dos ministérios. São pessoas com potencial e aceitação na comunidade para mediar conflitos e que, ao mesmo tempo, assumem funções de liderança. No caso das mulheres com quem falámos, as suas funções envolvem igualmente a dinamização de atividades de empoderamento das mulheres locais e de apoio a vítimas de violência.⁴⁵

A DPKK do Ministério do Interior tem promovido, em colaboração com o *Okinawa Peace Assistance Centre*, e a partir de um financiamento da Agência Japonesa de Cooperação (*JICA*), ações de formação em métodos de mediação e resolução de conflitos ao nível da comunidade.

⁴⁴ Entrevistas com: Diretor do DHPKS, DNDS, Ministério da Solidariedade Social, maio de 2017, Díli; Diretora, DPKK, Ministério do Interior, maio de 2017, Díli.

⁴⁵ Entrevistas com: Ponto focal do Ministério Interior e do Ministério da Solidariedade Social de Baucau, março de 2017; ponto focal do Ministério da Solidariedade Social em Viqueque, março de 2017; ponto focal do Ministério da Solidariedade Social de Ainaro, março de 2017; Diretora da Fundação *Moris Foun*, abril de 2017, Maliana.

de.⁴⁶ Os Chefes dos sucos mais populosos em Díli referiram esta formação e a aplicação de métodos de mediação apreendidos nestas formações. Para além disso, sublinharam ter participado em projetos dinamizados pelo centro Japonês em colaboração com a DPKK/ Ministério do Interior, integrando uma rede de prevenção de conflitos dinamizada por esta Direção.⁴⁷

A Polícia Nacional de Timor-Leste (PNTL) desempenha um papel fundamental em várias vertentes da prevenção, segurança e investigação dos conflitos. Em particular, a polícia comunitária, com a presença de oficiais de polícia de suco em praticamente todos os sucos existentes, é referida como uma ajuda importante na divulgação das leis e mecanismos da justiça formal do Estado, bem como na prevenção e manutenção da segurança ao nível das comunidades, participando ainda, na procura de uma solução para conflitos que eclodem na comunidade. Para além disso, as unidades de investigação da Polícia e de apoio às vítimas de crimes como a UPV (Unidade de Pessoas Vulneráveis), são departamentos que se articulam com os comandos municipais no apoio ao sector de justiça. Outra das suas funções é funcionar como “ponte” entre as lideranças comunitárias e o sector de justiça do Estado — o Ministério Público, a Defensoria Pública e os Tribunais.⁴⁸

Como mostrámos, os/as cidadãos/cidadãs timorenses têm disponível uma rede de opções para resolução de conflitos. Esta pode usada em função das situações e da perceção dos litigantes sobre cada uma das instâncias. Em função do tipo de conflito, das possibilidades económicas, da informação disponível e da capacidade das instâncias para alcançarem consensos reais, os e as timorenses circulam entre as instâncias que poderão trazer mais benefícios, uma solução mais rápida, com menos custos e com menos impactos negativos sociais, podendo até recorrer a mais do que uma instância no âmbito do mesmo conflito. Este modo instrumental de uso da rede não é inédito e foi designado na lite-

⁴⁶ Entrevista com a Diretora, DPKK, Ministério do Interior, maio de 2017, Díli.

⁴⁷ Entrevistas com Chefes de suco em Díli, março e abril 2017, Díli.

⁴⁸ Para uma leitura crítica sobre o papel das UPV e da problemática dos direitos das mulheres, ver MENESES *et. al.*, *Para uma Justiça de Matriz Timorense: o contributo das Justças Comunitárias*. Díli, Timor-Leste: CRL - Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça e CES - Centro de Estudos Sociais, 2017.

ratura do pluralismo jurídico por *forum shopping*⁴⁹.

O quadro nº 3 identifica as principais instâncias a que os timorenses recorrem na procura de uma solução para os conflitos, bem como indica a especificidade dos seus papéis.

Quadro nº 3

Atores/ Instância	Papel
Família alargada (<i>Uma Lisan/ Feto-sa'a-Umane</i>): Conselho de anciãos, <i>li'a na'in kultura</i> , pessoas com autoridade na família	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mediação e/ou Conciliação ▪ Procura consensos e o reequilíbrio da comunidade
Lideranças Comunitárias: <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Li'a Na'in kultura</i>, Chefe de Aldeia; ▪ Chefe de Suco; <i>Li'a Na'in</i> de Suco; Membros Conselho de Suco 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mediação e/ou Conciliação ▪ Procura consensos e o reequilíbrio da comunidade ▪ Ponte com estruturas de Estado ▪ Ponto de Informação ▪ Monitorização e Avaliação da Reintegração de Vítimas
Oficiais de Polícia de Suco	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Observação ▪ Função de Segurança ▪ Ponto de Informação ▪ Transferência de casos para a Unidade de Pessoas Vulneráveis (UPV) e para investigação ▪ Monitorização e Avaliação da Reintegração de Vítimas
Pontos Focais do Ministério do Interior e do Ministério da Solidariedade	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mediação ▪ Transferência de casos para a Unidade de Pessoas Vulneráveis (UPV) e para investigação ▪ Monitorização e Avaliação da Reintegração de Vítimas
Representantes das Igrejas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conciliação e aconselhamento em questões familiares e de conflito social ▪ Prevenir a separação de casais e situações de abandono dos filhos

⁴⁹ KEEBET VON BENDA-BECKMANN, 1981, “Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in Minangkabau Village”, *Journal of Legal Pluralism* (19), 1981, Pp.117–59.

Atores/ Instância	Papel
Outras figuras com legitimidade na comunidade: <i>Liurais</i> , Veteranos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conciliação ▪ Participam nas reuniões de aldeia e de suco ▪ Procuram consensos e o reequilíbrio da comunidade
Polícia (Unidade de Pessoas Vulneráveis — UPV; Unidade de Investigação)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Apoio às vítimas (legal, proteção, saúde) ▪ Investigação dos casos
ONG's (<i>Belun, Pradet, FOKUPERS, ALFELA, JSMP</i> , outras ONG's locais)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mediação ▪ Transferência de casos para a Unidade de Pessoas Vulneráveis (UPV), investigação ▪ Ponto de Informação ▪ Monitorização e Avaliação da Reintegração de Vítimas
Direção de Terras e Propriedades	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mediação ▪ Observador nos processos de conciliação a nível de suco ▪ Consultivo, ponto de informação
Defensoria pública	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mediação ▪ Averiguação dos casos e possível “homologação” acordos obtidos na comunidade ▪ Defesa de casos civis
Tribunais	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Consideração e possível “homologação” de acordos obtidos na comunidade ▪ Decisões
ONG's e Agências Internacionais: <i>The Asia Foundation, Ba Distrutu/Mai Munisipi</i> (Counterpart), Programas de Formação à Polícia (<i>JICA, NZAID</i>)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Definição de Políticas ▪ Formação dos atores em diversas áreas ▪ Articulação entre as estruturas do Estado e autoridades comunitárias ▪ Produção de relatórios e estatísticas

5. O funcionamento das justiças comunitárias

Compreender o funcionamento destas justiças comunitárias passa por entender como se processa a negociação e construção das soluções; que tipo de decisões são tomadas (vinculativas ou não vinculativas); se a presença das partes é voluntária ou obrigatória; qual o tipo de legitimidade que as soluções/resoluções obtêm; e como se processa o acompanhamento após resolução. Do ponto de vista estritamente “legal”, as estruturas extrajudiciárias de resolução de conflitos são uma jurisdição

voluntária. Consequentemente, a eficácia das decisões depende sempre da aceitação de todas as partes envolvidas no conflito.

As autoridades comunitárias referem-se usualmente a estes processos como mediação, a que se segue uma cerimónia de *nabe biti*, onde se consagra o acordo, a reconciliação entre as partes. Existem diferenças nestes processos entre os sucos das áreas rurais e urbanas, sendo que, nos últimos, as populações têm proveniências etnolinguísticas diferentes e pertencem normalmente a *Uma Fukun* que se situa em municípios distintos. É interessante, no entanto, verificar que, em Díli, existem Chefes de suco que recorrem a *katuas li'a na'in* (anciãos que vivem em Díli e que pertencem a linhagens de *li'a na'in kultura* nos seus locais de origem) para mediar disputas com membros das mesmas áreas geográficas e culturais.⁵⁰ Em Díli, é possível reconhecer estruturas híbridas que misturam elementos da *lisan* com influências de princípios da Igreja Católica e de programas de formação de agências internacionais e locais.⁵¹ Exemplo disto é a designação do Chefe de suco de Becora para a sua sede de suco — *Uma Adat Becora* — ou seja, a casa sagrada de Becora, um paralelismo com a estrutura costumeira de governação local.

Apesar do termo mediação de conflitos ser usado para referir os processos de justiça comunitária, não se trata necessariamente de mediações no sentido usado pelo movimento ocidental de resolução alternativa de conflitos. Com efeito, foi possível perceber nos discursos dos líderes comunitários entrevistados que é exercida pressão sobre as partes, a partir de preceitos morais, para que se chegue a uma resolução do conflito. No entanto, como já mencionado, as lideranças comunitárias têm recebido formação específica sobre técnicas de mediação. Como resultado, nas entrevistas alguns líderes comunitários referem processos em que não há lugar à sugestão de qualquer solução ou pressão para chegar a um acordo, deixando às partes a opção de avançarem com propostas de resolução.⁵²

Não havendo formalmente recurso de umas instâncias para outras, existe uma lógica de “escada”. Esta “escada”, referida em várias entre-

⁵⁰ Entrevistas com: Chefes de suco em Díli, março e abril de 2017.

⁵¹ Entrevistas com os Chefes de suco e *li'a na'in* em Díli, março a maio de 2017.

⁵² Entrevistas com: *Li'a na'in* e Chefes de suco em Díli, março e abril de 2017; Chefe de suco e *li'a na'in* em Baucau, março de 2017; Chefe de suco em Maliana, abril de 2017.

vistas, começa no nível mais próximo das pessoas (família alargada ou *Uma Fukun/Uma Lisan*), sobe ao nível de aldeia caso não tenha sido alcançada uma solução, e pode ir até ao suco se o entendimento não for alcançado. Não se trata de um percurso obrigatório, sendo que as partes em litígio devem querer participar nos vários níveis de mediação na comunidade. É possível encontrar este sistema em todo o país, mas existem variações de comunidade para comunidade.⁵³

Ao nível do suco, as mediações podem envolver múltiplos atores, nomeadamente o *li'a na'in* de suco, que lidera a mediação, o Chefe de suco, os delegados e delegadas do suco, os Chefes de aldeia do suco, os oficiais da polícia de suco (OPS), os *li'a na'in kultura* das famílias (*Uma Fukun*) envolvidos na disputa e outras pessoas com legitimidade na comunidade, como anciãos/anciãs, *liurais*, veteranos, membros da igreja, etc.⁵⁴

De acordo com o testemunho de um Chefe de suco,

Eu chamo os *katuas* das *Uma Lisan* de cada aldeia, em quem confio, a parte queixosa e a parte suspeita e depois faço um diálogo com eles [...] muitas vezes vou eu diretamente à aldeia, próximo do chefe de aldeia e dos *katuas* com influência na aldeia. Prefiro esta mediação do tipo familiar, para que o caso seja resolvido em família.⁵⁵

Consoante o tipo de conflito, o caso poderá ter o envolvimento posterior de outras instâncias, governamentais, da sociedade civil ou do sector da justiça. Por exemplo, no caso dos conflitos de terras, usualmente começa por haver uma mediação ao nível da aldeia, envolvendo

⁵³ Entrevistas com: Lideranças comunitárias de Ermera, dezembro de 2016; Lideranças comunitárias de Liquiçá, dezembro de 2016; Lideranças comunitárias de Aileu, dezembro de 2016; Lideranças comunitárias de Manatuto, dezembro de 2016; Lideranças comunitárias de Díli, março e maio de 2017; Lideranças comunitárias de Baucau, março de 2017; Lideranças comunitárias de Viqueque, março de 2017; Lideranças comunitárias de Lautém, março de 2017; Lideranças comunitárias de Manufahi, março de 2017; Lideranças comunitárias de Ainaro, março de 2017; Lideranças comunitárias de Maliana, Bobonaro, abril de 2017; Lideranças comunitárias de Atabae, Bobonaro, abril de 2017; Lideranças comunitárias de Oé-cussi-Ambeno, abril de 2017.

⁵⁴ Entrevistas com: Chefe de suco e *li'a na'in* de Baucau, março de 2017; lideranças comunitárias de Viqueque, março de 2017; lideranças comunitárias de Lautém, março de 2017; lideranças comunitárias de Manufahi, março de 2017; lideranças comunitárias de Ainaro, março de 2017; lideranças comunitárias de Atabae, Bobonaro, abril de 2017.

⁵⁵ Entrevista com lideranças comunitárias do município de Ainaro, março de 2017.

um *li'a na'in kultura* ou ancião conhecedor do historial da comunidade e das famílias que têm posse ou uso de determinadas terras.⁵⁶ O caso pode continuar a ser mediado ao nível do suco se não existir acordo, onde se reúnem, de novo, os vários intervenientes.

Normalmente, são feitas três tentativas de mediação, no fim das quais, se uma das partes não está de acordo, o caso é remetido para a Direção de Terras e Propriedades que tem pessoal dedicado à mediação (realizando, de novo, três tentativas) de conflitos de terras. Daqui poderá resultar um acordo ou, se este falhar, as partes poderão iniciar um processo em tribunal.⁵⁷ A decisão do tribunal será uma decisão vinculativa para as partes; no entanto, a ausência até recentemente de um regime legal para regular a posse e uso da terra tem, invariavelmente, dado origem a processos demorados ou à consideração de terras em disputa como terras do Estado.⁵⁸

Por outro lado, os casos de violência doméstica, referidos frequentemente como *violensia domestika, fe'en bo la'en istori malu, violensia ba oan/labarik*, são os conflitos mais sensíveis e muitas vezes referidos de forma indistinta como *problemas uma laran*.⁵⁹ É difícil estabelecer nos discursos dos entrevistados se se trata de discussões verbais casuais ou de agressões físicas e/ou psicológicas violentas e de maior gravidade. As entrevistas com técnicas das casas abrigo (*fatim hakmatek* e *uma mahon*) e ONGs que trabalham nesta área em vários municípios dão conta, no entanto, de situações de violência doméstica de extrema gravidade, que põem em risco a vida das mulheres, jovens e dos filhos a seu cargo.⁶⁰

Todas as lideranças comunitárias entrevistadas têm informação sobre a diferença entre casos de natureza civil, de natureza criminal e

⁵⁶ Entrevistas com: lideranças comunitárias de Ainaro, março de 2017; lideranças comunitárias de Manufahi, março de 2017; lideranças comunitárias de Oé-cussi-Ambeno, abril de 2017.

⁵⁷ Entrevistas com: Chefe de suco em Maliana, Bobonaro, abril de 2017; Diretor, Direção Terras e Propriedades, Manufahi, março de 2017; Secretário Regional para o Ordenamento do Território e Cadastro da RAEOA, abril de 2017.

⁵⁸ Entrevistas com: Diretor, Direção Terras e Propriedades, Manufahi, março de 2017; Pessoal de apoio ao suco, Maucatar, Covalima, março de 2017.

⁵⁹ Problemas de casa da família.

⁶⁰ Entrevistas com: Diretora de uma *Uma Mahon*, março de 2017; Técnicas de uma *Uma Mahon*, abril de 2017; Técnicas de uma *Fatim Hakmatek* PRADET, abril de 2017.

entre crimes públicos e semipúblicos. Se em alguns casos os chefes de suco e *li'a na'in* afirmam não mediar casos de violência doméstica, dado que a lei os inibe dessa competência porque se trata de um crime público, vários entrevistados admitiram que estes casos são frequentemente mediados pelos *li'a na'in* ou membros mais velhos das famílias (usualmente irmãos ou tios da vítima) ou mesmo ao nível da aldeia. Este assunto foi debatido acesamente, já que de acordo com estas lideranças comunitárias,⁶¹ trata-se de um conflito mediado primeiramente nas famílias e, depois nas comunidades, antes de chegar à polícia e ao Ministério Público.

Se existir uma queixa de um crime, os chefes de suco têm a obrigação de encaminhar os casos para a polícia, e posteriormente ao Ministério Público. O caso poderá eventualmente “voltar atrás” antes de chegar ao tribunal, para ser resolvido num dos níveis da comunidade (exceto nos crimes públicos). Todavia é necessário existir um acordo (*akordu/deklarasaun dame, simu malu*), assinado pelas partes envolvidas no conflito e pelos demais que participam da mediação.⁶²

Os acordos (*deklarasaun dame*), assinados entre as partes e pelos intervenientes envolvidos na mediação ao nível da aldeia ou do suco, são guardados nas sedes de suco. Normalmente é enviada uma cópia do acordo à polícia comunitária. Os chefes de suco referem que estes acordos servem como comprovativos da aceitação do resultado da mediação, em que as partes se comprometem a aceitar os termos da mediação e a não voltar a entrar em conflito. Ou, no caso de existir um suspeito e uma vítima, em que o suspeito se compromete a não incorrer nas mesmas práticas.⁶³ Por vezes, associados a estes acordos, são pedidos montantes exagerados de “multas”. Algumas partes recorrem da decisão à Defensoria Pública, que procura mediar o impasse, normalmente propondo uma redução do montante, sempre que este for considerado exagerado em função do conflito e do contexto.⁶⁴

⁶¹ Deve referir-se que as entrevistas foram compostas praticamente apenas por homens, refletindo a composição de género das lideranças comunitárias existente no país. No entanto, procurou-se contrabalançar esta prevalência com entrevistas a mulheres de ONGs locais, de casas abrigo e pontos focais do governo.

⁶² Entrevista com Chefe de suco em Maliana, Bobonaro, abril de 2017.

⁶³ Estes procedimentos são referidos por todas as lideranças comunitárias entrevistadas, bem como por membros da PNIL e pontos focais do Governo e ONGs locais.

⁶⁴ Entrevista com o Defensor Público, Oé-cussi-Ambeno, abril de 2017.

Há lugar, em alguns casos, a uma cerimónia *nabe biti*, onde os *li'a na'in* tomam a palavra (*lia*) e onde são sacrificados animais e trocadas ofertas entre as duas partes e os grupos a que pertencem (famílias, clãs, aldeias, sucos). Estes acordos e cerimónias de reconciliação podem ocorrer paralelamente com os processos no sistema de justiça do Estado. Nos casos de violência doméstica entre marido e mulher, registámos várias descrições de casos em que os casais se reconciliam e registam este *akordo dame* junto das autoridades locais, a polícia e/ou o Ministério Público. Os juízes encarregues de julgar estes crimes públicos (violência doméstica) consideram estes acordos como circunstâncias atenuantes, podendo decidir por uma sentença de pena suspensa.

Em seguida, apresentamos as relações entre essas instâncias e os fatores que levam à sua presença nos processos de justiça comunitária.

6. A relação entre instâncias: cooperação e competição

Apesar da centralidade da *kultura*, da família alargada (*Uma Lisan*) e das lideranças comunitárias associadas a estas autoridades rituais e espirituais, existem relatos de pessoas que não submetem o seu caso aos *li'a na'in* da sua *Uma Lisan* e às lideranças comunitárias e vão diretamente à polícia e aos tribunais. Esta situação dá origem a diversas queixas dos chefes de suco e *li'a na'in*, que consideram que há uma falta de respeito e de clareza na lei sobre a necessidade de todos os casos passarem primeiro por eles, antes de serem registados na polícia ou ministério público.⁶⁵ Quando ocorrem crimes, em especial os crimes públicos como a violência doméstica, é frequente ouvir queixas dos Chefes de suco e de aldeia sobre a falta de notificação. Porque as vítimas já conhecem a lei, muitas delas dirigem-se diretamente à polícia ou às casas de transição ou de abrigo temporárias (*fatin hakmatek, uma mahon*), financiadas pelo governo e geridas em colaboração com missões da Igreja Católica, ONGs locais como a *Casa Vida*, FOKUPERS ou a PRADET.

Acontece frequentemente que a morosidade dos processos nos tribunais ou a não aceitação, pelas partes, das decisões judiciais conduzem as partes a um regresso aos *li'a na'in* e chefes de suco. Porém, como

⁶⁵ Esta questão foi levantada em todas as entrevistas com as lideranças comunitárias.

afirmado em várias entrevistas, estes chefes de suco e *li'a na'in* recusaram-se a mediar esses casos. Alguns explicaram a decisão explicando-a como pondo em causa a sua dignidade; outros sugeriram, em alternativa, o pagamento de multas.⁶⁶ Como este estudo mostrou, um conflito pode voltar a ser, de novo, mediado na família ou entre famílias, já que muitos conflitos acontecem entre familiares (irmãos diretos) ou no contexto da família alargada timorense (*jetosa'a-umane*). Depois da situação acalmar, reconhece-se muitas vezes a necessidade de haver uma cerimónia *-badame* — para confirmar o restabelecer da paz e equilíbrio entre as pessoas e as famílias.

No entanto, as lideranças comunitárias e as autoridades rituais (*li'a na'in kultura*) reconhecem as suas dificuldades para encontrar soluções e mediar conflitos em que as partes não se entendem, sendo que estas instâncias sentem que já não têm legitimidade para impor uma solução. Isto acontece por diversos fatores, de acordo com perspetivas apresentadas por vários participantes neste estudo: a lei do Estado limita as suas funções apenas à mediação de conflitos, onde não há lugar à imposição de uma decisão — esse poder é prerrogativa dos tribunais; os cidadãos e as cidadãs, conhecendo melhor a lei, procuram as instâncias do setor judicial quando não estão satisfeitos com a solução encontrada pelas autoridades locais do nível da família ao nível do suco:

Muitos casos de mediação envolvem os *li'a na'in*, através da *kultura*. Porque, de acordo com as leis *kultura*, os *li'a na'in* podem tomar decisões na maior parte dos casos, podem decidir nos casos de disputas de terra em que eles conhecem bem quem é que tem usado a terra [ao longo dos tempos]. No entanto, como já existe uma lei, um processo legal, quando uma das partes não está satisfeita com essa decisão faz queixa [à polícia ou Ministério Público]. Por causa disto, a lei *kultura* deixou de valer, deixou de ter força face aos processos legais [do setor judicial]. [...] Muitos *katuas* deixaram de querer tomar decisões relativas a conflitos de terras porque muitas vezes as partes não confiam e não ouvem as suas decisões.⁶⁷

As questões em torno da terra, conflitos de violência doméstica e a violência entre grupos de jovens que resultam em ferimentos e mortes são exemplos de conflitos que muitos líderes comunitários afirmam ex-

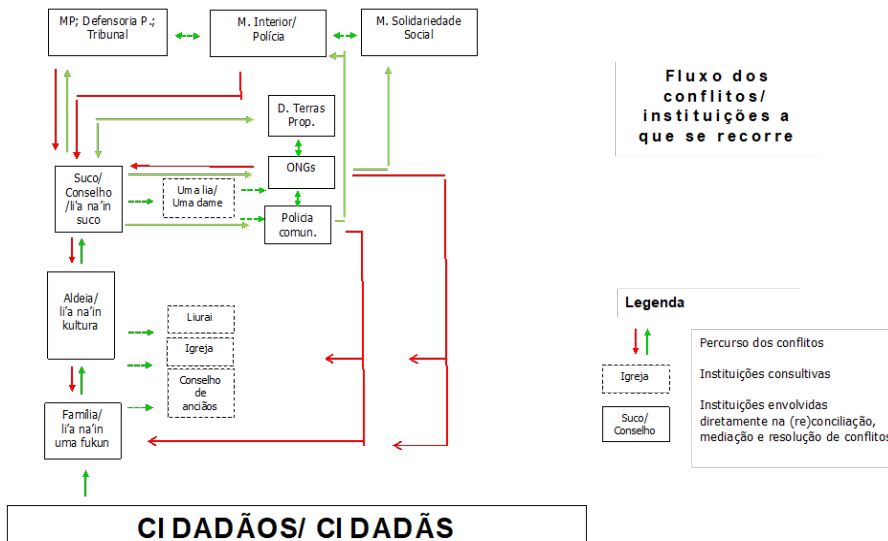
⁶⁶ Entrevista com lideranças comunitárias de Manufahi, março de 2017.

⁶⁷ Entrevista com Chefe de suco de Maliana, Bobonaro, abril de 2017.

travasar já as suas funções e capacidade para lhes por termo. Nestes casos, a polícia é chamada e o caso é encaminhado para o Ministério Público e para os tribunais.⁶⁸ De referir, todavia, que a resolução de muitos dos conflitos (terras, questões de família, entre outros), conhecem diferentes temporalidades, podendo incluir refluxos. Uma decisão tomada num suco, sobre os limites de uma parcela de terreno em contenda pode levar bastante tempo até ser totalmente negociada e aceite plenamente pelas partes. Noutros contextos, por exemplo de conflitos associados à partilha de terras por heranças, o acordo, que é decidido em tribunal, pode conhecer um ‘recurso’ extrajudicial, como já referido. A relação entre as várias instâncias envolvidas na busca de soluções para os conflitos que marcam a sociedade timorense é apresentada no Quadro nº 4. Este circuito de estruturas e atores envolvidos na resolução de conflitos em Timor-Leste exemplifica a interligação e solução de continuidade entre instâncias, onde o tribunal não detém o privilégio da ‘última palavra’.

⁶⁸ Entrevistas com: Chefe de suco, Díli, março de 2017; lideranças comunitárias de Manufahi, março de 2017; Lideranças comunitárias de Ainaro, março de 2017; Lideranças comunitárias de Oé-cussi-Ambeno, abril de 2017; Lideranças comunitárias de Atabae, Bobonaro, abril de 2017.

Quadro nº 4



Conclusão

Existe ao dispor dos cidadãos e das cidadãs timorenses um conjunto diverso de opções na busca de soluções para os conflitos. Dado que as instituições do sector de justiça do Estado não são culturalmente, geograficamente e temporalmente as mais próximas, o recurso às instâncias comunitárias é natural e prevalente. Dependendo do tipo de conflito, das possibilidades económicas, da informação disponível e da divulgação realizada por instituições governamentais, ONGs locais e agências internacionais, os timorenses e as timorenses procuram instâncias que, na sua leitura, lhes poderão trazer mais vantagens, uma solução mais rápida, com menos custos e com menos impactos negativos. A literatura designa esta situação por *forum shopping*⁶⁹.

⁶⁹ KEEBET VON BENDA-BECKMANN, 1981, “Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in Minangkabau Village”, *Journal of Legal Pluralism* (19), 1981, Pp.117–59.

A realidade de Timor-Leste espelha um forte pluralismo jurídico. Apesar do Estado se autodefinir como moderno Estado de direito (e por isso, assente numa justiça oficial, formal, moderna), o país é rico em práticas sociojurídicas várias, designadas em múltiplos estudos como justiças informais, tradicionais, costumeiras, mecanismos alternativos de resolução de conflitos (ADR - *Alternative Dispute Resolution*), justiça de proximidade, justiça local. Estes sistemas de justiça em funcionamento em Timor-Leste, a que a grande maioria da população acorre na busca de soluções para os seus problemas, tendem a legitimar a sua autoridade a partir de referências culturais, consuetudinárias ou religiosas, em vez da autoridade política ou legal do Estado (embora se assista igualmente a um duplo reconhecimento, em alguns casos). Como tal, os “direitos costumeiros”, a *kultura*, apesar de consagrados constitucionalmente, não são parte, formalmente, da estrutura legal do Estado; pelo contrário, são apenas instrumentos legais na medida em que as pessoas que os seguem, voluntariamente ou de outra forma, consideram que detêm validade legal. Desta forma, os sistemas de governação e de justiça pré-coloniais, ou *kultura*, assentes na crença nos ancestrais, permaneceram centrais na sociedade timorense. Funcionando em diálogo ou em oposição à justiça do estado, a interlegalidade identificada tem desenvolvido estruturas e mecanismos de justiça híbridos, em constante negociação entre as várias culturas sociojurídicas, como demonstra a rede de instâncias e processos de resolução de conflitos que analisamos neste artigo.

Bibliografia

- ARAÚJO, Sara. 2008. «Pluralismo jurídico em África. Ficção ou realidade?». *Revista Crítica de Ciências Sociais* 83: 121-139.
- ARAÚJO, Sara. 2014. «Ecologia de Justiças a Sul e a Norte, Cartografias Comparadas das Justiças Comunitárias em Maputo e Lisboa». Tese de Doutoramento, Universidade de Coimbra.
- BABO-SOARES, Dionísio. 2004. «Nahe Biti: The Philosophy and Process of Grassroots Reconciliation (and Justice) in East Timor». *The Asia Pacific Journal of Anthropology* 5(1):15-33.

- BENDA-BECKMANN, Keebet von. 1981. «Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in Minangkabau Village». *Journal of Legal Pluralism* (19):117–59.
- FITZPATRICK, Daniel e BARNES, Susana. 2010. «The Relative Resilience of Property: First Possession and Order Without Law in East Timor». *Law & Society Review* 44(2):205–238.
- GONÇALVES, Marisa Ramos. 2016. «Intergenerational perceptions of human rights in Timor-Leste: memory, *kultura* and modernity». Doctor of Philosophy thesis, University of Wollongong, School of Humanities and Social Inquiry, Australia.
- GRENFELL, Laura. 2006. «Legal Pluralism and the Rule of Law in Timor Leste». *Leiden Journal of International Law* 19(2):305–37.
- HOHE, Tanja e ROD Nixon. 2003. *Reconciling Justice: 'Traditional' Law and State Judiciary in East Timor*. Washington, DC: United States Institute of Peace. Disponível em <http://www.gsdr.org/docs/open/DS33.pdf>, acessado em maio de 2017.
- JERÓNIMO, Patrícia. 2011. «Estado de Direito e Justiça Tradicional: Ensaios para um equilíbrio em Timor-Leste». Pp. 97–120 em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Vol. III*. Coimbra: Almedina.
- MARX, Susan. 2013. *Law and Justice in Timor-Leste. A survey of citizen awareness and attitudes regarding law and justice*. Díli: The Asia Foundation.
- MENESES, Maria Paula. 2007. «Pluralism, Law and Citizenship in Mozambique». *Oficina do CES*, 291. Coimbra: CES.
- MENESES, Maria Paula. 2012. «O Moderno e o Tradicional no campo das justiças: desafios conceituais a partir de experiências africanas». Pp 217-174 em Boaventura de Sousa Santos; José Octávio Van-Dúnene (org.), *Sociedade e Estado em construção: desafios do direito e da democracia em Angola*. Coimbra: Almedina.
- MENESES, Maria Paula, Sara ARAÚJO, Marisa Ramos GONÇALVES, e Beatriz Carvalho. 2017. *Para uma Justiça de Matriz Timorense: o contributo das Justiças Comunitárias*. Díli, Timor-Leste: CRL - Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça e CES - Centro de Estudos Sociais.

- NIXON, Rod. 2013. *Justice and governance in East Timor: indigenous approaches and the 'new subsistence state'*. London: Routledge.
- NIXON, Rod, Mark GRIFFIN, e Edward REES. 2014. *Ba Distrito Baseline Survey 2014: Local Governance and Access to Justice in Timor-Leste*. Díli, Timor-Leste: Counterpart International & Social Science Dimensions.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 1995. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2003. «O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico». Pp. 47–128 em Santos, Boaventura de Sousa; Trindade, João Carlos (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. Vol. I. Porto: Afrontamento.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. 2014. *Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide*. Boulder, CO: Paradigm.
- SIMIÃO, Daniel. 2005. «O feiticeiro desencantado: gênero, justiça e a invenção da violência doméstica em Timor-Leste». *Anuário Antropológico* 127–154.
- TACAÏN, José Paulo Bacun, e Nene Correia de Almeida. 2016. *Kultura no natureza ema Atoni-Oékussi-Ambeno*. Díli, Timor-Leste: Unidade de Produção e Disseminação do Conhecimento/Programa de Pós-graduação e Pesquisa da UNTL.
- The Asia Foundation. 2013. *Timor-Leste Law & Justice Survey 2013*. Díli, Timor-Leste: The Asia Foundation.
- UN Women, PNUD, UNICEF. 2012. *Informal justice systems. Charting a course for human rights-based engagement*. UN Women / PNUD / UNICEF.



O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS: UM CRIME PARA O SÉCULO XXI DE NASCIMENTO PREMATURO?

O TRIBUNAL ESPECIAL PARA A SERRA LEOA EM *PROSECUTOR V. NORMAN* E O MOMENTO DA SUA CRISTALIZAÇÃO ENQUANTO CRIME INTERNACIONAL

MIGUEL MANERO DE LEMOS

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

História

Vistas como não combatentes inocentes¹, as crianças — grupo específico da população que necessita de cuidado especial — são há muito objeto de atenção especial pelo direito internacional². Esta, em grande medida, uma proteção não escrita de direito internacional humanitário que assim permaneceu até à adoção das Convenções de Genebra IV de 1949 onde se escreveu que, “[e]m tempo de paz, as Partes contratantes e, depois do início das hostilidades, as Partes no conflito, poderão estabelecer no seu próprio território e, se houver necessidade, nos territórios ocupados, zonas e localidades sanitárias e de segurança organizadas de modo a proteger dos efeitos da guerra [...] as crianças com menos de 15 anos [...]”³ e que “[a]s Partes no conflito tomarão as disposições necessárias para que as *crianças com menos de 15 anos* que fiquem órfãs ou sepa-

¹ McBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, Springer, 2014, p. 5.

² MANN, HOWARD, “International Law and the Child Soldier”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n.º 1, 1987, pp. 33 e 34.

³ Artigo 14 da Convenção de Genebra IV. Itálicos adicionados.

radas de suas famílias em consequência da guerra não sejam abandonadas a si próprias [...]”⁴.

O uso de crianças em conflito — um fenómeno relativamente recente talvez com *début* mais saliente na Segunda Guerra, com particular relevo para o estabelecimento da Juventude Hitleriana, organização paramilitar nazi que treinava rapazes entre os 10 e os 18 anos — tornou-se particularmente visível com o surgimento da cultura moderna da criança soldado na década de 70 (Khmer Rouge)⁵.

Numa altura em que o fenómeno já se estava a tornar visível, os Protocolos Adicionais de 1977 proibiam o recrutamento de crianças: “[a]s Partes no conflito tomarão todas as medidas possíveis na prática para que as crianças de menos de 15 anos não participem diretamente nas hostilidades, *abstendo-se nomeadamente de as recrutar para as suas forças armadas*. Quando incorporarem pessoas de mais de 15 anos, mas de menos de 18 anos, as Partes no conflito esforçar-se-ão por dar a prioridade aos mais velhos”⁶; “[a]s *crianças de menos de 15 anos não serão recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades*”⁷.

Com o fim da Guerra Fria e com os conflitos subsequentes de natureza mais doméstica fundados em divisões étnicas e religiosas, o fenómeno torna-se particularmente problemático⁸. Por volta da mesma altura, importantes tratados especificamente dedicados às crianças são adotados. Relevantes a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (CDC) e a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança de 1990 (CADBC).

⁴ Artigo 24 da Convenção de Genebra IV. Itálicos adicionados. Estabelecia-se ainda que “[a] Potência ocupante não poderá obrigar as pessoas protegidas a servirem nas suas forças armadas ou auxiliares. Toda a pressão ou propaganda destinada a conseguir alistamentos voluntários é proibida” (artigo 51 da Convenção de Genebra IV).

⁵ MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 5 a 8.

⁶ Artigo 77 (2) do Protocolo Adicional I (PA-I). Itálicos adicionados. “Se, em casos excecionais e apesar das disposições no número 2, crianças que não tenham 15 anos completos participarem diretamente nas hostilidades e caírem em poder de uma Parte adversa, continuarão a beneficiar da proteção especial assegurada pelo presente artigo, quer sejam ou não prisioneiros de guerra”. Artigo 77 (3) do PA-I.

⁷ Artigo 4 (3) (f) do Protocolo Adicional II (PA-II). Itálicos adicionados.

⁸ MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 5 a 8.

Artigo 38 da CDC

1. Os Estados Partes comprometem-se a *respeitar e a fazer respeitar as normas de direito humanitário internacional* que lhes sejam aplicáveis em caso de conflito armado e que se mostrem relevantes para a criança.

2. Os Estados Partes *tomarão todas as medidas possíveis na prática para garantir que nenhuma criança com menos de 15 anos participe diretamente nas hostilidades.*

3. Os Estados Partes *abster-se-ão de recrutar para as suas forças armadas qualquer pessoa que não tenha atingido a idade de 15 anos.* Em caso de recrutamento de pessoas de idade superior a 15 anos e inferior a 18 anos, os Estados Partes procurarão dar prioridade aos mais velhos.

4. Nos termos das obrigações contraídas à luz do Direito internacional humanitário para a proteção da população civil em caso de conflito armado, os Estados Partes na presente Convenção tomarão todas as medidas possíveis na prática *para assegurar proteção e assistência às crianças afetadas por um conflito armado.*

CADBC

Artigo 2 (Definição do Conceito Criança)

Para os propósitos julgados importantes na presente Carta, ser uma criança significa todo o ser humano *com uma idade inferior a 18 anos de idade.*

Artigo 22 (Conflitos armados)

1. Os Estados Partes na presente Carta *garantirão e assegurarão o respeito pelas normas e leis de Direito internacional humanitário que sejam aplicáveis em caso de conflitos armados que afectem a criança.*

2. Os Estados Partes na presente Carta *assegurarão todas as medidas adequadas por forma a que nenhuma criança participe diretamente nas hostilidades e esteja isenta em particular de ser recrutada.*

3. Os Estados Partes na presente Carta, em conformidade com as obrigações dimanadas do Direito internacional humanitário para a proteção da população civil durante conflitos armados, adotarão todas as medidas possíveis com vista a assegurar proteção e assistência às crianças afetadas pelo conflito armado. Tais medidas *serão também aplicáveis às crianças em situação de conflitos internos armados, tensão e rivalidade.*

Mas resiliente, do Chade, República Democrática do Congo, República Centro Africana, Sierra Leoa, Somália, Libéria, Uganda, no continente africano, ao Afeganistão, Paquistão, Iraque, no Médio Oriente, a

prática não dá sinais de abatimento nos conflitos mais recentes⁹.

Apesar da oposição dos EUA à inclusão do crime no recente Estatuto do Tribunal penal Internacional (ETPI), com o argumento de que não seria crime de direito costumeiro internacional¹⁰, o crime está aí previsto e, apesar da sua aparente menor gravidade relativamente a outros crimes, foi por ele que tiveram lugar as primeiras condenações no tribunal penal internacional.

O artigo 8 (2) (b) xxvi do ETPI estabelece como crime de guerra, em conflito internacional, o recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades e o artigo 8 (2) (e) vii do ETPI, aplicável a conflitos internos, o recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades.

No primeiro caso decidido pelo tribunal, Thomas Lubanga foi considerado culpado, em 14 de Março de 2012, pelos crimes de guerra de recrutamento e alistamento de crianças com idade inferior a 15 anos e usá-los para participar activamente nas hostilidades, sendo condenado, em 10 de julho de 2012, a um total de 14 anos de prisão¹¹.

Mas as primeiras condenações por este crime tiveram lugar uns anos antes na Serra Leoa por atos praticados num momento em que a natureza costumeira do crime era duvidosa. A primeira decisão em que o problema foi abordado é discutida em seguida.

Norman

Introdução¹²

Sam Hinga Norman, ex-líder das Forças de Defesa Civil, uma milícia pró-governo, foi acusado de utilizar sistematicamente crianças em

⁹ MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 2 a 4.

¹⁰ MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 49 e 50.

¹¹ https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx.

¹² Informação em SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals, 97 *The Georgetown Law Journal* 119, 2008, p. 16.

combate armado, uma característica definitiva da guerra civil na Serra Leoa que durou uma década e em que mais de dez mil crianças serviram como soldados nas três grandes forças armadas do país. O artigo 4 do estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL) prevê que o recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos, ou o as usar para participar ativamente nas hostilidades, é crime. Norman contestou a acusação por falta de jurisdição, com fundamento no princípio da legalidade, não contestando que o direito internacional humanitário proibia o recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos, no momento em que ele atuou, mas sim que tais atos não eram criminais à luz do direito internacional humanitário.

Decisão do tribunal¹³ — *recrutamento de crianças é crime*

O tribunal reconheceu alguma incerteza na proposta inicial do Secretário-Geral das Nações Unidas (SG) relativamente à natureza costumeira do crime de recrutamento e alistamento de crianças como previsto no ETPI (para. 8).

Considerou que o costume leva tempo a se desenvolver sendo assim impossível — e até mesmo contrário ao conceito — determinar um dado evento, dia ou data em que se pudesse afirmar com certeza que uma *norma se cristalizou* (para. 50). No entanto, poder-se-ia identificar um certo período em que a *consciência das populações e líderes* se deu conta de um dado problema, o que no caso do recrutamento de crianças-soldados teria acontecido em meados dos anos oitenta (para. 50). Poder-se-ia ainda determinar um período em que o *direito costumeiro se começou a desenvolver*, o que no caso se deu com a aceitação dos principais instrumentos internacionais entre 1990 e 1994 (para. 50). Finalmente, poder-se-ia determinar o período durante o qual *a maioria dos estados criminaliza o comportamento proibido*, o que, no caso, teria acontecido entre 1994 e 1996, tendo sido necessários mais seis anos para o recrutamento de crianças entre as idades de 15 e 18 anos ser *incluído em tratado como um comportamento individualmente punível*, tendo culminado este processo com a definição de

¹³ SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004.

crianças como sendo pessoas com idade inferior a 18 anos no Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (para. 50).

A *esmagadora maioria dos estados* não praticaria o recrutamento de crianças com menos de 15 anos de idade de acordo com suas leis nacionais, e *muitos*, seja através de direito penal ou administrativo, tinham criminalizado tal comportamento antes de 1996 (para. 51). O facto de o recrutamento de crianças ainda ocorrer, e ser assim ilegalmente praticado, não diminuiria a validade da norma costumeira, *não se podendo dizer que existe uma prática contrária com uma opinião iuris correspondente* pois os estados consideram-se claramente sob uma obrigação jurídica de não praticar o recrutamento de crianças (para. 51).

Robertson¹⁴ — alistamento não é crime

O juiz Robertson anotou que o arguido vinha acusado de um crime de alistamento de crianças ou seu uso para participar em hostilidades e que a alegação de recrutamento, a qual implica algum uso de força, foi abandonada (para. 1).

Abandonando ele também, aparentemente, a parte relativamente ao uso para participação em hostilidades, centrou-se no alistamento de crianças, referindo que o recorrente alega que este não é um crime de guerra — ou, alternativamente, que só se tornou crime com a entrada em vigor, em meados de 2002, de dois tratados importantes, o Estatuto de Roma e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (para. 2) — e que o procurador se recusa a apontar uma data em que a infração se cristalizou no direito penal internacional, argumentando que tal teria, de qualquer forma, ocorrido antes de 3 de Novembro de 1996 (para. 2).

Em relação à proposta inicial do SG — que só envolvia o rapto ou o recrutamento forçado com a *mens rea* de envolver as crianças em operações potencialmente letais — o juiz é da opinião de que esta infração mais estreita era um crime de guerra em Novembro de 1996 (para. 4)¹⁵, acrescentando que poderia parecer estranho que o *estado de direito internacional em 1996* em relação à criminalização do alistamento de crianças *fosse duvidoso*

¹⁴ SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Dissenting Opinion of Justice Robertson, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004 (*Robertson*).

¹⁵ O crime de alistamento só se teria cristalizado em Julho de 1998 com o Tratado de Roma (para. 24).

para o SG em Outubro de 2000, mas já fosse muito claro para o presidente do CS apenas dois meses mais tarde (para. 6). Se não era claro para o SG e seus assessores jurídicos que o direito internacional tinha em 1996 criminalizado o recrutamento de crianças-soldado, pergunta-se se isso poderia ter sido mais claro para o Chefe Hinga Norman, ou para qualquer outro arguido ao tempo, na Serra Leoa (para. 6)¹⁶.

O momento em que o alistamento de crianças — distinto do recrutamento forçado de crianças ou do seu uso posterior em combate — se teria tornado crime de guerra dependeria da identificação de um estádio, ou pelo menos, de um processo, no qual a proibição do alistamento de crianças seria uma *regra de direito internacional vinculativa apenas para os estados* (para. 10), correspondendo um segundo estádio à identificação de um ponto de viragem em que essa regra, a chamada *norma de direito internacional*, se *metamorfoseasse* em *norma penal* (para. 10). Enfim, rematou que a questão seria a de se o arguido, no momento da conduta que não estava claramente proibida pela legislação nacional no lugar de seu cometimento, poderia ter apurado, *através da assessoria jurídica competente*, que ela era contrária ao direito penal internacional, o que só poderia com certeza ser dito em 1 de Julho de 2002, data da ratificação do ETPI (para. 13).

Dúvidas, aviso justo, previsibilidade e acessibilidade

Vale a pena ‘lembrar’ a advertência de que os procedimentos criminais em tribunais internacionais são um método questionável de dissipar dúvidas pendentes e estabelecer com autoridade a lei existente em matérias controversas¹⁷.

¹⁶ Informa ainda que, em 1996, ironicamente, o Governo da Serra Leoa reconheceu no seu relatório ao Comité sobre os Direitos da Criança que não havia idade mínima para recrutamento de pessoas nas forças armadas, exceto a disposição da Convenção de Genebra de que crianças com idade inferior a 15 anos não devem ser recrutadas para o exército, não se locomovendo o Comité para responder à Serra Leoa a não ser cinco anos depois, quando sugeriu que o país deve passar a impor uma lei para proibir o recrutamento de crianças, o que salienta que, no que à legislação local respeita, o recorrente não podia, em 1996, ter entendido que houvesse qualquer *direito penal contra o alistar de crianças que se voluntariaram para servir em milícias* (para. 31).

¹⁷ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, 21 *The British Yearbook of International Law* 58, 1944, p. 74, mas a propósito de julgamentos nos tribunais nacionais dos vencedores.

A ideia de que quando existam dúvidas reais — não quanto à precisa qualificação jurídica, mas quanto à natureza criminal de uma determinada conduta — a dúvida deve ser resolvida em favor do arguido passa por saber o que são dúvidas reais. Em último caso, quando há decisões ou opiniões sustentadas num sentido e noutro é porque há ‘algum tipo de incerteza jurídica’ e não é demais acentuar que isso não deve levar, *per se*, à conclusão pela inexistência de responsabilidade criminal. O facto de existir controvérsia sobre a existência de certos crimes em direito internacional não tem de convocar de imediato a questão de se os juristas não concordam como seria possível sequer esperar que o arguido pudesse estar suficientemente conhecedor da existência e da natureza da criminalidade das suas ações no momento dos factos¹⁸.

Uma assessoria jurídica competente provavelmente teria de dizer que existiria o risco de o comportamento ser considerado crime e que um *non facere* seria avisado, nomeadamente no que diz respeito a homens de estados e chefias militares. Repare-se que provavelmente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de onde parece vir a ideia da assessoria, ao utilizar o critério de que ‘a lei estava *em fluxu*’ também possivelmente não encontraria uma violação do princípio da legalidade no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹⁹.

Espelhando a ficção do aviso justo empregue no contexto doméstico onde a lei tem vindo a se tornar cada vez menos acessível ao cidadão ordinário, os tribunais penais internacionais (TPIs) têm vindo a assumir a possibilidade de os arguidos levarem a cabo uma investigação global para determinar o âmbito e conteúdo do direito penal internacional e raciocinam que — desde que os arguidos possam prévia e razoavelmente determinar que a conduta ou forma de participação é proibida, particularmente com ajuda jurídica — então o *nullum crimen* é satisfeito²⁰, o que seria especialmente verdade a respeito de indivíduos a quem o di-

¹⁸ Mas cf. DARCY, SHANE, “The Reinvention of War Crimes by the International Criminal Tribunals”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 126.

¹⁹ Cf., por exemplo, ECHR, Judgment, Case of C.R. v. The United Kingdom, Strasbourg, 22 de Novembro 1995 (C.R.). Cf., também, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4, 2004.

²⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 172.

reito penal internacional é diretamente destinado, soldados e homens de estado²¹. A verdade é que a aplicação do princípio envolve sempre algum elemento de ficção jurídica e que, certamente, não é menos realista esperar que um suposto criminoso esteja ciente dos, e conforme o seu comportamento com os, princípios bem estabelecidos do direito das nações, do que esperar que ele apreenda os detalhes de códigos penais longos, arcanos, normalmente em mudança²² e de todo o outro emaranhado de normas resultantes de leis criminais avulsas, interpretações judiciais relativamente a estas e àqueles, etc.

Ligado ao aviso justo está a acessibilidade da lei àqueles que têm de lhe obedecer, debatendo-se se isto é um elemento da legalidade separado da previsibilidade ou se é somente um facto que torna previsível a responsabilidade criminal por um ato²³. Não se adotando posição, avança-se que as leis que servem para condenar não podem ser guardadas em segredo e que a ignorância da lei não é desculpa, desde que a lei seja acessível²⁴.

A acessibilidade pressupõe que as normas jurídicas que punem os atos em questão têm de estar disponíveis para a pessoa em causa, afirmando-se que isto, nos crimes de direito internacional, é um “teste abstrato” — “se não mesmo fictício e problemático” — em dois aspetos, o primeiro dos quais seria a dependência dos estados para tornar o direito penal internacional acessível aos indivíduos através da sua tradução e publicação²⁵. O que também está relacionado com o problema da comunicação do direito internacional humanitário a forças que lutam em locais de difícil acesso²⁶.

²¹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Legge*”. P. 172, n. 274, citando Lord Wright.

²² Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 405.

²³ Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010, p. 363 e 364.

²⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 363 e 364.

²⁵ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 236.

²⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 335.

A desnecessidade de criminalização do comportamento a nível nacional e a criminalização a nível internacional

Compreende-se bem que os estados não tivessem criminalizado o comportamento a nível interno pois pode-se considerar que, normalmente, um estado não se força a legislar sobre um comportamento que, em princípio, só por ele pode ser levado a cabo, mesmo até porque é arguível que é de alguma forma ilógico, uma vez que o crime envolve legislação, proibir a conduta por meio do direito criminal doméstico²⁷. A necessidade de criminalizar o recrutamento de crianças a nível nacional não é de facto um dos problemas mais prementes nas agendas legislativas dos países onde essa prática é inexistente. Nem onde ela ainda existia ao tempo dos factos.

Apesar de ser porventura a forma mais normal em que a criminalização de uma norma internacional tem lugar²⁸, não tem de existir o processo descrito pelo juiz Robertson, pois a norma pode surgir logo sob a veste criminal²⁹. No caso de normas internacionais que proíbem comportamentos seriamente violadores do direito internacional humanitário, possivelmente e de forma natural, surgem logo, as mais das vezes, sob essa veste³⁰. E também há que ter em atenção que, se os estados assu-

²⁷ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities, Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, 2012, p. 44. Sobre a inexistência de crimes nas leis criminais nacionais rotulados de ‘crimes de estado’ cf. BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2014, pp. 74 a 77.

²⁸ Há quem avance, por exemplo, que o bombardeamento indiscriminado de civis era inicialmente apenas uma infração de direito internacional humanitário e que, a certa altura, passou a comportar responsabilidade criminal individual. Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª edição, 2013, p. 6.

²⁹ Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, que aludem a esta possibilidade a propósito da responsabilidade do superior.

³⁰ Exemplos de regras de direito internacional humanitário que não envolvem responsabilidade criminal em HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone’s Decision in Prosecutor v. Samuel Hinga Norman”, *Leiden Journal of International Law* 18, 2005, p. 294, n. 68.

mem que as violações sérias das leis do conflito armado são criminais, então poderá ser rara a existência de prática estatal que se refira à criminalização de regras específicas³¹. Enfim, não parece que o tribunal só se tenha alicerçado nas primeiras três condições *Tadić*³², pois afirma que a “maioria” dos estados criminalizavam o recrutamento, no que poderia ser interpretado como uma tentativa de afirmar preenchida a quarta condição *Tadić*. Mas os exemplos avançados não provam essa maioria, como, aliás, se tergiversa ao falar, logo em seguida, não na maioria dos estados mas em “muitos” estados. Contudo, a necessidade de que haja uma regra separada a criminalizar o comportamento tal como previsto na quarta condição *Tadić* pode ter sido invenção de *Tadić*³³.

Recrutamento, alistamento, uso e a sua criminalização implícita

Seja como for relativamente a cada nódulo problemático avançado até agora, dir-se-ia que o que parece é que não há *indicia* sólidos para sustentar a criminalização do comportamento. Não seria possível avançar que o mero alistamento está compreendido pelo Artigo 3 Comum às Convenções de Genebra de 1949, além de que a decisão do tribunal — ao mencionar invariavelmente o recrutamento — não fornece uma sustentação forte de que o mero alistamento estaria incluído nos exemplos que avança, afirmando-se mesmo que a existência de uma regra separada a criminalizar o recrutamento não foi

³¹ Assim, CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić and the War Crime of Terror Bombing”, 2 *IDF Law Review* 75, 2005-2006, p. 96.

³² Mas cf. HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, p. 289, n. 38. As quatro condições *Tadić* são as seguintes: a violação tem de constituir infração a uma regra de direito internacional humanitário; a regra tem que ter natureza costumeira ou, se estiver prevista em tratado, as condições exigidas têm que estar preenchidas; a violação tem de ser séria, ou seja, tem de constituir violação de uma regra que proteja valores importantes e tem de envolver graves consequências para a vítima; a violação da regra tem de compreender, à luz do direito costumeiro ou convencional, a responsabilidade criminal individual da pessoa que violou a regra. ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995, para. 94.

³³ Sobre isto, cf. CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, pp. 93 a 97.

convincentemente demonstrada pelo tribunal e que o raciocínio do juiz Robertson, que se cinge ao alistamento, também não é inteiramente convincente porque o Artigo 3 Comum não proíbe especificamente o recrutamento de crianças compulsivo ou forçado ou o seu uso enquanto combatentes³⁴.

Por outro lado, e apesar da linguagem utilizada nos diversos instrumentos parecer ser lata o suficiente para abranger tanto o recrutamento forçado como não forçado³⁵, é difícil de ver como é que o mero alistamento — dissociado de algo mais — poderia causar consequências graves para as vítimas.

Contudo, se a violação da proibição do alistamento ou da proibição de usar crianças em hostilidades resultasse em consequências graves previsíveis para as vítimas, então certamente já seria mais plausível defender de que estaria perante crimes³⁶.

Ao que se acrescentaria o facto de o Artigo 3 Comum não proibir *especificamente* um comportamento não quer dizer que não o proíba e o artigo proíbe violência contra, e ofensas à dignidade de, pessoas que não participem nas hostilidades. Neste sentido, poder-se-ia defender que, tal como avançado pelo SG, o rapto e o recrutamento forçado para seu uso em hostilidades já era criminal³⁷.

Há que referir ainda que, enquanto o PA-II parece apontar para que também o uso de crianças em posições de suporte — e não somente nas linhas da frente — pode ser proibido, já o PA-I, a CDC e a CADBC, ao usarem o conceito de ‘participação directa’ dificultam uma tal interpretação do direito costumeiro ao tempo dos fatos que abranja atividades bastante remo-

³⁴ HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, pp. 291 e 293.

³⁵ Segundo o Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Sandoz/ Swinarski/Zimmermann, *International Committee of the Red Cross*, Martinus Nijhoff Publishers, para. 4557, o princípio do não-recrutamento também proíbe aceitar o alistamento voluntário, não podendo uma criança ser recrutada, ou ela própria se alistar, além de que não se a pode autorizar a “tomar parte nas hostilidades”, i.e., a participar em operações militares tais como a recolha de informações, a transmissão de ordens, o transporte de munições e géneros alimentícios, ou atos de sabotagem.

³⁶ Mas cf. McBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 22 e 23.

³⁷ Cf. UN Doc S/2000/915, de 4 de Outubro (Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone).

vidas das hostilidades. Num outro caso³⁸, o TESL considerou que o procurar comida, munição ou equipamento, transportar mensagens, atuar como escudo humano, operar checkpoints, etc, são tão participação ativa como o combate e luta real. O teste parece dever ser o de se a função de apoio prestada pela criança a combatentes a expôs a perigo real como alvo potencial³⁹.

Por último há que mencionar que a circunstância de os protocolos adicionais não se referirem à proibição do “recrutamento” e do “tomar parte nas hostilidades” especificamente enquanto crimes não é determinante. De facto, tendo em conta que, ao contrário de muitas leis domésticas, os instrumentos internacionais que estabelecem proibições criminais, normalmente, não têm “definições orientacionais detalhadas” ou elementos dos crimes, raramente estabelecem penas e a palavra ‘crime’ em geral não aparece⁴⁰, a determinação sobre se o direito internacional cria responsabilidade criminal individual dependerá de outras considerações tais como⁴¹: se a norma de proibição em questão é dirigida a indivíduos, estados, grupos ou outras autoridades, e/ou a todos estes; qual a medida em que a proibição é dirigida aos indivíduos; se a proibição é de caráter inequívoco; a gravidade do ato e os interesses da comunidade internacional. Concluindo-se que a responsabilidade penal dos indivíduos não é descartada pelo facto de a obrigação ser dirigida aos governos se os indivíduos claramente tiverem de cumprir a obrigação em causa⁴². Explica-se, desta forma, que os tribunais de Nuremberga tenham tido como obrigatórias, não só para a Alemanha, mas também para os arguidos individualmente considerados, as disposições da Convenção de Genebra de 1929 e das Convenções de Haia de 1899 e 1907 que eram dirigidas a ‘beligerantes’, ao ‘ocupante’ ou a ‘um exér-

³⁸ SCSL, Judgment, *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, 20 de Julho 2007, para. 737. Cf., sobre considerações interessantes feitos num caso posterior perante o TESL, MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 138 e 139.

³⁹ Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, 14 de Março 2012, para. 628.

⁴⁰ Assim, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen* and Related Claims”, *25 Denver Journal of International Law & Policy* 321, 1996-1997, p. 321.

⁴¹ Considerações em MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 3, 1995, p. 562.

⁴² Neste sentido, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 562

cito de ocupação⁴³. E o passo seguinte seria então o de sublinhar que, no caso de violações graves do *jus in bello*, a sujeição imediata dos indivíduos a este direito implica, pela própria natureza das coisas, uma responsabilidade de carácter criminal⁴⁴. Por outras palavras, essas seriam, como é óbvio, criminais⁴⁵. Enfim, a ideia, mais ou menos consensual, que por todas estas considerações perpassa é que o direito internacional pode definir um ato e torná-lo punível sem mencionar explicitamente processos penais, tribunais ou penas⁴⁶.

A Carta Africana, a cristalização de um costume geral ou regional

Passando para um outro ponto, de uma certa perspetiva, até se poderia sugerir que o número de crianças soldado em África apontaria para a existência de costume regional neste aspeto⁴⁷. E pode-se também avançar a ideia de que assegurar a confluência entre o direito e a moralidade ‘cai melhor’ quando aplicada a atrocidades em massa e conduta hedionda do que quando estão em causa atos que correspondem a conduta moralmente neutra ou contestada⁴⁸.

Já de uma outra perspetiva, sublinhar-se-ia que a linguagem da carta africana é forte. Aqui a idade relevante para o problema em análise já são os dezoito anos de idade. África é o continente onde a prática ainda estava disseminada. Enfim, a criminalização ‘quase-que-inerente’ à linguagem utilizada pode levar a questionar se não é este instrumento que cristaliza a criminalização costumeira em causa⁴⁹. Ou, em alternativa,

⁴³ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 114.

⁴⁴ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 65.

⁴⁵ Ideia semelhante em CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, p. 93.

⁴⁶ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 258.

⁴⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Legē*”, p. 158.

⁴⁸ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Legē*”, p. 158.

⁴⁹ Parece ser essa a sugestão implícita na opinião em separado do juiz King. Cf. SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Separate Opinion of Justice Gelaga King, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004. Mas cf. MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 28 e 29.

aludindo à ideia do costume regional⁵⁰, mas agora em sentido inverso, ser o instrumento que cristaliza um costume regional de criminalização. Os ditames da consciência pública seriam argumento interpretativo de relevo a puxar no sentido da consideração enquanto crime⁵¹.

Conclusão

Sugere-se que o estado rudimentar do direito penal internacional afeta negativamente a sua previsibilidade de várias maneiras pois, por um lado, tanto as próprias infrações, como o sistema de direito penal internacional em que elas são aplicadas, partilham uma série de características que a influenciam daquela forma⁵², o que leva ao acerto da afirmação de que a presunção de conhecimento do direito penal internacional não pode ser não refutável pois “as suas premissas não articuladas de conhecimento público, certeza e suficiência de conteúdo faltariam e isso violaria os *standards* mínimos de legalidade”⁵³. Por outro lado, acentuar-se-ia a interação entre o direito penal internacional e o direito nacional pode levar a exigências sobre os indivíduos divergentes ou mesmo conflitantes⁵⁴.

Desistir-se-ia então e afirmar-se-ia que possivelmente este é um dos casos em que, ‘aos pontos’⁵⁵, o resultado final seria um empate e isso devesse significar uma absolvição porque não foi atingido o patamar de clareza exigido pelo *nullum crimen*. A noção de que há coisas tão odiosas

⁵⁰ Sobre esta noção cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8.ª edição, 2012, pp. 30 e 31.

⁵¹ Em geral sobre o papel de conceitos latos como o dos ditames da consciência pública no direito internacional humanitário cf. SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause”, *Journal of Conflict and Security Law*, n.º 17 (3), 2012.

⁵² ASSIM, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 238.

⁵³ ASSIM, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 515.

⁵⁴ ASSIM, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 238. Cf., também, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 518.

⁵⁵ LEMOS, MIGUEL, *Nullum crimen nulla poena sine lege e o direito internacional, Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao direito penal internacional*, Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Agosto de 2015, Parte V, 1.4.

para a humanidade coletiva que são absolutamente proibidas, e, principalmente, a de que a esfera das ações proibidas se pode expandir em linha com a consciência pública, noção esta altamente influente nos mais de cem anos que passaram desde que a cláusula de Martens foi adotada⁵⁶, talvez tenha sido o que — em silêncio — convenceu o tribunal, mas não pareceria que pudesse ser, pelo menos neste caso, o argumento que dita o vencedor. Enfim, a ideia seria a de que não seria clara uma suposta proibição criminal costumeira e com probabilidade mesmo um olhar mais profundo para o significado do alistamento, qual possível estágio, consoante o caso, de preparação para operações de potencial letal e coisas que tais, não poderia, com a clareza exigida, levar a concluir que estava em existência uma norma internacional que criminalizasse tal conduta.

Contudo, em sentido oposto, e apesar de o direito costumeiro não ser uma “ciência exata”⁵⁷, parece ser de sufragar aquele entendimento de que uma qualquer violação séria de uma regra do direito internacional humanitário que cause consequências criminais graves para as vítimas é criminal e que, portanto, o alistamento e o uso em hostilidades que implicassem essas consequências já eram criminais à data dos fatos. O que estaria de acordo com a postura com que o Tribunal Militar Internacional (TMI) abordou o problema no principal julgamento pós Segunda Guerra⁵⁸: não estando a lidar com as disposições de Haia *per se* mas com as normas costumeiras concomitantes, e tomando estas como protegendo valores importantes, observa-se, de forma provavelmente certa, que o TMI parece ter adotado a perspectiva de que as violações sérias das

⁵⁶ Assim, MERON, THEODOR, *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, Oxford University Press, 2011, p. 48. A cláusula de Martens estabelece que “até que um código mais completo das leis de guerra seja adotado, julga-se oportuno constatar que, nos casos não incluídos nas disposições regulamentares adotadas, as populações e os beligerantes permanecem sob a salvaguarda e o império dos princípios do direito das gentes, tal como eles resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade e das *exigências da consciência pública*”. Itálicos adicionados.

⁵⁷ MERON, THEODOR, *The Making*, p. 35.

⁵⁸ IMT, Judgment, *USA et al. v. Göring*, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, 1 Outubro 1946.

leis e costumes de guerra são comportamentos criminais⁵⁹. Abordagem essa possivelmente validada universalmente pelos estados ao darem guarida à postura do TMI sobre o princípio da legalidade⁶⁰.

Uma interpretação diferente, mais cautelosa, poderia avançar, em relação ao alistamento, que — não estando definido o *actus reus*, *mens rea* e modos de responsabilidade com precisão — só mesmo a organização de um sistema de alistamento voluntário por parte dos líderes seria já uma prática criminosa. Seria então um crime específico que — ao estilo do crime de agressão — só poderia ser levado a cabo por pessoas em posição de chefia. Ou seja, a organização de topo de um sistema de alistamento com *mens rea* de uso das crianças em operações potencialmente letais e consequências graves previsíveis materializadas, já passaria o teste inerente às exigências de clareza associadas ao *nullum crimen*.

Caso se aceite uma das proposições dos últimos dois parágrafos, um outro problema surgiria então: o de um eventual erro de direito fomentado pelo direito da Serra Leoa que aparentemente permitia o recrutamento de uma qualquer criança desde que houvesse consentimento⁶¹ e pelos eventos descritos nas comunicações entre a ONU e a Serra Leoa. Certamente que numa análise caso a caso não seria de espantar que mesmo pessoas em posição de chefia na Serra Leoa pudessem beneficiar desta causa de exclusão da responsabilidade criminal⁶².

⁵⁹ Neste sentido, CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić, p. 95.

⁶⁰ Resolução da AG 95 (I), adotada em 11 de Dezembro de 1946 por iniciativa dos Estados Unidos, e onde se afirmaram os princípios do direito internacional reconhecidos pela Carta do TMI e no acórdão do tribunal. Cf., também, o artigo 15 (2) do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o artigo 7 (2) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Legē*”, p. 175, afirma também que estes tratados providenciam validação multilateral à abordagem de Nuremberga ao *nullum crimen*.

⁶¹ Cf. sobre esta informação, Robertson, para. 31.

⁶² Mas SCSL, Judgment, *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, para. 732; MCBRIDE, JULIE, *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, pp. 121, 122, 143, 206 e 207.



LOCAL ADMINISTRATION: A VIEW FROM VEMASSE

MICHAEL LEACH

*Chair, Department of Social Sciences
Faculty of Health, Arts and Design
Swinburne University of Technology*

This paper examines the changing operation of *Suku* councils (formally known as ‘community authorities’) in Timor-Leste from the perspective of those elected to serve in Xefe de Suku (Village Chief) and Xefe de Aldeia (Hamlet Chief) roles. Building on findings first published with Cummins¹ this paper presents findings from a return to the same fieldwork sites in 2014, six years after the initial fieldwork was conducted. It examines the perspective of two elected Xefes in Vemassee sub-district, and their views on the operation of Suku councils and budgets, the *pakote* (package) electoral system, campaigning in the local government context, relations with political parties, and their impressions of the evolving ways Suku councils interact with traditional authorities. It concludes with some specific recommendations from the respondent Xefes for reforms to local administration in Timor-Leste.

Even after the relative intense development of the Indonesian interregnum, the territory of Timor-Leste remained the least urbanised in the Republic of Indonesia². Despite a rapid rate of urban population in-

¹ See DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, “Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government”, in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, 89-104.

² ROD NIXON, Phd Thesis: “*Integrating Indigenous Approaches into a ‘New Subsistence State’: The Case of Justice and Conflict Resolution in East Timor*”, Charles Darwin University 2008, Pp. 386.

crease, Timor-Leste remains a highly rural society, with more than 70 per cent of citizens living outside urban areas. These features present particular challenges to nation builders, especially in ‘new subsistence states’³ characterized by low levels of economic development, and subsistence agriculture as a predominant mode of economic activity outside cities. As Nixon⁴ argues, where a substantial proportion of the national population is reliant on subsistence farming, integration into ‘modern’ economic and political systems regulated by the nation-state may be minimal. Reinforced by poor media, communication and transport links to the capital, such environments are normally characterized by the ongoing presence of ‘local administrative mechanisms capable of operating independently from the state in accordance with the principles of “traditional authority”’⁵. Operating in varying degrees of accommodation or tension with the modern state, these features may limit the propensity of those in rural areas to conceive of their political identity in national terms, in other than purely nominal ways, particularly where important local political issues are resolved without reference to the state. Throughout the 2006 political-military crisis, this feature would prove a protective factor for the *foho* (rural areas), characterized by resilience of subsistence communities⁶, and insulated from the political shocks generated in the capital.

These rural population figures also highlight the importance of a decentralisation agenda, which aims to make East Timorese governance more accessible to rural, regional and traditional communities by devolving functions and budgets to municipal and *sukku* levels⁷. Despite the existence of community authorities and *sukku* elections since 2004-5 local

³ ROD NIXON, “The crisis of governance in New Subsistence States” in *Journal of Contemporary Asia* 36 (1), 2006, Pp.75-101.

⁴ ROD NIXON, “The crisis of governance in New Subsistence States” in *Journal of Contemporary Asia* 36 (1), 2006, Pp.75-101.

⁵ ROD NIXON, “The crisis of governance in New Subsistence States” in *Journal of Contemporary Asia* 36 (1), 2006, Pp.75.

⁶ M. ANNE BROWN (ed), *Security and Development in the Pacific Islands: Social Resilience in Emerging States*. Boulder, Lynne Rienner, 2007.

⁷ RUI GRAÇA FEIJÓ, “Timor-Leste: The Adventurous Tribulations of Local Governance after Independence”, *Journal of Current Southeast Asian Affairs* 34(1), 2015, Pp. 85–114.

suku council authorities have been poorly resourced, with limited mechanisms for actual budget devolution and delivery from Dili. The most recent legislative reforms to *suku* governance⁸ attempt to deal with some of these issues, introducing the possibility of direct *suku* involvement in future municipal development agendas and increased consultative roles on local issues. These critical but as yet unresolved agendas of decentralisation and municipalisation are also clear sites in which to examine the evolving relationships between modern and traditional authority in Timor-Leste.

Suku Governance in Timor-Leste⁹

The principal institutions of local democracy are the *konsellu de suku* (sucu councils), established under Decree Law 5/2004. In 2005, initial legislation had allowed political parties to run candidates in *suku* elections. Notably however, the 2009 revised law proscribed this practice (Decree Law 3/2009). This appeared to be a response to concerns — well-founded in many cases — over the divisive effect of political party campaigning in some local communities in the first round of *suku* elections. In the wake of the 2006 political-military crisis, then Prime Minister Ramos-Horta's government promised to review local administration, to allow traditional political authority mechanisms to be accorded greater status in local administration. The subsequent program of the Fourth Constitutional government declared that these issues were to have priority over the 2007-12 term of the government¹⁰:

⁸ Democratic Republic of Timor-Leste. 2016. Law of Sucos 9/2016, 8 July.

⁹ The first half of this paper draws strongly upon my joint work with Deb Cummins (2012) and I wish to acknowledge her contribution to the earlier phase of the research. I also wish to thank Alex Gusmão for his invaluable research assistance in both fieldwork periods. An earlier version of this paper was published as Leach, M. 2017. 'Local Administration: a view from Vemasse' in S. DE MATOS VIEGAS and R. GRAÇA FEIJÓ (eds.) *Transformations in Independent Timor-Leste: Dynamics of Social and Cultural Cohabitations*, London: Routledge, pp. 210-228.

¹⁰ Democratic Republic of Timor-Leste. 2007. *Program of the Fourth Constitutional Government*. Dili: Presidency of the Council of Ministers, Pp 5.

decentralized participation is accepted as an essential condition for the exercise of citizenship, and, therefore, with the national limitations, local administrations will be ensured, *in strict partnership with traditional administration*, the means and resources needed for it to perform its attributions and competences.

This commitment did not, however, make it into the revised 2009 suku council legislation introduced by the AMP government (Decree Law 3/2009). Despite this lack of formal recognition of traditional authority, an informal integration of traditional and modern spheres of administration continues to occur in *suku* level politics, evident in the migration of notions of legitimacy from the spiritual and traditional realms to the temporal and modern¹¹.

Until further revision in 2016, discussed below, decree Law 3/2009 provided the legal basis for suku councils in each of the 442 *sukus* across Timor-Leste. Each *konsellu* is directly elected by eligible voting members of the *suku* using the *pakote* ('package') system¹² and is headed by the popularly elected *Xefe de Suku*. Other council members include each of the elected *xefes de aldeia* in the *Suku* area, one elder (*ferik* or *katuas*), two women's representatives and two youth representatives: the latter comprised of one man and one woman. In addition to the elected elder, the 2009 law provides for one *lia-na'in* (hereditary spiritual authority with traditional responsibility for dispute resolution) to be appointed by the suku council members at their first meeting following an election. This more recent development makes explicit the hybrid constitution of the suku councils discussed further below, as the *lia-na'in* sits by appointment, and in addition to the elected *ferik* or *katuas* (elder). The wider process of creating municipalities and reformulating district government — including municipal assembly elections — has been repeatedly delayed¹³, until at least 2017. The revised 2016 decree law suggests that

¹¹ See DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, "Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government", in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, Pp. 91.

¹² This refers to the system in which an entire council of candidates seek to be voted in as a single block.

¹³ DAMIEN KINGSBURY, "Decentralization", in Michael Leach & Damien Kingsbury (eds), *The Politics of Timor-Leste: Democratic Consolidation after Intervention*, Ithaca, Cornell University Press, 2013, Pp. 259-274.

sukus will have some form of representation in municipal assemblies in the future, though suku council powers will likely take the form of consulting on and approving municipal development proposals, rather than the power to make binding development proposals themselves (Articles 12 and 16, Law 9/2016).

Hybrid authority in Local Administration

The ‘clash of paradigms’ between traditional and liberal democratic ideas of legitimacy is widely considered to be an important issue for the stability of the nation-state as a whole¹⁴. The balance of this relationship is also considered integral to engaging local communities in nation-building, peace-building and democratization¹⁵. In a study with Cummins¹⁶ we examined the evolving relationship between traditional and modern forms of political authority in local government in Timor-Leste.¹⁷ We found that the representatives of the state at local level, the *xefe de suko* and *xefe de aldeia* continue to be generally drawn from the ranks of the designated ‘ruling houses’ which traditionally dealt with ‘external’ relations. This remains true even in an era of ‘modern’ suko elections, with xefe positions strongly dominated by Liu-

¹⁴ TANJA HOHE, “The clash of paradigms: International administration and local political legitimacy in East Timor”, in *Contemporary Southeast Asia*, 24, 2002, Pp. 569–590; JOSE TRINDADE & BRYANT CASTRO, *Rethinking Timorese identity as a peacebuilding strategy: The Lorosae-Loromonu conflict from a traditional perspective*. Final Report for GTZ/IS. GTZ, European Union’s Rapid Reaction Mechanism Programme, 2007.

¹⁵ ALEXANDRE GUSMÃO and ANNE BROWN, “Política Komunidade no Harii-Dame iha Timor Leste”, in Michael Leach, Nuno Canas Mendes, Antero da Silva, Alarico Ximenes, & Bob Boughton (eds.), *Understanding Timor-Leste: Proceedings of the Timor-Leste Studies Association Conference*, Hawthorn, Victoria, Australia: Swinburne Press, 2010, Pp. 21–25.

¹⁶ DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, “Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government”, in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, Pp. 89–104.

¹⁷ Initial fieldwork interviews in Venilale and Ainaro were conducted by Cummins from August 2008 to February 2009. Interviews in Baucau, Lospalos and Viqueque were conducted by Leach from January to March 2008. Unless otherwise stated, interviews cited in this paper were conducted by the author.

rai families and other traditional authorities. In this way, the interaction of modern and traditional systems at local level has produced hybrid models of local political authority.

The findings suggested that those with *liurai* (political authority) or *lia-na'in* (ritual authority) heritage have proven more effective in modern local government roles and have greater “speaking power” than those candidates from modern political parties without local traditional legitimacy. The challenges for those without customary “speaking power” are considerable, and both the appointed (district and sub-district administrators) and elected officials (members of the suku council, including *xefe de suku* and *xefes de aldeia*) from these backgrounds have commonly failed in their roles.

The coexistence of modern and traditional administration has a long history, and the set of political hybrids that have resulted remain an important context to understanding contemporary local governance in Timor-Leste. The influence of traditional notions of legitimacy varies significantly from one *suku* to the next, depending on patterns set by the local history of traditional-external relations¹⁸. In our initial fieldwork, we identified three models characterising the relationships between traditional and modern authority at the local level: two ‘co-incumbency’ models, and an ‘authorization’ model emphasising a ‘separation of powers’.

Models of Hybrid Authority in Suku Governance

Two types of ‘co-incumbency’ models were identified: a strict co-inheritance approach, and a ‘traditional house candidate’ approach. An example of the first approach was found in *suku* Uai Oli in the sub-district of Venilale, where the *liurai* is required by his community to stand for election as *xefe de suku*. Many in the community believe that if they are not led by the *liurai* the spiritual balance will be upset and the

¹⁸ See e.g. ALEXANDRE GUSMÃO, “Hybrid governance: Electing community leaders: Diversity in uniformity”, in *Local-Global: Identity, Security, Community* 11, 2012, Pp. 180-191; JOSE DA COSTA MAGNO and ANTONIO COA, “Hybrid governance: Finding a new path between ‘lisan’ and democracy at the ‘suku’ level”, in *Local-Global: Identity, Security, Community* 11, 2012, 166-178.

community will become ‘sick’. When the *liurai*’s father and older brother died in 1999, the new *liurai* was required to leave a lucrative job in Dili to return to the *suku* to take on the role of *xefe*. This community had effectively created a hereditary *xefe de suku* system which is legitimated through elections, and parallels the traditional inheritance of authority in the *liurai* family line. However, this mode of ‘co-inherited’ traditional and modern authority appears to be fairly rare. For the role of *xefe de aldeia*, however, the ‘co-inherited’ traditional and modern authority model was far more common¹⁹.

For the role of *xefe de suku*, the more common ‘co-incumbency’ model was the ‘traditional house candidate’ practice of selecting modern local leaders from the *liurai* house. This approach opens the field to a wider range of candidates with traditional legitimacy, and allows scope for the position to change hands more frequently. A common way communities seek to secure legitimacy within both spheres is by electing the most capable and ‘savvy’ candidates from the *liurai* house, thus incorporating an element of meritocratic competition within the traditional leadership pool.

While membership of the *liurai* house remains a highly influential factor in determining legitimate candidature, communities across Timor-Leste are also creatively interpreting traditional requirements, to confer legitimacy upon local leaders who do not emerge from the ‘right’ house. In some *sukus* elected *xefes* without traditional authority have nonetheless satisfied traditional requirements by obtaining the symbolic support of the old *liurai*. This may be termed an ‘authorisation’ model of hybrid local administration. As the sub-district administrator of Lospalos explained:

Culturally they believe that to be a *liurai* you rule people and have a *rota*²⁰. And they say the *rota* is heavy. Someone holding the *rota* must be a *liurai*, because it’s too heavy otherwise. It will cause lot of problems if a leader cannot carry it. When they elect the *xefe de suku*, they have a ceremony, and they invite these old *liurai* to come and to give support, to speak. Here it’s very important to speak because of the verbal culture.

¹⁹ See DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, ‘Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government’, in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, Pp. 98.

²⁰ *Rota*: rattan stick, symbolic of the *liurai*’s rule.

So the *xefes de suku* have a shadow placed behind them by old *liurai*.²¹

The ‘shadow’ cast by the *liurai* over the *xefe* is especially important in relation to any responsibilities that overlap with traditional administration, or the spiritual or ritual life of the community. Some *xefes* explicitly portray the relationship with the *liurai* as one of principal and agent; they act *for* the *liurai*, except in relation to a very narrow band of modern administrative tasks. This ‘authorisation’ is reflected in the ceremonies that follow *xsuku* and *aldeia* elections. As the *xefe de suku* of Caicua village in Vemasse put it, when he was elected, the *liurai* and *lia-na’in* came to speak to legitimise his authority:

They spoke at the ceremony. Because we want keep the old system. We still respect them. The *xefe de suku* was elected to do a government job, but traditional matters will be in their hands. The *xefe de suku* is just like the “hands and legs” of the *liurai*. I am only a servant.²²

This ‘authorisation’ of modern *xefe* power by traditional authorities is a key feature of political hybridity in the rural areas of Timor-Leste. In cases of the traditional authorisation of elected leaders there are nonetheless many areas of ritual communal life in which the elected *xefe de suku* cannot play a role. As such, the balance between modern and traditional authority is often expressed in terms of a strict separation of powers. This is the case in the *suku* of Caicua, Vemasse:

I was elected as *xefe de suku* only, and my job to deal with the administrative matters to bridge people and government... In regards to the traditional matters, I call the descendants of *liurai* to deal with matters. I considered them as a *rotan-na’in*. They are *lia-nain*. The *xefe de suku* is only administrative position. I organise all the activities in related to state matters, and the traditional matters I leave to the descendants of *liurai* to deal with.²³

Exercising authority

While *suku* elections are an important moment in the negotiation between customary and state-based authority, the more critical test lies

²¹ Interview Jacinto da Costa, subdistrict administrator, Lospalos, January 29, 2008.

²² Interview with *Xefe de Suku* Caicua, Vemasse, Baucau, March 3, 2008.

²³ Interview with *Xefe de Suku* Caicua, Vemasse, Baucau, March 3, 2008.

in the day-to-day exercise of authority between elections. Experience since independence suggests that those *xefes de suku* without traditional legitimacy have struggled in their roles. Almost without exception, interviewees noted that the responsibilities of the *xefe de suku* in coordinating and leading the people within the *suku* are significantly easier if the elected leader is of *liurai* heritage. Traditionally, it is important that leaders know “how to speak” the ritual forms of language that command authority. In a culture where authority is often measured against eloquence, a traditionally legitimated leader has a much better chance of being viewed as an effective leader than one who does not. Those with *liurai* heritage as the holders of ritual words clearly possess greater “speaking power” than those lacking traditional legitimacy. One respondent referred to this as the “secret voice” possessed only by traditional authorities²⁴, which authorizes and gives the protection of the *lia-na’in* to the new *Xefes*²⁵. As the district administrator of Viqueque explains, this is an important issue for *Xefes de Xuku* who are elected on grounds other than their traditional legitimacy:

We have *sukus* here who elected the *xefe de suku* from the *liurai* house. And experience tells us that these *sukus* don’t have a problem. But those who elected people from outside, elected some people because they think they are clever—they can read, they can write—or have tradition in politics—those *sukus* have problems all the time. It doesn’t matter what they do—even if they do the same thing. The *xefes de suku*, if not descendants of the *liurai* have a lot more problems. So I think this needs to be put into consideration, the psychology—I say that we need change to be gradual.²⁶

More broadly, the interviewees suggest that traditional leaders elected to *xefe* positions face lower expectations, particularly in terms of their ability to connect with external networks. By contrast *xefes* without traditional legitimacy need to demonstrate success to justify their position. Success or failure is often measured against the ability to deliver communal resources such as schools, medical services, or better roads.

²⁴ See Traube (1986) for a useful discussion of notions of a ‘secret voice’.

²⁵ Interview with *lia-na’in* and *Xefe de aldeia* of Uailakama, Vemasse, Baucau, March 2, 2008.

²⁶ Interview with District Administrator, Viqueque, January 30, 2008 (emphasis added).

In effect, *xefes* who cannot claim customary authority through *lisan* must perform in a manner more analogous to the ‘Big Men’ leaders of Melanesia, and demonstrate material success in a manner not necessarily expected of traditional leaders. For example, during the 2004/5 *suku* elections, affiliation to political party became an important consideration as it was generally felt that those allied to the party forming national government would have a better chance of securing resources..

Democracy Old and New: The centrality of *Lisan*

The significance of *lisan* lies not only in the spiritual realm, but also in the temporal and practical ordering of intra-group relations. As Cummins argues²⁷, while different in form from liberal democracy, and subject to a range of hierarchies associated with gender and age, *lisan* continues to enjoy legitimacy within local communities because it displays many characteristics that people describe as ‘democratic’. One elder in Venilale described the institution of *nabe biti boot*²⁸ as the “old democracy”²⁹ of Timor, designed to involve everyone affected in resolving an issue through reaching consensus³⁰. This, he argued, was preferable to the “new democracy” which he saw as disconnected from those who live in the rural areas, and the preserve of Dili-based elites. While there are distinct conceptions of democracy at play here, the ongoing popular legitimacy of customary institutions such as *nabe biti boot* underscores the need to take customary practices of dispute resolution seriously. Where the ‘new democracy’ has often been equated with divisive conflict between political parties, the ‘old democracy’ embodied in rituals such as *nabe biti boot* is seen to encourage consensus and communal cohesion.

²⁷ DEBORAH CUMMINS, “Democracy or democracy? Local experiences of democratisation in Timor-Leste”, in *Democratization*, 17, 2010, Pp. 899–919.

²⁸ ‘*Nabe biti-boot*’: spreading out the mat. A customary method of resolving issues or disputes by consensus, presided over by a *lia-na’in* (traditional dispute resolution authority).

²⁹ Interview with D. Cummins, Venilale *katuas*, November 21, 2008.

³⁰ DIONÍSIO BABO SOARES, “Nahe Biti: The Philosophy and Process of Grassroots Reconciliation (and Justice) in Timor-Leste”, in *The Asia Pacific Journal of Anthropology*, 5 (1), 2004, Pp.15–33.

Conversely, there are limits to the extent that customary institutions can satisfy the requirements of a liberal, citizenship-based democracy. While *lisan* is central to traditional understanding of political community, customary law must inevitably accommodate liberal democratic conceptions of citizen equality. Notions of class, masculine authority and hierarchical leadership are deeply embedded in *lisan*, privileging certain family lines which have access to the ‘ritual words’ that are essential to holding traditional leadership. Certain aspects of the legislation that shapes modern *suku* administration are designed to address these issues, including the requirement for women and youth representatives on the *suku* councils. As Cummins notes, however, a combination of factors (including the under-resourcing of councils and the norms of *lisan*) mean that women and youth representatives are rarely empowered to take active roles in local community decision-making³¹.

Of course, in the twenty-first century, few political parties can countenance the idea of gender and age inequality common to traditional institutions. But in rural communities, both *lisan* and ‘modern’ democracy are often proudly proclaimed as the joint inheritances of the independence struggle. A common phrase, repeated throughout fieldwork, was that *lisan* and democracy must “walk together”³². This central belief in the need for co-habitation normatively defines the attitudes of many rural East Timorese to interaction between modern and traditional governance.

Xefe reflections on Suku Governance in 2014

In 2014, I returned to some of the same fieldwork sites from the earlier study. This was an opportunity to revisit the themes discussed six years earlier, with the Xefes now having accumulated experience of the revised 2009 Suku Council legislation, the newer *pakote* system of election, and reflecting on the evolution of their relationships with traditional authorities.

³¹ DEBORAH CUMMINS, “The problem of gender quotas: Women’s representatives on Timor-Leste’s *suku* councils”, in *Development in Practice*, 21, 2011, Pp. 85–95.

³² See DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, “Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government”, in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, Pp. 94.

Local Elections

The *pakote* (package) system – which places an entire suku council of candidates on one group ticket, competing with other tickets - drew strong criticisms from the Xefes in Vemasse sub-district when interviewed in 2014. Though it simplifies the voting process, they argued that it tends to create 'yes men' on the council, as the members are dependent on the vote of the Xefe de Suku candidate. Having witnessed both systems of suku election since independence, group tickets were especially concerning to Xefe Suku of Caicua³³, who argued that the selection process prevented the best council being formed.

The Package system is not suitable for our condition. For example, in my package I have candidates for Xefe Aldeia and all members of council. When it comes to elections, it creates a dilemma for the voters. Some prefer to elect me, but not members of my council. Like it or not, members of Suku council automatically come with me.

The Xefe Suku of Caicua went on to note that he would prefer some members of the opposing *pakote*, but local loyalties meant they had joined an alternate xefe candidate's ticket. For his part, the Xefe Aldeia of Uailakama³⁴ argued that the *pakote* system had in effect allowed a return to the deficiencies of the party system, as some lead xefe candidates choose council members from their own political parties.

Also related the *pakote* system of candidature, the xefes also complained of lack of skills among some of their council members. As the Xefe Suku of Caicua argued, the system tends to exacerbate human resources constraints in the sukus by preventing direct election of the most qualified candidate for council positions:

There were problems because we put together people who don't have skills. If I was listed as candidates from package A, people will elect me, regardless of who will be members of Suku Council. What happened is they create a headache! The Suku Council is supposed to design a plan, for heads of the villages to direct. Sometimes I developed

³³ Interview with Xefe Suku of Caicua, Sub-District of Vemasse, 31 August 2014

³⁴ Interview with Chefe Aldeia of Uailakama, Sub-District of Vemasse, 15 August 2014.

a plan, and gave it to them, but they were not able to implement it. The problem is they don't know how to make a plan. That's why for every program, I am always there to look after it directly. It is important to keep the trust of donors.

By contrast, the Xefes argued that the bar on political parties had been a positive development in the 2009 legislation. In the era before 2009, dealing with parties was an inevitable feature of attempts to secure resources from the national government. The Xefe Suku of Caicua — an independent — described the partisan Xefes of that era as having “two orientations”: to both their political parties, and to government. This, he argued, made it easy to be ‘manipulated’, as some suku leaders would attempt to undermine government programs from the opposing party, to make the current government look unsuccessful in the eyes of the community, and influence the opinion of voters in coming elections. By contrast, the Xefe argued, where suku leaders are independent, there is no such conflict of interest: “If I develop a plan, there is no political interference.”

The Xefe Aldeia noted similar problems with the formerly partisan electoral system, which he considered corrosive of community solidarity:

These groups create division among us. If we relied on this, we couldn't mobilize people. If we give an order or plan, people won't follow it because we are not neutral. People here are not only Fretilin, but some PD, CNRT, or Frente Mundaça. There is a mix of members in the community. We must embrace all of them. In my experience, when parties are involved in the process of local leader elections, it wasn't easy to face the community, we faced many problems. ... It is better to have neutral local leaders so they can communicate with all people.

The Xefe Suku also reflected upon the limitations he had faced as an independent before 2009. Obtaining program support government had, he found, been difficult, because “they look at the political background” of the Xefes. As such, most development in his Suku had been sponsored by NGOs.

The Clean water was financed by Red Cross, the three dollars project was financed by ILO. Cleaning program in our village was financed by WFP. My village hardly got support from government. I don't know why, perhaps it is because I was elected from independent side. If I was from one political party, maybe it would have been different.

Despite the changes in 2009, campaigning in the local government environment still presented challenges to the local community, even after the proscription of political parties. For the Xefe Suku Caicua, the competitive contest between two *pakotes* was still confusing and divisive for the suku electorate. As a result, he and the competing Xefe Suku candidate had campaigned together in the suku election. As he explains:

At time the package program was introduced, there two packages, myself and our brother Eduardo. We got support from government USD 120 to do the campaign...I told him that the people on the top are using democracy to gain power for their own interests. We are different. Please go with me to campaign together, at least in this sub-district of Vemasse... we don't want to confuse people. We called a public meeting. Then we went together to talk with people about our program, and we let the people determine their vote. At the end the people trusted and elected me.

Suku Governance

The Xefes interviewed in Vemasse were also concerned about the legal status of the Suku Councils, formally defined under legislation as 'community authorities', but not considered part of the state administration, arguing that their limited capacity to make demands on central government rendered them 'powerless'. As the Xefe Suku of Caicua noted, of Decree Law 7/2009, "decisions of the Suku Council can't be forced on government to implement. We are not part of the government. So, what can we do?" Earlier in 2014, the Xefes from Vemasse had joined a larger number of suku representatives in a joint meeting with the National Parliament to clarify the role of the suku administrations in national governance structures. Among other issues, the suku delegation had raised the issue of support for retiring xefes. This was a clear response to the issue of generous life pensions for former MPs, a high profile debate that had been taking place nationally for several years.

Operation of the suku budget was another key concern of Xefes. Though monthly budget allocations have improved greatly in recent years, the slow pace of decentralisation means that mechanisms for budget delivery are still cumbersome. Budget allocations are frequently de-

terminated by the goodwill of district or central authorities, rather than being seen as a fundamental right of the *sukus* themselves – except for the meagre payments to the *xefes*. As the *Xefe Suku* of Caicua noted:

In the past we got USD 65 per month for office work and expenses. Can you imagine, if we go attend meetings in Dili, we need buy food, transport, and accommodation. How can we survive with this money? Now we receive USD \$100 per month. This is a sort of incentive, but we hardly ever receive it on time, sometimes it takes 3- 6 months ... sometimes it's almost the end of the year when we receive the money. Sometimes we have to borrow money first to do the activity, when the money arrives, we pay it back later.

Some of these issues were later addressed in the 2016 *suku* law reforms. While decentralisation legislation will enable certain responsibilities to be devolved from Municipalities to *konsellu suku*, this will occur at the discretion of municipalities, and the new 2016 law offered no wider recognition of the *konsellu sukus* as part of the state administration. While *sukus* will in future have stronger consultative roles on local issues, and potentially the right to approve proposals from the municipality, they will still have no real decision-making power in terms of initiating expenditure proposals which would be binding on the state (Article 16, 9/2016). *Suku* chiefs remain dissatisfied with these outcomes.

Now serving his second term, the *Xefe Suku* of Caicua reflected on the evolving experience of local governance, describing his first term as the more difficult while the system of *suku* councils was being established: “when I became head of the village here, I only won votes, I got nothing. So I led this village from zero, there was nothing here. No chair, no table, no papers and pens, no words”. During his initial tenure difficult he faced some discontent from party militants in the area over the fact that he was an independent candidate. Conducting small projects with NGO assistance, he set up a finance mechanism to avoid keeping funds personally. According to his own account, over time this transparent approach, in conjunction with extensive consultation with the community, slowly built trust. Even so, he found it difficult to support his family with the \$15 per month he received at the time. As a consequence, he initially decided not to re-candidate for the second term. The pressure he received from the community to run again was enormous, as he details:

Time was running and the registration of candidates was almost closed, then one of the elders, Katuas Mariano, said: “if you don’t want to re- candidate, you must show us where your grave is, so we can go there to put a flower there... then we can go find other candidates...”. When I heard that, I could hardly speak, what I can I do? It was a very harsh word. My wife didn’t want me to run because political parties interfere with my work. I told her that in the past, we rule people, today we serve people. That’s the consequence of having an independent country.

Strength of Custom

The Vemasse Xefes noted that the post-independence period had been one of the ‘rebuilding’ of tradition, of reasserting *lisan* and physically rebuilding the Uma-Luliks³⁵. As the Xefe Aldeia noted “during the war, we were separated from each other, we hardly met each other. In this situation now, culture can be a bridge to bring us together”. He argued that the rebuilding of the sacred houses across the thirteen districts meant that problems within families or communities could now be addressed in the traditional manner: “we can go back to our uma-lisan and communicate with each other and with our ancestors to find a solution.” (Xefe Aldeia, Ualikama).

Following the forced displacements of the Indonesian era, the Xefe Suku Caicua noted that communities from Vemasse had been finding relatives and connections as far afield as Viqueque in the post-2002 era. Despite the separation, he argued, the “spirit of family” remained strong owing to the common culture they shared:

The relationship since our ancestors’ time is still strong. It is fundamental. The culture keeps our relationship firm. We found that our family is everywhere and we never knew each other before, but we found family from Uaimori, Uatu-Carabau, Ossoala and other places as well. That’s good thing about our culture.

³⁵ See e.g. ALEXANDRE GUSMÃO, “Hybrid governance: Electing community leaders: Diversity in uniformity”, in *Local-Global: Identity, Security, Community* 11, 2012, Pp. 180-191; JOSE DA COSTA MAGNO and ANTONIO COA, “Hybrid governance: Finding a new path between ‘lisan’ and democracy at the ‘suku’ level”, in *Local-Global: Identity, Security, Community* 11, 2012, 166-178.

While the Xefes believed that traditional cultural practices had become stronger in the post-independence era, they argued that some aspects of tradition needed to be reformed. It is here that the shifting borders between modern and traditional perspectives are evident in the evolution of local cultures. Reforms to *barlake* (dowry payments by wife-taker families) were foremost among these³⁶. These practices were held to be “weakening the family economy”, with wife-taker families fearing humiliation and excessive debt, at the expense of their children’s educations. The Xefes both agreed that the price of dowries needed to be reduced and regulated. As the Xefe Aldeia put it:

Today is better. Cultural practices are getting stronger. One of the good things is they reduced the amount of dowry. In the past the wife-taker has to give a lot of buffalos, up to 12 or more, but today they reduce this to two or three. The important thing is for the families concerned to be humble and accept the difficulties. We have to move on, and the relationship will be kept for the future generation. So, with flexibility, the cultural practices are stronger. By reducing the dowry... they can support their children to go to school.

There were however important developments in a public campaign by NGOs to reduce the burden of the traditional *barlake* bride price, and to take the needs of the family economy into greater account. This campaign represented an important moment in the evolving relationship between tradition and the politics of national development, with a public campaign urging East Timorese to sell their buffalo and other livestock to restaurants through the cash economy, rather than cater excessively to the demands of tradition. In late 2014, the Xefe Suku Caicua noted that he had met recently with the national NGO BELUN to discuss the issue. While this campaign appeared to be having some success, other types of conflict-resolution interventions from NGOs have had mixed outcomes in local communities.

³⁶ See e.g. KELLY SILVA, “Foho versus Dili: The Political Role of Place in East Timor National Imagination”, in *Revista de Estudos Anti-Utilitaristas e Pos-Coloniais*, 1(2), 2011, Pp.145–165.

Tara-Bandu: Old and New

The Xefes from Vemasse offered two distinct examples of conflict resolution and the use of Tara-Bandu³⁷. These case studies highlight the shifting borders between the modern and traditional, and also illustrate the limits of modern interventions into traditional practices. The first bears upon the relations between xefes and traditional authorities. The Xefe Suku of Caicua noted the basic formula used to examine disputes at the suku level is to first analyse the type of the problem. If it is a crime, they contact the police, which they consider an important aspect of ‘educating our people’. In this event they usually accompany the perpetrator. If police consider it a matter to be sent back to the village, the xefe will discuss it with the victim. With the victim’s agreement, the matter is then dealt with in the traditional manner. In this first example, the Xefe Suku discusses how a particular conflict involving martial arts groups was resolved in practice, using traditional norms of dispute resolution.

There was fighting between two groups from Caicua and Vemasse at New Year 2010. Young people from my village were involved, including members of the Suku Council. 36 people were captured and taken to Baucau for preventative detention. I coordinated with police. We agreed with law enforcement and took them back to Vemasse to solve it using the traditional way. We did a Tara-Bandu, we sacrificed one Buffalo and one Pig. We did it at different levels: one at the suku level, and one at sub-district level. We use traditional prayers and promises. If they do it again, they have they have to pay back all the expenditure used for this ceremony. Further, they will get a curse. The situation has been

³⁷ ANDREW MCWILLIAM, “Houses of Resistance in East Timor. Structuring Sociality in the New Nation”, in *Anthropological Forum*, 15 (1), 2005, Pp. 27–44; “Customary Governance in Timor-Leste”, in David Mearns (ed), *Democratic Governance in Timor-Leste. Reconciling the Local and the National*. Darwin, Charles Darwin University Press, 2008, Pp. 129–142; LAURA S. MEITZNER, “The Tobe and Tara Bandu: A Post-independence Renaissance of Forest Regulation Authorities and Practices in Oecusse, East Timor”, in Roy Ellen (ed), *Modern Crises and Traditional Strategies: Local Ecological Knowledge in Island Southeast Asia*. New York, Berghahn, 2007, Pp.220–237.

calm since then.

In these processes, the Xefe Aldeia highlighted the central role of the traditional authorities when a conflict is resolved.

If there is problem among young people from two *Knuas*, only the *Lia-na'in* can sit together with them, and solve the dispute and make it sacred (*moruké*) using *lisan*. When problem solve using this way, it lasts longer. Young people will think twice before they start again another fight.

By contrast, in another example, the Xefes spoke of a Tara-Bandu project organised by the Sub-district administration of Vemasse. As Belun and the Asia Foundation have noted (2013), a wide range of Tara-Bandu processes have been established with government or NGOs support (see Silva, 2017). In instances where there has been insufficient community involvement, especially where conflict is involved, these Tara Bandu processes have had mixed results³⁸. The report also highlighted the importance of involving local *Lia-na'ins* and consulting with them over local cultural norms (2013, 37). In Vemasse, the experience was similar one. As the Xefe Suku explains, there were issues with the design of this Tara-bandu project:

Only four villages established the Tara-Bandu. The other three didn't go. If we want this, we need to socialize it so people understand. And do it comprehensively: if we only do one part, what about the other? People in seven villages are connected to each other, their animals as well, their gardens as well. Everything is linked. Therefore, we need a proper plan. So, I doubt the legitimacy of the Tara-Bandu that was established. I suspect that it won't last long. We need to do it correct way and must involve a wide range of people.

The Xefe went on to note that a well-designed Tara-Bandu they must contain the three components of relationship of people to people, people with animals, and people with the environment. He had refused to participate in the recent process which he considered to be badly designed, in focussing on just one of these features in addressing local conflicts.

³⁸ Belun and the Asia Foundation. 2013. *TARA BANDU: Its Role and Use in Community Conflict Prevention in Timor-Leste*. June. Available: <https://asiafoundation.org/resources/pdfs/TaraBanduPolicyBriefENG.pdf>

Role of Traditional Authorities

On our return to Vemasse in 2014, the Xefes made interesting comments on relationships between modern and traditional local authorities in processes more strongly associated with one particular domain. Their comments illustrated some dimensions of new hybrid models in practice, as they are evolving in *sukus* in Timor-Leste. As the Xefe Aldeia explained, while traditional authorities have greater legitimacy in local dispute resolution, the xefes, as local representatives of modern authority, are required to be involved in the final stages as witnesses to the outcomes.

The *lia-na'in* has more authority. When they mediate and solve a problem, it will last longer; they are more legitimate compared to elected xefes. But when they conclude it, they will report what is going on to the head of the aldeia or suku. The problem normally ends with final stage called “reconciliation”. When it reaches this stage, the elected authorities will be invited to be a witness.

On the other hand, the xefes reported problems in suku council processes following the 2009 legislation’s incorporation of elements of traditional authority into the Council. As the Xefe Suku noted, one impact of the newer *pakote* system is the requirement to have elders on the suku council. Since 2009, elders are elected members, while a *Lia Na'in* may also be appointed to the council after the election. The Xefe Suku reported that some of these members have difficulty understanding council processes. He also noted that some successful *pakotes* have not included the ‘real’ *lia-na'in* of the relevant areas, but rather a competing elder, as required by the *pakote* system. This had reduced the effectiveness of the council in dealing with issues of local conflict.

Despite these issues, in their day to day activities, the Xefes noted that they frequently require the assistance of the *Lia Na'in* to mobilise people to support suku programs. As the Xefe Aldeia noted:

People have less respect for head of the village. But it is not so with the *Lia na'in*, they have more respect and loyalty compared to us. If there is a requirement to do collective work, we can’t go and give orders directly to community. We will work with *lia-na'in* in each *kenua*, and they

will organize their own people to do the work. If we didn't organize with *Lia-na'in*, no one would come to work.

Reflecting on these experiences of suku programs, the Xefe Suku argued that councils should be reformed to incorporate the *Lia Na'in* from each *knua*, to better mobilise the suku populations. To the Xefe Suku, this would represent an acknowledgment of the realities of power in rural communities in Timor-Leste.

Lia-na'in still play a very important role here. Our government has a program of Pre-decentralisation-. I am thinking of making a structure down to the next level too. This is because our current structure has no room for a potential *lia-na'in* from each *knua* and *bairro*. Their involvement should not only stop at *aldeia* level, but should go further, to the next level down. Their involvement should come from *Bairro* to *Knua*, from *Knua* to *Aldeia* and from *Aldeia* to *Suku*. We need to consider this in budget planning as well, so when we move, we move from the lower levels, not just *aldeia* and *suku* level. We need to consider their rule in their own communities.

Relations with the Liurai

While the specific nature of these evolving hybrids varies from suku to suku, in Vemasse, the Xefes in 2008 commented on the need for balance, and for a clearly delineated separation of powers in the suku.

We leave the traditional matters to *Liurai*. If there is traditional ceremony here, I ask the descendant of the *Liurai* to represent, I will never go there. If we are going to receive a flag, I will pass it him to go. I only organize and administer, I don't lead traditional ceremonies. If they want to put hand to me, I tell them that it is not right. I am elected to coordinate the work for community, if things are related to custom, that's the role of the *liurai*...

Yet by 2014, the Xefe Suku would make somewhat stronger assertions of the xefes' right over the business of the suku council than in 2008, when he described himself as 'the hands and legs' of the *Liurai*,

and ‘only a servant’ of traditional authorities³⁹. This took the form of a more forceful assertion of separate spheres, requiring mutual respect.

The important thing is when it comes to implementation, we have to put things in their right place. The Xefe Suku shouldn’t take a responsibility of the *Liurai*, and vice-versa, the *Liurai* shouldn’t oppose the suku council plan. That’s not right. It will impede development. We need to support each other. So, if things are related to government, it is an area of the Xefe Suku; if things are related to tradition, the *liurai* is the one to deal with.

The Xefe Suku went on to discuss changing patterns of candidature for xefe roles as well. Though Caicua presented an example of ‘authorisation’ model, the Xefe Suku suggested that the requirements for becoming a xefe, even for *Liurai* descendants, would in future be more performative in orientation.

Today there is a change. If they want to be Xefe Suku, they must compete, it won’t be automatic. If people like them, people will elect them. If the descendants of *liurai* would like to be a Xefe Suku, they will need to prepare themselves and compete with other candidates. Working for government is different.

Conclusions

Asked to reflect on the operation of the suku councils, the Xefe Suku of Caicua suggested major reforms to the current structure. These included legal changes to ensure that Suku Councils were formally recognised in the national government structure as representatives of local communities. He also questioned the two-term limit for Xefes, which to his mind was incompatible with local expectations of leadership, as illustrated in the story of his failed attempt to avoid re-candidature for a second term. The 2016 reforms to the suku law addressed this point, providing for terms of office to be extended to seven years, with re-election now permitted more than once (Article 20, 9/2016).

³⁹ See DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, “Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government”, in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, Pp. 100.

The Xefe Suku also supported government plans for greater budget allocation to each suku to enable proper planning, though he also emphasised that an improvement in the skills of suku council members would be required to enact proper local plans. To his mind, the increased responsibility of larger suku budgets would lead to increased professionalism, and would prove a transformative change.

In terms of the electoral system governing suku councils, the Xefe Suku recommended that the *pakote* system be abolished in favour of the direct election of the xefes, who would then be empowered to select their own suku council. This, to his mind, would solve the issue of quality candidates from losing *pakotes* being unable to serve on councils. An additional proposal suggested by the Xefe Suku Vemassee would see the suku council members appointed by communities at the *knua* or *bairro* level, as direct representatives of these smaller units. This, he said, would place trust in those communities to select their best representatives, and encourage greater grass roots participation from those levels.

The new 2016 legislation did in fact abolish the *pakote* system, in favour of direct election of Xefes at aldeia and suku levels (see Articles 43 and 64, 9/2016), with other members of *konsellu suku* being elected by Aldeia assemblies (consisting of all Timorese registered voters in the aldeia), with the exception of the *lia na'in* and youth representatives, who are appointed at the first meeting of the *konsellu suku* (Article 13). An earlier proposal for indirect election of xefe de suku was changed to direct elections after some initial controversy.

For his part, the Xefe Aldeia of Uailakama reflected more broadly on the impact of democracy on his community, noting that the transition from authoritarian rule to democracy had transformed the political culture, and brought new expectations to the aldeia:

In the past, during the occupation, our community was under pressure. When there were orders from local authorities, member of the community participated. But today, enjoying the democracy era, leaders have to be more patient. Meanwhile, the people are less patient... It is hard to mobilise people to clean up their community, especially young people. Supposedly, people are now more aware, but they participate less when required to contribute their time and energy for the community. It seems like people put more emphasis on individualism, and less on collective action.

He also reflected on the significant and recent development of electricity in the *aldeia*. Coming from a traditional community capable of relatively autonomous subsistence, his comments illustrate the substantive link between state-building and nation-building agendas. The concrete achievement of the electrification of the suku promoted favourable contrasts with previous regimes, evidencing a greater sense of affiliation with the nation-state. This highlighted the way state-building is a potentially transformative of wider sense of political community.

The big achievement is electricity. We have got electricity in our house. During Portuguese colonialism, during the Indonesian occupation, and 12 years of independence, only last year we got electricity. That's the most valuable development that we have had. Even though we have difficulties in getting water, and the road is one of the big challenges here... what I see the most is electricity... it is moving as a state and country.

This paper has examined the evolving interaction of modern and local authority in one suku in Vemasse, noting some shifts in these relationships between 2008 and 2014. It has been suggested that new hybrid modes of authority are emerging in suku governance, as tradition and democracy 'walk together'⁴⁰. It also suggests that the particular character of these hybrids are in flux as modern practices of local government evolve in Timor-Leste, impacting upon pre-existing cultural attitudes and norms of hierarchy associated with age and gender, yet without radically displacing the core legitimacy associated traditional authorities in rural communities.

REFERENCES

BABO SOARES, Dionísio. 2004. "Nahe Biti: The Philosophy and Process of Grassroots Reconciliation (and Justice) in Timor-Leste", in *The Asia Pacific Journal of Anthropology*, 5 (1):15–33.

⁴⁰ See DEBORAH CUMMINS and MICHAEL LEACH, "Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government", in *Asian Politics and Policy* 4(1), 2012, Pp. 94.

- Belun and the Asia Foundation. 2013. *Tara Bandu: Its Role and Use in Community Conflict Prevention in Timor-Leste*. June.
Available: <https://asiafoundation.org/resources/pdfs/TaraBanduPolicyBriefENG.pdf>
- BROWN, M. Anne (ed). 2007. *Security and Development in the Pacific Islands: Social Resilience in Emerging States*. Boulder, Lynne Rienner.
- CUMMINS, Deborah. 2010. “Democracy or democracy? Local experiences of democratisation in Timor-Leste”, in *Democratization*, 17: 899–919.
- CUMMINS, Deborah, 2011. “The problem of gender quotas: Women’s representatives on Timor-Leste’s suku councils”, in *Development in Practice*, 21: 85–95.
- CUMMINS, Deborah and Michael LEACH. 2012. “Democracy Old and New: The Interaction of Modern and Traditional Authority in East Timorese Local Government”, in *Asian Politics and Policy* 4(1): 89–104.
- Democratic Republic of Timor-Leste. 2007. *Program of the Fourth Constitutional Government*. Dili: Presidency of the Council of Ministers.
- Democratic Republic of Timor-Leste. 2016. Law of Sucos 9/2016, 8 July.
- FEIJÓ, Rui Graça. 2015. Timor-Leste: The Adventurous Tribulations of Local Governance after Independence. *Journal of Current Southeast Asian Affairs* 34(1): 85–114.
- GUSMÃO, Alexandre. 2012. “Hybrid governance: Electing community leaders: Diversity in uniformity”, in *Local-Global: Identity, Security, Community* 11: 180–191.
- GUSMÃO, Alexandre, and BROWN, Anne. 2010. “Política Komunitade no Harii-Dame iha Timor Leste”, in Michael Leach, Nuno Canas Mendes, Antero da Silva, Alarico Ximenes, & Bob Boughton (eds.), *Understanding Timor-Leste: Proceedings of the Timor-Leste Studies Association Conference*, Hawthorn, Victoria, Australia: Swinburne Press, 21–25.
- HOHE, Tanja. 2002. “The clash of paradigms: International administration and local political legitimacy in East Timor”, in *Contemporary Southeast Asia*, 24: 569–590.

- KINGSBURY, Damien. 2013. "Decentralization", in Michael Leach & Damien Kingsbury (eds), *The Politics of Timor-Leste: Democratic Consolidation after Intervention*, Ithaca, Cornell University Press, 259-274
- MAGNO, José da Costa and António COA. 2012. "Hybrid governance: Finding a new path between 'lisan' and democracy at the 'suku' level", in *Local-Global: Identity, Security, Community* 11: 166-178.
- MCWILLIAM, Andrew. 2005. "Houses of Resistance in East Timor. Structuring Sociality in the New Nation", in *Anthropological Forum*, 15 (1):27-44.
- MCWILLIAM, Andrew., 2008. "Customary Governance in Timor-Leste", in David Mearns (ed), *Democratic Governance in Timor-Leste. Reconciling the Local and the National*. Darwin, Charles Darwin University Press:129-142.
- NIXON, Rod. 2006. "The crisis of governance in New Subsistence States" in *Journal of Contemporary Asia* 36 (1): 75-101.
- NIXON, Rod, 2008. Phd Thesis: "Integrating Indigenous Approaches into a 'New Subsistence State': The Case of Justice and Conflict Resolution in East Timor, Charles Darwin University;
- SILVA, Kelly. 2011. "Foho versus Dili: The Political Role of Place in East Timor National Imagination", in *Revista de Estudos Anti-Utilitaristas e Pos-Coloniais*, 1(2):145-165.
- SILVA, Kelly. 2017. "Managing resources, persons and rituals: economic pedagogy as government tactics" in in S. de Matos Viegas and R. Graça Feijó (eds.) *Transformations in Independent Timor-Leste: Dynamics of Social and Cultural Cohabitations*, London: Routledge..
- TRAUBE, Elizabeth G. 1986. *Cosmology and Social Life*. Chicago, University of Chicago Press.
- TRINDADE, Jose, & CASTRO, Bryant. 2007. *Rethinking Timorese identity as a peacebuilding strategy: The Lorosae-Loromonu conflict from a traditional perspective*. Final Report for GTZ/IS. GTZ, European Union's Rapid Reaction Mechanism Programme.
- Available: http://www.indopubs.com/Trindade_Castro_Rethinking_Timorese_Identity.pdf

YODER, Laura S. Meitzner. 2007. “The Tobe and Tara Bandu: A Post-independence Renaissance of Forest Regulation Authorities and Practices in Oecusse, East Timor”, in Roy Ellen (ed), *Modern Crises and Traditional Strategies: Local Ecological Knowledge in Island Southeast Asia*. New York, Berghahn: pp.220–237.



DA POTENCIAL IMPORTÂNCIA DO REGISTO PREDIAL PARA TIMOR-LESTE

MÓNICA JARDIM¹

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito Da Universidade De Coimbra

SUMÁRIO: *Da ausência de um sistema de Registo Predial em Timor-Leste; 2. Do surgimento dos sistemas de Registo Predial a nível internacional; 3. O Cadastro implementado em Timor-Leste torna desnecessário um sistema de Registo Predial?; 4. Da importância de um sistema de Registo Predial em Timor-Leste; 5. O futuro sistema de Registo Predial de Timor-Leste.*

1. Da ausência de um sistema de Registo Predial em Timor-Leste — A ausência de um sistema de Registo Predial em Timor-Leste, em finais de 2018,

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde é regente, na licenciatura, da disciplina de Direito das Coisas (2.º turma) e da disciplina de Direito dos Registos e do Notariado e no mestrado Científico, da disciplina de Direito Imobiliário e Registral.

Membro e Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Presidente do Centro de Estudos Notariais e Registrais (CENoR).

Membro Cooptado, por reconhecido mérito científico, do Conselho do Notariado de Portugal.

Académica da Academia Brasileira de Direito Registral.

Académica da Academia Notarial Brasileira.

Membro do Conselho Editorial dos “Cadernos do CENoR”

Membro do Conselho Editorial da Revista: “Cadernos da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo”

Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Imobiliário.

Membro do Conselho Internacional da Revista Forense.

Presidente do 3, 4 e 5 Concurso de Provas Públicas para a Atribuição do Título de Notário em Portugal.

pode gerar, num primeiro momento, surpresa, principalmente quando se sabe que as ex-colónias portuguesas, após a independência, mantiveram em vigor o sistema de Registo Predial “herdado” de Portugal ²

No entanto, quando se conhece ou recorda a história recente de Timor-Leste percebem-se as questões e problemas relacionados com o direito à terra e, conseqüentemente, a dificuldade de, pelo menos até data relativamente recente, instituir um sistema de Registo Predial.

Para se compreender o acabado de afirmar, antes de tratarmos do tema proposto, faremos uma breve referência a quatro períodos decisivos da história de Timor-Leste.

A saber: 450 anos de colonização portuguesa; 24 anos de ocupação indonésia (1975-1999); o período de transição sob a administração da UNTAET (1999-2002); o período posterior a Maio de 2002, altura em que ocorreu a restauração da independência ³.

A colonização portuguesa

Em Timor-Leste, a presença portuguesa remonta a 1513, tendo durado 450 anos. Mas, a verdade é que o território só se tornou numa província ultramarina a partir de 1896, e esta só foi formalmente reconhecida a partir de 1926. Acresce que, até meados do século XIX, a presença portuguesa em Timor-Leste se limitou à ocupação, de cariz exclusivamente mercantil, de cidades portuárias localizadas no norte da

² O Código de Registo Predial de 1967 — Decreto-Lei n.º 47 611, de 28 de Março — mantém-se em vigor em Angola, não obstante as múltiplas alterações que lhe foram introduzidas através de leis avulsas. Em Cabo-Verde e em Moçambique, por seu turno, o Código do Registo Predial de 1967 foi revogado, respectivamente, em 2009 e em 2018.

No entanto, sublinhe-se que quer o governo de Cabo Verde quer o de Moçambique optaram por manter nos novos códigos a matriz herdada do direito português.

³ Por todos, *vide*: ANTÓNIO SOARES/JÚLIO CRISPIM/ LIBERAL FERNANDES/TOMÁS ALVES, *Lições de Direitos Reais — Timor-Leste*, Universidade do Porto. Reitoria, 2017, bem como a bibliografia aí indicada; BENJAMIN CARDOSO, *Timor-Leste um Povo Três Direitos (é uma História de Direito)*, D. Boaventura — Liurai de Manufahi, volumes 1 e 2, Díli, s/d; DANIEL FITZPATRICK, *Land Claims in East Timor*, Asia Pacific Press, 2002, e *Mediating land conflict in East Timor*, s/d; MEABH CRYAN, *Empty Land? The Politics of Land in Timor-Leste*, p. 142, disponível in: <http://press.anu.edu.au/appsbookworm/view/A+New+Era%3F/11781/ch09.xhtml> e *Whose Land Law? Analysis of the Timor-Leste Transitional Land Law*, The Asia Foundation, Díli, 2016.

ilha. De facto, apenas em finais do século XIX ocorreu a ocupação de todo o território de Timor-Leste, tendo, então, sido criada uma rede administrativa e militar colonial.

No entanto, em matéria fruição e uso do território, a opção da administração portuguesa nunca passou pelo reconhecimento do direito de propriedade plena aos povos indígenas que usufruíam as terras. Consequentemente, foram escassos os alvarás de propriedade perfeita atribuídos pela administração colonial portuguesa.

Somando-se a esta realidade, a maioria das terras situadas em áreas rurais de Timor-Leste nunca foi registada em qualquer sistema formal de administração da terra.

Consequentemente, a vigência do direito português, gerou múltiplos problemas relacionados com títulos de aquisição de direitos sobre imóveis; problemas esses que se agudizaram e passaram a ter de ser resolvidos após a independência.

A ocupação de Timor-Leste pela Indonésia

Durante o período de ocupação de Timor-Leste pela Indonésia (1975 a 1999)⁴, o governo Indonésio, visando controlar a população timorense, estabeleceu diversas políticas de imigração ou transmigração que tiveram impacto na titularidade da propriedade da terra. Assim, por exemplo, por um lado, para pacificar certos locais, enviou população in-

⁴ A invasão de Timor-leste por parte da Indonésia consubstanciou-se num processo militar de tomada de território que ocorreu desde meados do mês de Setembro até ao dia 7 de Dezembro do ano de 1975. De facto, embora oficialmente somente a 7 de Dezembro a Indonésia tenha realizado a invasão, os registos de tropas da indonésia em território timorense começaram em Setembro, verificando-se ataques massivos, designadamente, a 8 e a 16 de Outubro. Após a invasão, a Indonésia estabeleceu uma assembleia legislativa — cujos 28 membros foram escolhidos entre os funcionários dos serviços secretos indonésios — que, com a ajuda dos timorenses pro-invasão, declarou, a 31 de Maio de 1976, pretender Timor-Leste tornar-se parte da Indonésia; de seguida, a 16 de Julho do mesmo ano, o presidente da Indonésia assinou a lei que “formalizou a integração” de Timor-Leste como a vigésima sétima província da República Indonésia.

donésia — que considerava leal — da ilha de Java para Timor-Leste⁵. E, por outro, tentando controlar e limitar a resistência ao exército indonésio, deslocou população timorense de certas áreas para outras⁶.

Acresce que, o governo indonésio também emitiu títulos concedendo direitos reais sobre o território timorense e o exército indonésio, através de um decreto (TNI), designado como SKEP40 (Surat perintah Panglima tentara Indonésia), determinou que todos os terrenos do anterior Governo Português, bem como, todas as terras “abandonadas” passavam a estar sob o seu controlo.

Por fim, refira-se que, durante o período de ocupação indonésia, apenas a partir de 1991, através de um regulamento governamental, os títulos emitidos durante o domínio português foram convertidos em títulos indonésios.

Em virtude do acabado de expor, surgiram diversos problemas relacionados com a valia dos títulos de aquisição da propriedade sobre imóveis (e de outros direitos), cuja resolução passou a ser uma preocupação após a independência.

O período de transição sob administração das Nações Unidas

A retirada da administração indonésia do território de Timor-Leste, na sequência do referendo sobre a independência, em Setembro de 1999, provocando a deslocação de pessoas, originou a ocupação e apropriação ilegítima de muitos imóveis, sobretudo de cidadãos nacionais ausentes no estrangeiro e de cidadãos estrangeiros. Acresce que tal retirada gerou o desaparecimento dos assentos registais e de muitos títulos referentes à propriedade dos bens imóveis do país.

Sublinhe-se que a ONU não reconheceu a invasão de Timor-Leste e adoptou, no dia 12 de Dezembro de 1975, a Resolução 3485, através da qual lamentou a invasão e declarou o direito inalienável de Timor-Leste à auto-determinação e independência.

⁵ Refere-se à deslocação de uma população de uma ilha/cidade populosa para outras zonas sem população, entre outros: JAMES CRAWFORD, *The creation of states in international law*, 2ª edição, 2006, p. 169.

⁶ O período de maior impacto em termos de deslocações foi o início do ano 1999 — após 24 anos de resistência dos timorenses -, altura em que cerca de 450.000 pessoas foram deslocadas no interior do território de Timor-Leste e mais de 300.000 fugiram ou foram transportadas à força para o exterior, através da fronteira terrestre para Timor Ocidental.

No período subsequente, ao abrigo da Resolução n.º 1272, de 25 de Outubro de 1999, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, Timor-Leste passou a ser governado pela Administração Transitória das Nações Unidas (UNTAET), com responsabilidade geral pela administração do território e com competência para exercer todos os poderes legislativos e executivos, incluindo a administração da justiça.

No entanto, a verdade é que a administração transitória, confrontada com as numerosas situações de apropriação ou ocupação ilegítima de imóveis — que continuaram a ocorrer, não obstante ter sido determinado o congelamento da situação jurídica de alguns bens (*vide* o Regulamento n.º 2000/27) -, foi forçada a adoptar uma abordagem minimalista não tendo, por isso, solucionado a grande maioria das situações problemáticas.

O período posterior a Maio de 2002

Com o reconhecimento internacional da independência de Timor-Leste, em 20 de Maio de 2002, e a formação de um governo nacional, após eleições democráticas, tornou-se imperativo estabelecer um quadro legal, baseado em princípios constitucionais, que regulasse o regime da propriedade de bens imóveis, de modo a dar início a uma política que permitisse resolver a indefinição em torno da titularidade dos bens públicos e privados. Porquanto, tal indefinição, obviamente, afectava o património do Estado -retirando-lhe importantes recursos para administrar o país — e criava instabilidade social, obstaculizando o investimento potenciador do desenvolvimento económico.

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL), aprovada em 22 de Março de 2002 e vigente a partir da data de independência, veio prescrever a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social da propriedade dos meios de produção e reconhecer as formas comunitárias de organização económica. Em consonância, no artigo 54.º, reconheceu inequivocamente o direito à propriedade privada, estabeleceu os respectivos princípios gerais, determinou a sua necessária função social e reservou a titularidade do direito de propriedade sobre a terra aos cidadãos nacionais. Acresce que, no artigo 161º, a CRDTL criminalizou a apropriação ilegal de bens.

Deste modo, o Estado timorense procurou criar um regime jurídico que regulasse, no essencial, o direito de propriedade privada sobre a terra.

No entanto, os problemas de ocupação e exploração da terra — surgidos durante o período colonial, a ocupação indonésia e, posteriormente, com a crise de 1999 — desde cedo revelaram que Timor-Leste independente, não obstante os princípios primordiais consagrados na Constituição de República, não conseguiria, num curto período de tempo, harmonizar os diversos interesses em torno da propriedade da terra.

Precisamente por isso, até à actualidade, foram aprovados, entre outros, os diplomas que de seguida se apresentam.

- A Lei n.º 1/2003, de 10 de Março, que definiu os bens do domínio dos particulares e do Estado, bem como o despejo administrativo para os imóveis do Estado.
- O Decreto-Lei n.º 19/2004, de 17 de Fevereiro, que criou o regime jurídico de afetação oficial e arrendamento de bens imóveis do domínio privado do Estado.
- A Lei n.º 12/2005, de 12 de Novembro, que regulou o arrendamento entre particulares.
- O Decreto-Lei n.º 12/2008, de 30 de Abril, que, no seu artigo 13.º, fixou as competências da Direcção Nacional de Terras, Propriedade e Serviços Cadastrais que tem como objectivo administrar o sistema de informação de terras e bens imóveis e a criação das condições para a implementação de uma gestão eficaz do património do domínio privado do Estado.
- O Diploma Ministerial n.º 35/2009, de 17 de Abril, que regulamentou as atribuições, as competências, a estrutura organizativa, a composição e o funcionamento da Direcção Nacional de Terras, Propriedade e Serviços Cadastrais.
- O Decreto-Lei n.º 27/2011, de 6 de Julho, que — visando reduzir o estado de indefinição quanto à titularidade dos bens imóveis — veio assegurar o reconhecimento jurídico e a regularização da titularidade de bens imóveis em casos não disputados⁷.

⁷ Isto porque, desde Outubro de 2008, a Direcção Nacional de Terras, Propriedades e Serviços Cadastrais havia dado início a uma intensa actividade de recolha de informações sobre a titularidade de bens imóveis, com o objectivo de compor o Registo Nacional de Propriedades e esclarecer a situação fáctica e jurídica dos bens imóveis em Timor-Leste. E, em Abril de 2011, após mais de trinta e cinco mil parcelas levantadas,

- A Lei n.º 10/2011, de 14 de setembro, que aprovou o Código Civil de Timor-Leste.
- A Lei n.º 13/2017, de 5 de Junho, que — considerando o processo de regularização da titularidade dos bens imóveis fundamental para assegurar a paz e o desenvolvimento social e económico do país — apresentou como objetivos principais a clarificação da situação jurídica da propriedade e a promoção da distribuição e acesso à terra e, além do mais, por um lado, estabeleceu os critérios para a resolução de disputas — o mesmo é dizer os critérios para o reconhecimento do direito de propriedade em casos em que há mais do que uma declaração válida de titularidade do direito de propriedade sobre um mesmo bem imóvel — e, por outro, atribuiu o primeiro direito de propriedade⁸⁻⁹.

2. *Do surgimento dos sistemas de Registo Predial a nível internacional* — Sendo os direitos reais eficazes *erga omnes*, quem se encontra vinculado pelo dever de abstenção, *independentemente de qualquer obrigação por si assumida*, corre um maior *risco* de, não obstante actuar de boa fé, violar o direito real

o Governo pôde verificar que em noventa e dois por cento dos casos não houve disputa sobre a propriedade dos bens imóveis cadastrados.

⁸ Através da criação figura do primeiro direito de propriedade, o mesmo é dizer, do direito anterior de propriedade, o legislador pretendeu organizar e regularizar a situação histórica existente durante a administração portuguesa e a administração indonésia. Em concreto, reconhecer e restabelecer os direitos informais-costumeiros — que não foram formalmente reconhecidos por falta de registo — e os direitos de aforamento. Deste modo, visou o legislador corrigir as injustiças praticadas antes da independência de Timor-Leste, devido à falta de formalização de direitos, permitindo que aqueles que anteriormente não obtiveram títulos formais dos seus direitos de propriedade os possam vir a invocar nos mesmos termos daqueles que tiveram os seus direitos formalizados.

⁹ Isto por um lado, depois de constatar que estavam por solucionar a generalidade das questões resultantes das ocupações dos imóveis em Timor-Leste, sobretudo as que se referiam à hierarquia dos títulos de propriedade que foram sendo emitidos, sobre o mesmo bem imóvel, ao longo das diversas décadas e ao abrigo de diferentes regimes jurídicos. E, por outro, de reconhecer que os assentos registais oficiais de bens imóveis foram destruídos, ou, numa pequena parte, levados para os arquivos indonésios — tendo, conseqüentemente, as autoridades de Timor-Leste deixado de ter ao seu dispor um dos instrumentos fundamentais para a segurança jurídica e paz social — o Registo Predial.

alheio, sofrendo inelutavelmente, as consequências daí decorrentes¹⁰.

Acresce que os terceiros podem ser defraudados nos seus interesses, “adquirindo” uma coisa ou um direito cuja titularidade já não pertence (ou nunca pertenceu) ao seu transmitente ou que está gravado com um direito real que desconheciam (por exemplo, uma servidão ou uma hipoteca), vendo-se, depois, desprovidos dos direitos que pensaram ter adquirido ou limitados no exercício dos direitos que efectivamente hajam adquirido, caso seja julgada procedente a reclamação do seu verdadeiro titular, uma vez só pode existir um *ius in re* sobre determinada coisa na medida em que ele não seja excluído por força de um prevalecente ou preexistente *ius in re*¹¹.

Estes riscos são atenuados em sociedades com núcleos populacionais reduzidos, nas quais a constituição dos direitos reais pode ser conhecida através do próprio negócio jurídico, acompanhado, ou não, pela tradição da coisa ou por meios, mais ou menos incipientes, que lhe concedam alguma publicidade^{12,13}. Mas, com o crescimento demográfico dos

¹⁰ Entre o sujeito que, independentemente de culpa, viola o direito real alheio e o titular do domínio surge, automaticamente, uma relação creditória, em virtude da qual o segundo pode exigir ao primeiro determinada prestação (positiva ou negativa) que elimine a situação material contrária ao estatuto do seu *ius in re*.

O titular do direito real torna-se, assim, titular de uma pretensão real que não se extingue enquanto não se extinguir o seu direito real, pois decorre do estatuto do *ius in re* e tem por função assegurar a sua defesa.

¹¹ A propósito do concurso de direitos reais, ou da impossibilidade do concurso, *vide*, entre outros: ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, Centelha, 1977, p. 226 e ss.; HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ônus Reais*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 90 e ss., esp. nota 98.

¹² Ao longo da história do Direito é fácil constatar que os diversos povos e sociedades, permanentemente, sentiram a necessidade de divulgar determinadas situações, actos ou direitos que consideraram relevantes para o resto da comunidade. Consequentemente, desde sempre se procuraram desenvolver formas, figuras ou instituições, às vezes muito incipientes, outras vezes mais elaboradas, que visaram possibilitar o conhecimento dessas situações jurídicas.

A este propósito *vide* MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, Coimbra, Almedina, 2013, nota 17, p. 37 e ss..

¹³ A *tradição*, que ainda é conservada em alguns ordenamentos jurídicos (como por exemplo, no espanhol e no brasileiro) é, provavelmente, um resíduo — atrofiado — dessa publicidade. Mas, hoje, não cumpre essa função, sobretudo quando a tradição real é substituída pela tradição instrumental que se oculta num acordo que os terceiros desconhecem (por exemplo, quando a outorga da escritura, tendente à transmissão de

núcleos populacionais e com o aumento do tráfico imobiliário, os riscos derivados da oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais aumentam exponencialmente, *maxime*, para quem pretenda torna-se titular de um direito real sobre determinada coisa, desenvolvendo esforços nesse sentido. Consequentemente, agudiza-se o conflito que, no domínio da constituição ou transmissão de direitos reais, se produz entre os interesses daquele que é efectivamente titular do *ius in re* e os daquele que pretende adquirir ou pretende ter adquirido um *ius in re* sobre a mesma coisa. Conflito este que é habitualmente apresentado como a contraposição entre a segurança do direito ou a segurança jurídica estática e a segurança do tráfico, segurança dinâmica ou a segurança das aquisições. A segurança do direito (ou segurança jurídica *estática*) consiste na protecção do *titular* do direito contra qualquer invasão de terceiros, no sentido de assegurar que não pode ocorrer uma modificação desfavorável da situação das relações patrimoniais do titular do direito sem o consentimento deste ou sem o concurso da sua vontade.

A segurança do tráfico (segurança *dinâmica* ou segurança das aquisições) consiste na protecção de um *potencial* ou pretensão adquirente de um direito, já que não pode frustrar-se uma previsível (porque fundada numa razoável aparência) modificação favorável das relações patrimoniais do potencial ou pretensão adquirente em virtude de circunstâncias que sejam por si *desconhecidas*.

Este conflito, aparentemente, não é de fácil solução, uma vez que, valorizando-se, somente, a segurança do direito, se gera um grave entorpecimento na vida da relação jurídica, sujeitando-a à impugnabilidade absoluta. Valorizando-se, apenas, a segurança do tráfico, pelo contrário, fica minada a própria noção de direito real, dado que não se protege o titular contra toda e qualquer invasão da vontade de terceiros. Mas, perante a agudização deste conflito, torna-se evidente que reconhecer a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais como consequência directa e exclusiva do negócio jurídico solene (ou deste e da *traditio* da coisa) se traduz numa solução *absolutamente desequilibrada*, protegendo apenas um dos interessados, com manifesto prejuízo para o tráfico jurídico, desde

um direito real sobre um bem sujeito a registo, equivale à entrega da coisa objecto do negócio jurídico, desde que da mesma escritura não resulte ou se possa deduzir claramente o contrário).

logo porque gera a necessidade de proceder a indagações minuciosas da titularidade dos direitos. Por isso, se torna necessário conceder publicidade aos direitos reais de forma permanente e mais eficiente¹⁴, através do Registo Predial.

Por essa razão a generalidade dos ordenamentos jurídicos passou a fazer depender a oponibilidade dos direitos reais sobre imóveis, em maior ou menor medida, da sua publicidade registal.

Foi o que aconteceu em todos os ordenamentos que, em relação aos direitos reais sobre imóveis, adoptaram a inscrição constitutiva e, portanto, impuseram a primeira inscrição como condição necessária para que o imóvel não permanecesse fora do tráfico jurídico. De facto, se os direitos reais, normalmente, não se constituem, não se transmitem, nem se modificam à margem do Registo, é evidente que a sua oponibilidade depende do registo. Antes do assento registal não faz qualquer sentido falar de oponibilidade *erga omnes*.

E foi o que aconteceu nos ordenamentos que, tendo adoptado a inscrição declarativa — continuando, assim, a admitir que os direitos reais se constituíssem, transmitissem e modificassem à margem do Registo —, impuseram, ao titular do direito real, a inscrição registal como condição de oponibilidade perante certos e determinados terceiros ou, mais rigorosamente, como forma de consolidar a oponibilidade *erga*

¹⁴ A maior parte dos direitos subjectivos pode ser contemplada em uma dupla situação: em repouso ou em movimento. Quando o direito tem um conteúdo com valor patrimonial e é susceptível de ser transmitido, então podemos dizer que se trata de um direito que está no tráfico. Esta possibilidade de trânsito do direito é, aparentemente, um perigo para a segurança do titular. Quando o direito não pode ser objecto de tráfico o titular pode, *quicá*, perder tal direito, mas não pode perdê-lo a favor de outra pessoa: contra esta possibilidade o titular está assegurado pela própria natureza do direito. Quando, ao invés, o direito é transmissível, existe o perigo de o perder a favor de um terceiro, ou de o ver onerado em benefício de outra pessoa. O titular só tem uma posição segura quando está protegido contra tais possibilidades; desfrutar dessa segurança jurídica é algo que interessa àquele a quem já pertence o direito, e que por tanto já o adquiriu.

Aparentemente, a segurança jurídica está em contradição com o interesse daquele que quer adquirir um direito. Este tem interesse em que a aquisição se produza tal como a previu; que não seja afectada por circunstâncias que ele, enquanto potencial adquirente desconheceu. Esta é uma exigência imperiosa da segurança do tráfico.

Quando aquele que queria adquirir já adquiriu o direito de maneira segura e plena, poder-se-á pensar que deixará de ter interesse na segurança do tráfico, e que só lhe passará a interessar a segurança do direito. No entanto, a verdade é que, indirectamente, também estará interessado na segurança do tráfico caso queira, por sua vez, transmitir o seu direito a outrem, na medida em que terá mais facilidade em encontrar um interessado em adquirir, uma vez que este terá a certeza de que fará uma aquisição segura.

O acabado de referir foi afirmado por VICTOR EHRENBURG, *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister*, Iherings Jahrbücher, 1904, p. 373 e ss., há mais de um século. De facto, EHRENBURG, apesar de afirmar que a segurança jurídica e a segurança do tráfico “se repelem mutuamente”, na sua obra também convida o leitor a contemplar a segurança jurídica e a segurança do tráfico como peças distintas de um mesmo mecanismo; como o verso e o reverso de um mesmo fenómeno, que não é outro senão aquele que facilita ao titular do direito — e não ao terceiro adquirente — o aproveitamento do valor económico do seu direito.

Como resulta do exposto, nesta segunda perspectiva, o interesse do terceiro adquirente desaparece de cena; a segurança jurídica e a segurança do tráfico, dois vassalos distintos, servem agora a um mesmo senhor: o titular do direito.

Deixa de haver contraposição ou conflito: a segurança do tráfico é uma modalidade de actuação da segurança jurídica e, por conseguinte, uma modalidade de protecção do direito, uma vez que uma das formas de proteger o titular é valorizando e, assim, facilitando a transmissão do seu direito, e isso, precisamente — facilitar a transmissão dando garantias ao adquirente — é a função da segurança do tráfico.

Portanto, só no momento de tensão no qual uma das partes vê o perigo de perder contra a sua vontade um direito ou de o ver comprimido e a outra parte percebe, por sua vez, o perigo de não poder adquirir um direito, só nesse instante é que entram em conflito a segurança do direito e a segurança do tráfico.

No mesmo sentido *vide*: GARCÍA, *La Función Registral y la Seguridad del Tráfico Inmobiliario*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, n.º 625, p. 2262 e ss.; HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, Beck, 1990, p. 3; LUIGI MENGONI, *Acquisto a non domino*, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Torino, UTET, 1989, p. 74; MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. 3, Madrid, Civitas, 2002, p. 4037 e ss.; *idem*, *La inscripción como título-valor o el valor de la inscripción com título*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Sep.-Oct. 2007, n.º 703, p. 2135 e ss.; PARDO NÚÑEZ, *Seguridad del Tráfico Inmobiliario y Circulación del Capital* *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, n.º 623, p. 1537; PAZ-ARES, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*,

omnes do seu direito real, perante certos e determinados terceiros¹⁵.

O Cadastro implementado em Timor-Leste torna desnecessário um sistema de Registo Predial? — Criados os diplomas legais que visam resolver o estado de indefinição quanto à titularidade dos bens imóveis, assegurando o reconhecimento jurídico e a regularização da titularidade de bens imóveis em casos não disputados, estabelecendo critérios para a resolução dos casos disputados e, ainda, atribuindo o primeiro direito de propriedade, como é evidente, estão lançadas as bases para o desenvolvimento do mercado imobiliário, em Timor-Leste, através de transacções formal e substancialmente conformes à lei e, conseqüentemente, aparentemente, torna-se necessário implementar um sistema de Registo Predial¹⁶.

Perante esta realidade, surge, inevitavelmente, a questão de saber se o Cadastro implementado em Timor-Leste não torna desnecessário um sistema de Registo Predial?

Segundo o nosso entendimento, esta pergunta merece resposta negativa, pelas razões que de seguida se apresentam.

O que se pretende do Registo não se pretende, nem se pode pretender do Cadastro e a inversa é também verdadeira. De facto, o Registo publicita rigorosamente a situação jurídica do prédio, mas não tem a função, os meios e a aptidão para informar e definir qual é a sua configuração, delimitação, exacta posição cartográfica, bem como a referen-

Revista de Derecho Mercantil, n.ºs 175-176, 1985, p. 7 e ss.; SCHULZE, *Liegenschaftserwerb vom Nichtberechtigten und Genehmigung*, Berlin, Diss., 1962, p. 43.

Na doutrina nacional *vide*, por todos, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo — A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 238, 239, 319, 320; MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, ob. cit., nota 288, p. 169 e ss..

¹⁵ O direito real é absoluto — eficaz *erga omnes* —, sem excepção. Não existem direitos reais desprovidos de eficácia *erga omnes*. Conseqüentemente, nos ordenamentos que admitem que os direitos reais se constituam, transmitam e modifiquem à margem do Registo, mas impõem a inscrição registal dos correspondentes factos jurídicos, sob pena de inoponibilidade em face de certos e determinados terceiros, a função que há-de ser reconhecida à referida inscrição é a de “apenas” consolidar a eficácia *erga omnes* anteriormente obtida.

¹⁶ Sublinhe-se que o registo dos primeiros direitos de propriedade sobre imóveis efectua-se no Cadastro Nacional de Propriedade, cuja elaboração é da responsabilidade da Direcção Nacional de Terras, Propriedades e Serviços Cadastrais (art. 4º do Diploma Ministerial n.º 23/2011, de 23 de Novembro).

ciação — topográfica, geográfica, *etc.* — de todos os imóveis, o que o Cadastro faz. Contudo, a este não compete nem tem os meios que lhe permitam definir, publicitar e tornar oponible *erga omnes* a situação jurídica dos prédios, com vista à segurança do comércio jurídico imobiliário.

Em resumo, o Registro Imobiliário e o Cadastro têm funções ou atividades distintas, que se diferenciam porque o Cadastro realiza, entre outras, uma atividade fundamentalmente técnica que tem por objecto parcelas, e o Registro realiza uma actividade jurídica, que visa dar publicidade aos atos relativos ao domínio e aos demais direitos reais sobre bens imóveis, para dar segurança jurídica ao mercado imobiliário¹⁷.

Mas, a verdade é que, precisamente devido às funções por si desempenhadas, o registo e o cadastro são complementares e interdependentes:

O registo, para exercer plenamente a sua função necessita de uma identificação inequívoca do imóvel. E o cadastro pode fornecer ao registo os dados descritivos e gráficos dos imóveis, bem como os dados que individualizam os imóveis nos mapas oficiais.

Por seu turno, o cadastro para cumprir com a função de proporcionar a garantia dos limites imobiliários, depende de dados sobre os limites legais do imóvel. E o Registro Imobiliário pode fornecer ao Cadastro informações sobre a modificação das titularidades de direitos.

A questão da interligação dos dois sistemas foi e é amplamente discutida a nível mundial, tornando-se cada vez mais claras as razões que devem conduzir a elas¹⁸.

Passaremos a apresentá-las.

Antes porém, para evitar interpretações erróneas, cumpre fazer um esclarecimento prévio sobre “tudo aquilo que a referida interligação não

Saliente-se, ainda, que “o registo do direito de propriedade na base de dados do Cadastro Nacional de Propriedades constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito” (cfr. art. 4.º do Diploma Ministerial n.º 23/2011, de 23 de Novembro).

¹⁷ A este propósito, por todos, vide: ANDREA FLÁVIA TENÓRIO CARNEIRO, *Cadastro Imobiliário e Registro de Imóveis*, IRIB — Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2003, p. 147 e ss. e a bibliografia citada; MOUTEIRA GUERREIRO, *Cadastro e Registro são compatíveis e não oponentes*, disponível in: <https://ascr.pt/system/jobs/>; RODIGO SARMENTO DE BEIRES, *O Cadastro e a propriedade rústica em Portugal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

¹⁸ Vide ANDREA FLÁVIA TENÓRIO CARNEIRO, *Cadastro Imobiliário e Registro de Imóveis*, IRIB — Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2003, p. 147 e ss.

deve representar ou pretender”:

- O desaparecimento da função cadastral ou registral;
- A fusão de competências e funções;
- A primazia de um tipo de informação sobre o outro;
- O enfraquecimento de qualquer das instituições.

De facto, na nossa perspectiva, é na complementaridade — que garanta e aproveite o que há de essencial e de distinto entre o cadastro e o registo — que o paradigma deve assentar.

Sabendo-se o que a interligação entre cadastro e registo não representa ou não pretende, vejamos, quais as razões que a justificam. Ou, se se preferir, quais as razões que justificam a cooperação entre o registo e o cadastro.

A dita cooperação permite:

- Reduzir a disparidade de informações sobre o mesmo imóvel;
- Evitar a duplicação de custos;
- Identificar erros de limites;
- Atualizar a informação;
- Evitar a falsa ampliação do imóvel, especialmente em áreas rurais;
- Eliminar a duplicação dos móveis no registo;
- Garantir as transações imobiliárias;
- Facilitar o desenvolvimento económico e social;
- Aperfeiçoar o planeamento do território;
- Promover a paz social.

Da necessidade de um sistema de Registo predial em Timor-Leste — Sendo certo que o Cadastro não assume, nem deve assumir as funções do Registo, cumpre ainda, por rigor científico, perguntar se Timor-Leste poderá deixar de criar um sistema de Registo?

Em face do já exposto no ponto 2 e 3, na nossa perspectiva, também a resposta a esta questão é inequivocamente negativa.

Mas avancemos com mais argumentos em defesa da nossa posição.

A publicidade registal visa, por um lado, eliminar assimetrias de informação, garantir a segurança jurídica dos direitos, a protecção do trá-

fico, o fomento do crédito territorial assegurado mediante garantias reais e a agilização das transacções imobiliárias e, por outro lado, evitar a usura e as fraudes, bem como os pleitos e conflitos sobre questões jurídico-imobiliárias¹⁹.

O Banco Mundial, instituição da mais alta relevância econômica, re-

¹⁹ Cfr., por todos, CHICO Y ORTIZ, La importancia jurídica del Registro de la Propiedad, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julh., 1982, n.º 1, p. 20 e ss.; *idem*, Proyecciones de la seguridad jurídica, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 1984, n.º 563, p. 797 e ss.; CRISTÓBAL MONTES, La función económica de los sistemas registrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, n.º 671, p. 875 e ss.; GARCÍA GARCÍA, La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, n.º 625, p. 2265 e ss.; HÖRSTER, A função do registo como meio de protecção do tráfico jurídico, *Regesta*, n.º 70, 1986, p. 273 e ss., *Regesta*, 1986, n.º 71, 1986, p. 293 e ss.; ISABEL PEREIRA MENDES, A publicidade registral imobiliária como factor de segurança jurídica, II — A protecção registral imobiliária e a segurança jurídica no direito patrimonial privado, in *Estudos sobre Registo Predial*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 57 e ss.; LASSALLE RUIZ/TORNEL GARCÍA, *Propiedad, libertad y desarrollo económico*, [on-line] consultado em 9 de Outubro de 2006. Disponível: <http://cinder.artissoftware.com/wp-content/uploads/file/DocumentosMoscu/Propiedad,%20libertad%20y%20desarrollo%20econ%C3%B3mico.pdf>; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, n.º 700, p. 571 e ss.; *idem*, La inscripción como título-valor o el valor de la inscripción com título, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Sep.-Oct. 2007, n.º 703, p. 2093 e ss.; MEZQUITA DEL CACHO/LÓPEZ MENDEL, *El Notariado y los Registros: Orientación Vocacional y de Estudios*, Madrid, Centro de Publicaciones — Secretaría General Técnica — Ministerio de Justicia, 1986; MOUTEIRA GUERREIRO, *El registro como instrumento de protección de las garantías jurídicas del aprovechamiento económico de las cosas*, [on-line] consultado em 9 de Outubro de 2006. Disponível: http://cinder.artissoftware.com/wp-content/uploads/file/DocumentosMoscu/El%20Registro%20como%20instrumento%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20las____.pdf; *idem*, Publicidade e princípios do registo, loc. cit., p. 18 e ss.; PARDO NÚÑES, Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, n.º 623, p. 1521 e ss.; RAMÓN DE LA RICA Y MARTORENA, Esquemas sobre la valoración actual del Derecho hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, n.º 548, p. 9 e ss.; RICARDO DIP, *La función social del registro de inmuebles*, [on-line] consultado em 9 de Outubro de 2006. Disponível: <http://cinder.artissoftware.com/wp-content/uploads/file/DocumentosMoscu/Funci%C3%B3n%20social%20del%20Registrador%20de%20inmuebles.pdf>; RODRÍGUEZ GERMES, Registro de la propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, n.º 700, p. 571 e ss.; RODRÍGUEZ OTERO, *Cuestiones de Derecho Inmobiliario — El Derecho Real y su Publicidad*, la

conheceu a importância ímpar do sistema registal imobiliário ao assim expor, no seu relatório do ano de 1996: “Um registro da propriedade torna-se fundamental e essencial para o desenvolvimento de uma economia de mercado funcional. Melhora a segurança da titularidade e da posse, diminui os custos das transferências de bens e proporciona um mecanismo de baixo custo para resolver as eventuais disputas sobre os bens”²⁰.

Portanto, pode afirmar-se, sem dúvida ou hesitação, que os sistemas registais desempenham funções essenciais numa economia de mercado, não só em relação ao desenvolvimento dos mercados creditícios hipotecários mas, também, em relação ao funcionamento eficiente do sistema económico no seu conjunto²¹.

Ou, se se preferir, que o registo de propriedade imobiliária tem uma função económica: a função de criar capital!

Acresce que o registo, para além de exercer a sua função económica, garante a convivência social pacífica, na medida em que assegura uma eficiente profilaxia jurídica em relação aos direitos inscritos, aos quais confere certeza e segurança jurídicas *a priori*, isto é, antes de haver lide, prevenindo a existência desta, afastando-a, sendo, assim, um dos agentes mais eficientes de consecução da paz social.

Por todo o exposto, consideramos evidente que legislador de Timor-Leste não pode deixar de criar um sistema de Registo Predial.

Por fim, cumpre salientar que a implementação de um sistema de Registo Predial em Timor-Leste é pressuposto imprescindível para a aplicabilidade de diversas regras do Decreto-Lei n.º 3/2004, de 4 de Fevereiro, relativo ao Regime Jurídico do Notariado²², bem como, o n.º 10 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 27/2011, de 6 de Julho, que estatui que as acções e decisões judiciais que impliquem a constituição, modificação ou

Tradición, la Relatividad de la Propiedad y el Carácter de la Inscripción. La Valoración de Nuestro Sistema, ob. cit., p. 162 e ss.

²⁰ In MÉNDEZ GONZÁLES, *A função económica dos sistemas registrais*, p. 13.

²¹ *Vide* MÉNDEZ GONZÁLES, Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, n.º 700, p. 571 e ss.; ENRIQUE RAJOY, La hipoteca: análisis económico y social de una preferencia, *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro Internacional de Derecho Registral, Fundación Registral, 2007, p. 266 e ss.

²² Diploma este que já foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 24/2009, de 26 de Agosto, mas cujas alterações em nada prejudicam o afirmado no texto.

extinção e direitos de propriedade sobre bens imóveis estão sujeitas a registo e o n.º 2 do art. 11.º, do mesmo diploma legal, nos termos do qual, as decisões transitadas em julgado são inscritas na base de dados do registo de propriedades mediante a apresentação de certidão comprovativa. E, ainda, da aplicabilidade de diversas normas do Código Civil.

a) A título de exemplo, passamos a fazer referência apenas algumas das normas do Código Civil que, sem um sistema de Registo Predial, passariam a estar desprovidas de eficácia prática.

O artigo 282.º que tutela o terceiro que, integrando-se numa e mesma cadeia de transmissões, possa ver a sua posição afectada por invalidades que afectem um acto anterior àquele em que participou²³.

Preceito legal este que introduz uma excepção ao princípio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, por força do qual se negaria a tutela aos “terceiros” em face de uma invalidade consequential que afectasse o facto jurídico no qual fosse interveniente. Solução que não podia deixar de entravar o tráfico jurídico e o desenvolvimento da economia, uma vez que quem pretendesse adquirir um direito real sobre o bem imóvel ou móvel sujeito a registo tinha de se assegurar que o seu futuro *dante causa* preenchesse os pressupostos da usucapião, uma vez que só assim estaria seguro caso a aquisição derivada do seu *dante causa* viesse a ser impugnada e destruída com eficácia retroactiva real.

Visando obviar a este inconveniente, sem deixar desprotegido o verdadeiro titular do direito, o legislador de Timor-Leste — depois de, no art. 280.º do Código Civil, ter reafirmado a eficácia retroactiva real da nulidade e da anulabilidade substantiva —, no art. 282.º do mesmo diploma legal, como se sabe, passou a tutelar certos terceiros, obstando a que o respectivo “facto aquisitivo” veja a sua valia posta em causa em virtude da declaração de nulidade ou da anulação de um acto anterior

²³ Passamos a transcrever o art. 282.º do Código Civil de Timor-Leste:

àquele em que intervieram²⁴.

b) O n.º 3 do art. 234.º, nos termos do qual se considera sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação.

c) O n.º 2 do art. 370.º que determina que o registo da acção de resolução que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da acção.

d) O art. 348.º que prevê a possibilidade de as partes conferirem, mediante declaração expressa e inscrição no registo, eficácia real ao contrato promessa para, assim, segundo o nosso entendimento, atribuírem ao direito de crédito decorrente do contrato-promessa uma eficácia equiparada à dos direitos reais, afastando, conseqüentemente, o perigo de ele vir a ser inviabilizado, no todo ou em parte, por actos de alienação ou de oneração do objecto do contrato prometido registados posteriormente, pois estes são, perante si, ineficazes.

e) O art. 356.º que permite às partes atribuírem, mediante declaração expressa e inscrição no registo, eficácia real ao pacto de preferência, para assim, tornarem o direito do preferente oponível em face do terceiro adquirente de modo a que, exercida triunfantemente a preferência, o subadquirente do obrigado à preferência seja substituído pelo preferente com eficácia *ex tunc* e os actos de disposição por si praticados, após o registo do pacto de preferência, passam a ser havidos como disposições a *non domino*, estando, conseqüentemente feridos de nulidade, e não

“1. A declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a bens móveis sujeitos a registo, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fé, se o registo da aquisição for anterior ao registo da acção de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio.

2. Os direitos de terceiro não são, todavia, reconhecidos, se a acção for proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio.

3. É considerado de boa fé o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável

²⁴ Exemplificando:

podendo prevalecer sobre o direito adquirido pelo preferente.

f) O art. 621.º que impõe o registo constitutivo da hipoteca ao estatuir que a hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes”

g) O art. 1214.º que consagra a redução do tempo de posse para usucapir quando exista título e respectivo registo.

h) O art. 1215.º que prevê a mera posse, a qual só existe havendo registo de sentença passada em julgado, na qual se reconheça que o possuidor tem possuído pacífica e publicamente por tempo não inferior a cinco anos.

5. *O futuro sistema de Registo Predial de Timor-Leste* — Após uma análise minuciosa da legislação actualmente em vigor em Timor-Leste, atrevemo-nos, de seguida, a apresentar as principais características do sistema registal que virá a ser implementado.

É o que faremos de seguida.

Será um sistema de *fólio real*, fortemente apoiado no cadastro.

Estará a cargo de serviços públicos dependentes de um serviço central integrado na orgânica do Ministério da Justiça. Será, pois, um sistema público.

Para efeitos de organização do serviço, o território nacional estará dividido por áreas estabelecidas em função de circunscrições administrativas

O responsável pela realização do assento registal organicamente

A titular proprietário de um bem imóvel, através de um contrato nulo ou anulável, doa o referido imóvel a *B*. *B*, por sua vez, vende-o a *C*. Posteriormente é declarado nulo ou anulado o negócio celebrado entre *A* e *B*.

De acordo com o art. 280.º do Código Civil, a nulidade e a anulabilidade têm eficácia retroactiva real afectando, portanto, terceiros, consequentemente, *C* verá o negócio em que interveio ser declarado nulo por se traduzir numa compra e venda *a non domino* (cfr. art. 826.º do Código Civil). Mas, se preencher os requisitos previstos no art. 291.º, o “seu direito” não será prejudicado.

Portanto, a finalidade do art. 282.º do Código Civil é salvaguardar os efeitos de alguns negócios, ao exceptuar as “aquisições” de determinados terceiros da regra geral do art. 280.º, do mesmo diploma legal, e, consequentemente, introduzir uma excepção ao princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

será funcionário da administração, mas substancialmente estará encarregado de funções de valoração jurídica próprias de um árbitro imparcial, alheio ao assunto e não de um burocrata ao serviço da administração.

O Registo predial poderá vir a tornar-se obrigatório.

Inscriver-se-ão os factos jurídicos quer *inter vivos* quer *mortis causa*.

g) Os actos de registo serão susceptíveis de recurso.

h) Vigorará o princípio da prioridade, o princípio da instância, o princípio da legitimação, o princípio do trato sucessivo e o princípio da legalidade, no sentido mais amplo ou mais rigoroso — como o controlo de legalidade de forma e de fundo dos documentos apresentados, tanto por si sós, como relacionando-os com os eventuais obstáculos que o Registo possa opor ao assento pretendido²⁵.

i) O assento de registo definitivo constituirá presunção da existência situação jurídica nos precisos termos em que é definida.

j) Em virtude do princípio da consensualidade²⁶, dominará a regra

²⁵ Sobre os referidos princípios, no quadro do direito português, *vide* MÓNICA JARDIM, O Sistema de Registo Predial Português — Perspectiva geral e sintética, in *Estudos de Direitos Reais e Registo Predial*, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 249 e ss..

²⁶ Este princípio, consagrado no art. 343.º do Código Civil de Timor-Leste e no art. 408.º do Código Civil português. na sua rigorosa acepção técnico-jurídica em matéria de Direito das Coisas, significa que, para a produção do efeito real, regra geral, basta, ou é condição suficiente, um *título*, sendo desnecessário um *modo*. As expressões *título* e *modo* são utilizadas com um significado muito preciso. A saber: *título* (*titulus adquirendi*, *título de aquisição*), em sentido amplo, é o fundamento jurídico ou a causa que justifica a aquisição (*causa adquirendi*), podendo abranger, em princípio, todas as razões em que se funda a aquisição (transmissão ou constituição), modificação ou extinção de um *jus in re* (lei, sentença, acto jurídico, unilateral ou contratual). *Modo* (*modus adquirendi*, modo de aquisição), por seu turno, é o acto pelo qual se realizam efectivamente a aquisição, modificação ou extinção (*v.g.*, a *traditio* e o registo) do direito real ou, se se preferir, um acto *ad hoc* de produção do efeito real.

(Para mais desenvolvimentos *vide*: ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, ob. cit., p. 269 e ss.; VASSALO DE ABREU, “Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)”, loc. cit., nota 32, p. 74.

A propósito da origem filosófica e histórica do princípio da consensualidade *vide*: VIERA CURA, “O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos Códigos Civis espanhol e português”, *Boletim da Faculdade de Direito*

de que os factos sujeitos a registo e não registados são inoponíveis perante terceiro. Por isso, o assento registal assumirá, geralmente, uma função declarativa ou consolidativa.²⁷

Sublinhe-se, no entanto, que o registo da hipoteca assumirá o papel de *modo*, sendo, portanto, constitutivo (art. 687.º do Código Civil).

I) O Registo poderá produzir um efeito atributivo²⁸ a favor do titular registal, em duas hipóteses distintas: I) Quando duas pessoas adquiram do mesmo autor ou causante direitos total ou parcialmente conflituantes, e é o segundo adquirente, o *a non domino*, quem primeiro obtém o registo a seu favor²⁹. II) Quando uma pessoa, integrando-se numa e

de Coimbra, Studia Iuridica, 70, Colloquia — 11, Separata de Jornadas Romanísticas, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, p. 47 e ss.; MARIA CLARA SOTOMAYOR, *Invalidez e Registo — A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, ob. cit., p. 165 e ss..

Ainda sobre o princípio da consensualidade, *vide*, entre outros: Henrique Mesquita, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 50 e 51; Orlando de Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., n.º 10 da adenda policopiada, que completa o texto impresso do Cap. II, p. 5; Mónica Jardim, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, ob. cit., p. 412 e ss. e “A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2014, vol. XC, T. I., p. 179 e ss..).

²⁷ O assento registal assumirá, em geral, uma função consolidativa, porque visa consolidar a oponibilidade *erga omnes* perante certos e determinados terceiros.

Assim, se *A* vende um prédio a *B* que não obteve o registo da aquisição, a posição jurídica de *B* é precária, não obstante ter adquirido por mero efeito o contrato o direito real. Isto porque, se *A* vender, de seguida, o prédio a *C* e obtiver o registo a seu favor, a posição deste prevalece, embora tenha adquirido *a non domino*. O risco corrido por *B* é afastado se registar a sua aquisição antes de *C*; por isso, em relação a *B*, diz-se que o registo consolida a eficácia *erga omnes* do seu direito perante terceiros para efeitos o registo.

Em resumo, o registo é declarativo ou consolidativo porque, quando se junta a uma aquisição já ocorrida no plano substancial, tem por função assegurar no tempo os efeitos do acto, impedindo o funcionamento da condição legal resolutiva constituída pelo registo de uma aquisição a favor de um sucessivo adquirente do mesmo autor comum, que não padeça de outra causa de invalidade para além da ilegitimidade do *tradens* decorrente da anterior disposição válida.

²⁸ 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*, uma vez que o título padece de uma invalidade (própria ou consequencial) e, por tal facto, poderia ser declarado nulo ou anulado, consoante o vício em concreto.

²⁹ O mínimo de garantia que qualquer Registo imobiliário oferece é a chamada força negativa ou preclusiva da publicidade: aquele que pretende adquirir sabe que, se

mesma cadeia de transmissões, poderia ver a sua posição afectada por uma ou várias causas de invalidade (nulidade ou anulabilidade) anteriores ao acto em que foi interveniente, mas tal não ocorrerá porque, além do mais, obteve o registo e beneficia da tutela do art. 280.º do Código Civil.

m) Não vigorará, tão cedo, o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso³⁰. Mas, através dos artigos 280.º e 666.º do Código Civil, o ordenamento jurídico de Timor-Leste concederá, a terceiros titulares registais, uma tutela mais ampla do que aquela que é típica de um sistema de registo de documentos³¹.

inscrever a sua aquisição no Registo, fica a salvo dos ataques de qualquer terceiro que haja adquirido um direito incompatível do mesmo *dante causa*, que não tenha obtido a respectiva inscrição registal a seu favor ou que a tenha obtido posteriormente a si.

³⁰ A fé pública registal, como se sabe, é o princípio segundo o qual, a favor de terceiros de boa fé e titulares registais, o conteúdo dos livros do Registo é íntegro e exacto, ainda que seus assentos não correspondam à realidade jurídica extra-registal.

O princípio de fé pública registal impede, em relação aos terceiros de boa fé e titulares registais, a prova do facto contrário ao constante do Registo, garante-lhes a existência, a extensão e a titularidade dos direitos reais registados e, portanto, assegura-lhes a manutenção da sua aquisição.

Tal não implica que o negócio real em que interveio o seu *dante causa* não possa ser declarado inexistente, nulo, ser anulado ou desprovido de eficácia, significa, no entanto, que a referida inexistência, nulidade, anulação, *etc.* não será dotada de eficácia retroactiva real plena e que, conseqüentemente, não prejudicará o terceiro que adquiriu, cumprindo os requisitos estabelecidos na lei, permanecendo este, portanto, como titular do direito.

Por outro lado, tal também não impede que o registo, lavrado a favor do *dante causa*, que padeça de vícios intrinsecamente ou exclusivamente registais, possa ser declarado nulo ou rectificado, mas implica que a declaração de nulidade ou rectificação de tal registo, intrinsecamente viciado, não afecte a posição jurídica do terceiro para quem *a inscrição vale título*.

Portanto, a fé pública do Registo produz um duplo efeito:

1.º— As inscrições consideram-se completas ou íntegras: o terceiro não pode ser prejudicado por factos jurídicos que o Registo não publique no momento de sua aquisição, isto é, os factos jurídicos não publicitados antes da inscrição feita a favor do terceiro são havidos, face a si, como inexistentes.

2.º— As inscrições consideram-se exactas: o terceiro adquire o direito com a extensão e conteúdo com que o mesmo aparece publicitado, sendo mantido na sua aquisição mesmo que o seu *dante causa*, afinal, nunca tenha sido titular do direito ou, tendo-o sido, depois tenha visto o seu facto aquisitivo destruído com eficácia retroactiva real.

n) Nada obstará a que a usucapião subsista autonomamente perante o Registo, operando livremente e inclusive sobrepondo-lhe, na maioria das situações, os seus próprios efeitos. Na verdade, no ordenamento jurídico de Timor-Leste, por um lado, o registo lavrado a favor do possuidor não se apresenta como um pressuposto para que ocorra a usucapião — conduzindo apenas à redução do prazo para usucapir — e, por outro, a existência de um registo a favor de outrem não consubstancia um obstáculo à aquisição por usucapião.

Em resumo, o ordenamento jurídico de Timor-Leste, além de reconhecer a usucapião extratabular, admitirá a usucapião contratabular.

³¹ Segundo o art. 666.º do Código Civil de Timor-Leste: “se a causa extintiva da obrigação ou a renúncia do credor à garantia for declarada nula ou anulada ou ficar por outro motivo sem efeito, a hipoteca, se a inscrição tiver sido cancelada, renasce apenas desde a data da nova inscrição”.

Desta forma, afastou-se a lei de Timor-Leste, da regra geral, segundo a qual a nulidade e a anulabilidade produzem efeitos retroactivos, bem como da excepção introduzida a esta regra, apenas em benefício de terceiros adquirentes de boa fé e a título oneroso, consagrada no art. 280.º do Código Civil português.

A propósito do dispositivo legal homologado existente no Código Civil português, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, afirmam: “São as necessidades do registo (protecção de terceiros) que inspiram a doutrina do art. 732.º. Entre o cancelamento do primeiro registo e a feitura do segundo podem ter sido constituídos novos direitos reais, quer sejam de gozo, quer de garantia, sobre a coisa, e importa proteger os respectivos titulares, se eles, entretanto, obtiveram o registo desses direitos. E igual protecção merecem os próprios direitos registados já na altura do cancelamento, embora posteriormente à hipoteca, cujos titulares passaram a contar com a extinção da garantia cancelada” (Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., p. 753).

Concordamos com os insignes Mestres, apenas acrescentamos que, apesar da letra da lei, quer em Portugal quer em Timor-Leste, o terceiro — adquirente de boa ou de má fé, a título oneroso ou gratuito — não é apenas protegido se *a causa extintiva da obrigação ou a renúncia do credor à garantia for declarada nula ou anulada ou ficar por outro motivo sem efeito*, mas sim sempre que o registo da hipoteca seja cancelado e depois se reconheça ao credor o direito a obter a reinscrição da hipoteca. Assim, por exemplo, quando o registo de uma hipoteca seja cancelado com base numa falsa declaração do consentimento do credor.

Em resumo, na nossa perspectiva, o art. 732.º do Código Civil português e o art. 666.º do Código Civil de Timor-Leste devem ser considerados como uma afloração de um princípio geral de tutela de terceiros perante o cancelamento “indevido” do registo de uma hipoteca.

ÓNUS DA PROVA DA CULPA DO DEVEDOR QUE BENEFICIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO OU DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE^{1*}

PAULO MOTA PINTO

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Responsabilidade do devedor pelo não cumprimento e presunção de culpa. 2. Cláusulas de inversão do ónus da prova da culpa do devedor e cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade do devedor. 3. Posição tradicional depois de 1967: nulidade de qualquer exclusão ou limitação de responsabilidade do devedor. 4. Posição atualmente dominante, e preferível: admissibilidade de cláusulas de exclusão ou de limitação de responsabilidade do devedor que não atuou com dolo ou culpa grave. 5. Admissibilidade da exclusão e limitação da responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares. 6. Ónus da prova da culpa em caso de exclusão ou limitação convencional da responsabilidade do devedor. 7. A posição dominante na doutrina portuguesa e a posição defendida nos direitos italiano e alemão. 8. Conformidade com as razões que determinam a presunção da culpa do devedor prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil. 9. Comparação com a situação probatória do devedor segundo o regime geral, quando responde também por culpa leve. 10. Conclusão.

Quanto o devedor beneficia de uma cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade, que não pode incluir os casos em que existe dolo ou culpa grave do devedor (seria nula nesse caso), a quem incumbe o *onus probandi* da culpa grave ou do dolo do devedor? Ao credor, para afastar a hipótese da cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade, ou ao devedor, a quem incumbe, nos termos gerais do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, provar que a falta de cumprimento não procede de culpa sua?

¹ Este estudo será também publicado nos *Estudos em homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, promovidos pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

É a esta questão que pretender responder-se no presente estudo — sem prejuízo de maiores desenvolvimentos e aprofundamentos de algumas das problemáticas que a questão suscita, e que terão de ficar para outro momento.

1. Responsabilidade do devedor pelo não cumprimento e presunção de culpa

No direito civil português, a responsabilidade civil do devedor em caso de não cumprimento da obrigação está sujeita ao princípio da culpa. O artigo 798.º do Código Civil, com a epígrafe “responsabilidade do devedor”, prevê que o “devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”.

Enquanto a exigência do cumprimento — através de uma ação de execução específica, por exemplo — não depende de existência de culpa do devedor no não cumprimento, a responsabilidade civil pelo não cumprimento está subordinada à existência de culpa do devedor, não sendo uma responsabilidade objetiva. Trata-se, antes, de uma responsabilidade subjetiva. No entanto, e como acontece também noutras ordens jurídicas, provada a existência da obrigação, e o não cumprimento (deixando agora de parte a questão de saber a quem incumbe este *onus probandi*), não há dúvida que o devedor responde civilmente — é obrigado a indemnizar — pelos prejuízos que o inadimplemento causou ao credor, salvo se provar que o não cumprimento não resultou de culpa sua.

É isto o que resulta do artigo 799.º (mais especificamente, do n.º 1) do Código Civil³.

² Não tratamos do ónus da prova do não cumprimento. Diga-se, no entanto, que, sustentando o devedor que se exonerou da obrigação pelo cumprimento, é em regra a este que caberá esta prova, como causa extintiva do direito do credor ao cumprimento (art. 344.º, n.º 2, do Código Civil).

³ Que tem a seguinte redação: “Artigo 799.º (Presunção de culpa e apreciação desta)

1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.”

Provando-se que a obrigação não foi cumprida (ou que o foi com atraso ou defeituosamente), em princípio o devedor torna-se, pois, responsável civilmente pela falta ao cumprimento. Mas, segundo o direito português (que não consagrou a regra da responsabilidade objetiva do devedor pelo inadimplemento), o devedor pode *afastar a sua responsabilidade se demonstrar que não teve culpa* no não cumprimento, bastando-lhe para isso mostrar que o seu comportamento *correspondeu ao grau de diligência que lhe era exigível* — e, portanto, inversamente, que *não incorreu no grau de culpa pelo qual respondia* (culpa grave ou dolo, se a responsabilidade do devedor estiver limitada a estes casos).

O fundamento e alcance desta presunção, prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, são discutidos no direito português.

Deve notar-se, antes de mais, que ela corresponde a uma solução consagrada igualmente noutras ordens jurídicas europeias, que também fazem depender a responsabilidade do devedor da existência de culpa. Está consagrada, por exemplo, no direito italiano (artigo 1218 do *Codice Civile*) e no direito alemão (no § 282 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, na redação originária, e no §280, n.º 1, na redação posterior a 2001), que, como o direito romano, influenciaram o direito português.

Quanto ao fundamento ou razão de ser da presunção de culpa do devedor, “solução adoptada na generalidade dos códigos”, diz-se que “[s]ó o devedor está, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efectuar a prestação a que estava vinculado”⁴. Como salientou Phillippp Heck⁵ (citado por Adriano Vaz Serra nos seus trabalhos preparatórios do nosso Código), a “razão está em que ‘só o devedor e não o credor pode conhecer as conexões internas, que causa-

⁴ F. PIRES DE LIMA/J. ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I (com a colab. de M. H. Mesquita), 4.ª ed., Coimbra, 1987, anot. 1 ao art. 799.º. Ver também A. VAZ SERRA, “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, *BMJ*, Lisboa, 47 março 1955, págs. 98-126 (111): “é o devedor quem está em melhor situação para produzir a prova, pois deve ele conhecer melhor se teve culpa na prestação defeituosa, que fez, do que o credor, a quem é estranha a actividade do devedor”. V. também A. VAZ SERRA, “Provas (Direito probatório material)”, *BMJ*, Lisboa, 110, novembro 1961, págs. 61-256 (54-55).

⁵ PHILLIPP HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr, 1929, § 26, 13, pág. 26, falando de “prova de desoneração” ou “prova de exculpação”.

ram a impossibilidade ou a mora. O devedor tem, assim, de expor: fiz tudo o que, segundo o direito e a exigência da vida, devia fazer; apesar disso, deu-se a impossibilidade em consequência destas e daquelas circunstâncias. Tem depois de provar estas afirmações”⁶.

Refere-se, também, “a consideração, tirada da experiência comum, de que o inadimplemento da obrigação é, em regra, culposo (devido a negligência)”⁷, e diz-se que a circunstância de existir um contrato entre o credor e o devedor coloca este numa especial posição, devendo dedicar particular atenção ao cumprimento da obrigação e munir-se dos meios de prova para o caso de ela não ser possível por causa que lhe não é imputável⁸. Além disso, tal repartição do ónus da prova, diz-se, é consequência da regra segundo a qual é ao devedor que compete provar os factos que extinguem a sua obrigação, e apenas a impossibilidade de cumprimento (o não cumprimento) não imputável a extingue, sem que surja em seu lugar uma obrigação de indemnização⁹.

Como notou Vaz Serra, autor do Anteprojeto do Código Civil nesta parte, “[p]rovado pelo credor o seu crédito, ao devedor, que pretende estar exonerado (e, portanto, não dever indemnização, nem sujeitar-se a outras consequências do não-cumprimento), caberá a prova de que a prestação se tornou impossível e de que esta impossibilidade lhe não é imputável. Esta solução é uma mera aplicação do princípio, segundo o qual compete ao devedor a prova dos factos que extinguem a sua obrigação, e explica-se pela circunstância de a extinção da obrigação interessar sobretudo ao devedor, que deve, por isso, munir-se dos meios de prova dela, e pela de que ele está, em regra, em melhor situação do que o credor para produzir a prova da impossibilidade da prestação e da sua

⁶ A. VAZ SERRA, “Culpa do devedor ou do agente”, *BMJ*, Lisboa, 68, julho 1957, págs. 79-151 (82).

⁷ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 10.^a ed., 2000, vol. II, pág. 101, nota 1.

⁸ A. VAZ SERRA, “Encargo...”, cit., págs. 99, 112.

⁹ Como nota A. VAZ SERRA, citando LUDWIG ENNECCERUS e HEINRICH LEHMANN, em “Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor”, *BMJ*, Lisboa, 4, março 1955, págs. 5-97 (12): “Segundo a vontade da lei, a impossibilidade superveniente como tal não representa uma causa de liberação, mas só quando se junta a circunstância, que *aniquila o direito*, da inimputabilidade, e esta circunstância, que aniquila o direito, tem o devedor que prová-la, de acordo com os princípios gerais”.

inimputabilidade a si mesmo”¹⁰. Ou, como, em relação à prova da correspondência ao padrão de diligência devido, se diz noutro estudo do mesmo autor, “[c]abe, pois, ao credor provar que diligência devia ter usado o devedor, em face da obrigação que assumiu (trata-se da prova do conteúdo da obrigação, a qual compete ao credor), e ao devedor provar que usou essa diligência (e, portanto, se foi impedido de a usar por algum facto a si não imputável, demonstrá-lo), isto é, que cumpriu a obrigação”¹¹.

Quanto ao alcance da presunção prevista no artigo 799.º, n.º 1, ele é igualmente discutido. Não há dúvida de que de tal presunção decorre uma certa objetivação da responsabilidade, pois o devedor responderá pelo não cumprimento caso não consiga demonstrar que ele se deve a causas que lhe não são imputáveis, ou que cumpriu todos os esforços que a obrigação lhe impunha para cumprir. Neste sentido, a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, tem um alcance substantivo, de direito material, e não apenas jurídico-processual¹².

Além disso, um sector da doutrina entende que decorre dessa norma uma presunção não só de *culpa* como de *ilicitude* do comportamento do devedor que deu origem ao não cumprimento e de causalidade entre esse comportamento e este não cumprimento¹³. Não necessi-

¹⁰ A. VAZ SERRA, “Encargo da prova...”, pág. 99.

¹¹ “Culpa do devedor ou do agente”, cit., págs. 82-83.

¹² O significado não apenas processual, mas de direito substantivo, da presunção, no sentido de que o devedor responde pela prestação quando não consegue provar que fica liberado, por não ter culpa, é salientado na doutrina alemã. V. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I — Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, Beck, 1987, p. 334, e, mais recentemente, DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 12.ª ed., München, Vahlen, 2014, n.º 520, THOMAS RIEHM, “Pflichtverletzung und Vertretenmüssen — zur Dogmatik der § 280 f. BGB”, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, München, Beck, 2007, pp. 1079 e ss., 1084 e ss.

¹³ V. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, 1989 (cit. no supl. do *BFD*, Coimbra, 1993), n. 324, idem, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 301-305, n. 283, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, esp. pp. 464 e ss., idem, *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, págs. 389 e segs., para quem a culpa a que se referem os arts. 798.º e 799.º é a abrangente (e sincrética) *faute* francesa, e não a culpa autonomizada da ilicitude na tradição analítica dos pressupostos da responsabilidade civil.

tamos, porém, de aprofundar esta última questão, uma vez que no presente caso, e nas perguntas que nos são postas, apenas está em causa a presunção *de culpa* do empreiteiro devedor no não cumprimento (atraso ou cumprimento defeituoso) da sua prestação — isto é de que o não cumprimento lhe é imputável —, resultante desse artigo 799.º, n.º 1.

Em qualquer caso (isto é, seja como for quanto ao exato alcance da presunção em relação à ilicitude e causalidade do não cumprimento), ao credor bastará provar a *existência da obrigação* — incluindo o grau de diligência que ela impunha ao devedor —, presumindose a subsistência da obrigação, sendo ao devedor que incumbe provar o *facto extintivo* da obrigação que é o *cumprimento*, ou, se a obrigação não foi cumprida — ou o foi com atraso ou defeituosamente —, provar que o não cumprimento não lhe é imputável. E isto, seja por o não cumprimento *ser imputável a uma causa que lhe é estranha*, seja por o devedor provar *que praticou os atos que devia praticar* segundo o vínculo obrigacional. Como também escreveu Vaz Serra, “[s]upondo estar-se em face de uma obrigação, em que o devedor se encontra obrigado apenas a prestar certa diligência, ao credor desde que lhe pertence a prova do seu direito de crédito, cabe provar até onde vai esse dever de diligência do devedor, incumbindo ao devedor a prova de que o cumpriu. Isto é, provando o credor que o devedor devia ter praticado certos actos (conteúdo do dever de diligência prometido), o devedor deve provar que os praticou ou que, não os tendo praticado, lhe não é imputável esse não-cumprimento. A prova da culpa não pertence, portanto, ao credor, não havendo aqui excepção à regra de que o credor só tem que provar o seu direito de crédito”¹⁴.

Não há, pois, dúvida de que é ao devedor que incumbe em geral, provado o não cumprimento, demonstrar que este lhe não é imputável. O devedor pode, porém, fazê-lo tanto pela prova de que o não cumprimento é imputável a causas que lhe são alheias, como mostrando que cumpriu, com a diligência a que estava obrigado, os deveres que lhe ca-

Para uma apreciação crítica destas teses, e da sua necessidade, em face das regras gerais de distribuição do ónus da prova, v. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, nota 3118, e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Arguição do currículo apresentado pelo Doutor António Menezes Cordeiro nas provas para obtenção do título de professor agregado”, *RFDUL*, vol. 39, 1998, pp. 821830 (825).

¹⁴ A. VAZ SERRA, “Encargo da prova...”, cit., pág. 103.

biam¹⁵. E do mesmo modo, se o devedor tiver a sua responsabilidade agravada por responder por um caso fortuito, e alegar a existência de causa de força maior para se desonerar, é a ele que incumbe provar essa causa¹⁶.

2. Cláusulas de inversão do ónus da prova da culpa do devedor e cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade do devedor

As partes podem, é certo acordar uma cláusula de inversão do ónus da prova da culpa do devedor. Quando assim acontece, as partes afastam a presunção de culpa que a lei, na responsabilidade contratual, faz recair sobre o devedor. As partes tornam, assim, menos gravosa sob este aspecto a posição do devedor: a presunção deixa de funcionar e ao credor caberá provar a culpa do devedor. Esta estipulação, que destrói a inversão legal, é possível, por força do princípio da liberdade contratual¹⁷, com expressa aplicação ao caso no artigo 344.º, n.º 1, que reconhece a validade da convenção inversora do ónus da prova. No entanto, nos termos do artigo 345.º, n.º 1, essa convenção será nula nos casos em que o direito seja indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil ao titular do direito o exercício deste¹⁸, e este último será frequentemente o

¹⁵ Assim, aliás, se previa expressamente no Anteprojeto de VAZ SERRA: “(...) 2 - A prova da não imputabilidade pode ser feita com a demonstração de que o devedor cumpriu, com a diligência a que estava obrigado, os deveres, que lhe cabiam” (“Encargo da prova...”, cit., pág. 123).

¹⁶ Assim, também no Anteprojeto de VAZ SERRA, ob. cit., pág. 126.

¹⁷ Sobre a admissibilidade de cláusulas de inversão do ónus da prova da culpa do devedor na responsabilidade contratual, v. INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 433 (e já na 3.ª ed., de 1980, págs. 394-395, e em *Manual de direito das obrigações*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1957, pág. 210), A. VAZ SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros”, *BMJ*, Lisboa, 79, outubro 1958, págs. 105-148 (106, n. 4, 109, 146), e sobretudo ANTÓNIO PINTO MONTEIRO: *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina 1985 (reimpr., com nota de actualização, Coimbra, 2011), págs. 110-111.

¹⁸ Como notam I. GALVÃO TELES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., cit., pág. 433, n. 1 (com a concordância de A. PINTO MONTEIRO, ob. cit., pág. 111), a letra do art. 344. refere-se apenas à inversão das regras sobre ónus probatório contidas nos artigos anteriores, mas, pelo seu espírito, por igualdade ou até maioria da razão, abrange também a conven-

caso quanto à prova da culpa do devedor pelo credor, dado que essa prova exige o conhecimento de factos e acesso a meios de prova sobre circunstâncias internas à esfera do credor, que em regra não é razoável exigir que o credor conheça.

A inversão do *onus probandi* da culpa pode, pois, acarretar sérias dificuldades, porventura insuperáveis, ao credor, sendo normalmente o devedor quem está em melhores - ou até o único que está em — condições de fazer prova sobre a sua própria culpa. Por isso, estas cláusulas, como também se salienta na doutrina nacional, ao afastarem a presunção legal de culpa do devedor e imporem, conseqüentemente, ao credor o ónus da prova da culpa do devedor, acabem frequentemente por ter um efeito prático idêntico ao de verdadeiras cláusulas de irresponsabilidade, atenta a dificuldade prática do credor em fazer a prova¹⁹. E daí também que, no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código de 1966, Vaz Serra, no seu Anteprojeto, as tratasse conjuntamente com as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade e *as submetesse ao mesmo regime* que propunha²⁰. Previa-se, no Anteprojeto referido, (artigo 1.º, n.º 1): “As convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, *ainda que apenas estabeleçam o máximo a que pode ir a indemnização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova*” (itálicos aditados)²¹.

Por isso, também, se lê na nossa doutrina mais autorizada sobre o tema, que as partes gozam, “em princípio, da faculdade de estipular, mediante cláusula adequada, a inversão do ónus da prova, procurando o devedor, desta forma, furtar-se ao risco de não conseguir afastar a presunção com que a lei o onera”, logo se acrescentando, porém: “Mas se em alguns casos poderá haver justificação objectiva para esta inversão convencional do ónus da prova, noutros, porém, prosseguir-se-á, com esta cláusula, uma finalidade exoneratória, ainda que por via indirecta, atentas as dificuldades

ção que se destina destruir uma inversão decorrente de disposição excecional da lei que prevê uma presunção (como o art. 799.º, n.º 1).

¹⁹ Assim, corretamente, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., pág. 111.

²⁰ A. VAZ SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade”, cit., págs. 105, segs., 146-148.

²¹ Para a fundamentação, v. a ob. cit., págs. 123-124. E mais indicações em A. PINTO MONTEIRO, ob. e loc. cit.

práticas, porventura insuperáveis, de o credor conseguir obter a prova da culpa do devedor e, assim, a responsabilidade deste”²².

Como é sabido, a validade das *cláusulas de exclusão* e de *limitação de responsabilidade* foi discutida no direito civil português. Recordemos sumariamente esta discussão.

3. Posição tradicional depois de 1967: nulidade de qualquer exclusão ou limitação de responsabilidade do devedor

A partir do Código Civil de 1966, a validade das cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade foi objeto de discussão no direito civil português em vigor, designadamente devido à norma do *artigo 809.º*, que dispõe: “É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800”²³.

Com base nestas disposições, a doutrina tradicional e a jurisprudência portuguesas imediatamente posteriores a 1966 afirmavam a *nulidade* das cláusulas de exclusão de responsabilidade. Para esta posição, a lei civil portuguesa, a partir de 1966 (também tendo em conta a alteração de redação em relação ao anteprojecto do Prof. Vaz Serra²⁴), *não admite* cláusulas de exclusão de responsabilidade, as quais afastam o direito do credor à indemnização, que é um dos direitos de que o credor dispõe em caso de não cumprimento ou mora do devedor, e ao qual *não pode renunciar antecipadamente*, nos termos expressos do artigo 809.º Essas cláusulas

²² A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão...*, cit., pág. 419.

²³ Este artigo 800.º, por sua vez, prevê: “1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública”.

²⁴ Artigo 105.º, n.º 1, sobre “Cláusulas de irresponsabilidade”, apenas proibindo essas cláusulas em caso de dolo ou culpa grave do devedor, ou de violação de obrigações resultantes de normas de ordem pública (ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações (com excepção dos contratos em especial)*. Anteprojecto, BMJ, Lisboa, 1960, art. 105.º, p. 75.

traduzir-se-iam numa renúncia a esse direito, pelo que, independentemente do grau de culpa do devedor (dolo ou mera negligência do obrigado), seriam nulas.

Esta era a posição *tradicional*, e mesmo generalizada, na ordem jurídica portuguesa, *depois de 1966*, em face das citadas normas do Código Civil (em particular do artigo 809.º), adotada então pela jurisprudência²⁵ e ainda hoje defendida por parte da doutrina²⁶. Segundo esta posição, prevalecente depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966²⁷, a cláusula de exclusão de responsabilidade é *sempre nula*, independentemente do grau de culpa do devedor, exceto, nos termos do artigo 800.º, n.º 2, quando se esteja em causa apenas a responsabilidade por ato de

²⁵ V., por exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de fevereiro de 1978 (relator CAMPOS COSTA), in *CJ*, 1978, p. 377, e de 3 de outubro de 1978 (relator LICURGO SANTOS), in *CJ*, 1978, p. 1333, e do Tribunal da Relação do Porto de 6 de outubro de 1978 (relator JOAQUIM DE CARVALHO), in *CJ*, 1987, tomo IV, p. 231.

²⁶ FERNANDO PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1981, anot. ao art. 809.º, 3.ª ed., 1986, anot. ao art. 809.º, p. 73, e 4.ª ed., 1997, anot. ao art. 809.º, p. 72; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 821, e vol. II, 3.ª ed., 1980, p. 101, vol. I, 10.ª ed., 2000, p. 941 (n.º 269-II), e vol. II, p. 135 (n.º 325 (“Nulidade das cláusulas de exclusão da responsabilidade civil”), FERNANDO PESSOA JORGE, “A limitação convencional da responsabilidade civil”, in *BMJ*, n.º 281, pp. 7-11, 13-14, 31-32, idem, *Direito das obrigações*, 1.º, vol., Lisboa AAFDL, 1975/1976, pp. 604-605, JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, Coimbra, 1987, p. 404, nota 2, ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, cit., pp. 453 e ss., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, , 2014, p. 273 (admitindo apenas as cláusulas de limitação, já não de exclusão), e aparentemente também ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 265-266.

Numa primeira fase, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (in “Fixação contratual dos direitos do credor”, *Direito Civil*, lições do Professor CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO aos alunos do Curso Complementar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979-1980, pp. 185 e ss.) defendeu também a nulidade das cláusulas de exclusão de responsabilidade, vindo depois a mudar de posição e a liderar mesmo (a partir de *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, cit.) a mudança de posição, no sentido da admissibilidade daquelas cláusulas quando não existe dolo nem culpa grave do responsável.

²⁷ Antes do Código Civil de 1966, parecia ir no sentido da proibição das cláusulas de exclusão de responsabilidade MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, n.º 75, p. 347 e s. 1.

terceiros, e contanto que não incluam atos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.

Segundo esta posição, as *exclusões* de responsabilidade seriam nulas, e, segundo posição de parte da doutrina²⁸, tal valeria mesmo também para as cláusulas de limitação do montante da indemnização, que seriam de equiparar a uma renúncia parcial a esta.

4. Posição atualmente dominante, e preferível: admissibilidade de cláusulas de exclusão ou de limitação de responsabilidade do devedor que não atuou com dolo ou culpa grave

A posição tradicional, na doutrina e na jurisprudência portuguesa, no sentido de que o artigo 809.º do Código Civil proíbe em absoluto, seja qual for o grau de culpa do devedor, as cláusulas de exclusão de responsabilidade, foi, porém, contrariada, a partir de meados dos anos 80 do século XX, por uma outra, cuja defesa foi liderada por António Pinto Monteiro, segundo a qual o *artigo 809.º não é aplicável quando a cláusula de exclusão se circunscreve a casos de culpa leve* do devedor, mantendo-se a responsabilidade deste em casos de *dolo* ou *culpa grave*. Esta posição²⁹ é hoje a dominante na jurisprudência³⁰ e parece também prevalecer na doutrina, devendo considerar-se preferível.

Com efeito, e como vimos, o Código Civil Português não trata da

²⁸ V., extensamente, ANA PRATA, *Cláusulas...*, cit., pp. 615 e ss.

²⁹ Defendida designadamente em 1985 por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, em *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, cit. Já antes do Código Civil de 1966, v., afastando apenas a renúncia ao direito de indemnização em caso de dolo, GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do direito civil português, vol. II: Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, p. 113, JOSÉ REIS MAIA, *Direito geral das obrigações. Parte I: Das obrigações em geral e dos contratos*, Barcelos, Comp. Ed. do Minho, 1926, p. 397; e também LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, p. 535 (admitindo só a exclusão em caso de culpa levíssima) e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual de direito das obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1965, p. 230 (admitindo a limitação da responsabilidade do devedor aos casos de dolo ou culpa grave).

³⁰ V. indicações em ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2002”, *RLJ*, ano 138.º, n.º 3956, cit., pp. 284 e ss. e 290 e ss.

disciplina das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade em termos sistemáticos, não se encontrando na lei uma norma específica sobre o regime daquelas convenções, pelo menos, quando se trate de atos diretamente praticados pelo próprio devedor — no artigo 800.º, n.º 2, apenas se permite que seja convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio, a responsabilidade do devedor por atos dos representantes legais ou auxiliares, e “desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública”.

Afigura-se, porém, quanto à *cláusula limitativa de responsabilidade*, que ela não é sequer abrangida pela proibição constante do artigo 809.º, pois não se trata de qualquer *renúncia* do credor à indemnização, mas tão-só da fixação de um *limite máximo*. Aliás, no artigo 810.º, n.º 1, o Código Civil admite a possibilidade de as partes fixarem “por acordo o montante da indemnização exigível”, podendo esta *fixação do montante exigível* consistir na estipulação de um limite máximo ao *quantum respondeatur*³¹.

Quanto às verdadeiras *cláusulas de exclusão de responsabilidade*, fora do quadro do artigo 800.º, n.º 2, devem considerar-se insuficientes, em abono da sua proibição total, razões de ordem conceitual (assentes na “exigibilidade do direito de crédito”, no “sentido jurídico da obrigação”, etc.). Estas não implicam uma proibição absoluta e radical da cláusula de exclusão, antes apenas justificam uma interpretação *restritiva* do artigo 809.º, para subtrair ao seu alcance uma cláusula que condicione a responsabilidade do devedor ao dolo e culpa grave, exonerando-o apenas por comportamentos que só lhe podem ser imputados por mera *culpa leve*.

Acresce que o próprio teor do artigo 809.º não inculca uma proibição total neste caso, em que não haverá propriamente *renúncia antecipada* à indemnização — renúncia que é o que o artigo 809.º proíbe. Apenas se *condiciona* a responsabilidade a uma culpa qualificada (dolo ou culpa grave) do devedor. A lei proíbe, no artigo 809.º, a *renúncia antecipada* do

³¹ V. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 259 e ss.

Diversa é a questão de saber se, sendo admitidas pela lei portuguesa, as cláusulas de limitação não devem ser submetidas aos mesmos limites de validade — designadamente, inexistência de dolo ou culpa grave — das cláusulas de exclusão de responsabilidade, caso estas também não devam considerar-se totalmente proibidas.

credor ao direito de indemnização, assim como a qualquer dos outros direitos que lhe são facultados. Mas a cláusula de exclusão de responsabilidade não é uma tal renúncia, se apenas *restringe* a responsabilidade do devedor a uma culpa qualificada.

Solução diferente, que impedisse radicalmente os contraentes de estipular cláusulas deste tipo, não se afiguraria aliás realista, apenas compreendendo-se a *inadmissibilidade* pura e simples de cláusulas exoneratórias quando razões imperativas de *ordem pública* (v.g., danos pessoais, responsabilidade médica), de *proteção do consumidor*, ou outras semelhantes, a justifiquem.

A posição segundo a qual a lei apenas proíbe cláusulas limitativas ou exclusão da responsabilidade por não cumprimento *em caso de dolo ou de culpa grave* foi aliás, confirmada pelo próprio legislador. Este, no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, sobre cláusulas contratuais gerais, apenas proibiu (artigo 18.º, alíneas *c*) e *d*) as cláusulas que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave”. A compatibilidade com o artigo 809.º das cláusulas de exclusão de responsabilidade em caso de culpa leve resulta, em termos *sistemáticos*, desta norma, pois mesmo no domínio dos contratos de adesão ou das cláusulas contratuais gerais apenas se proibiu tais cláusulas para casos de dolo ou culpa grave, e não faria sentido que essa proibição fosse *mais estrita* nesse domínio do que em geral³².

Deve, aliás, acrescentar-se um princípio, importante, que se retira do artigo 494.º do Código Civil Português³³, e que também depõe nesse sentido. Trata-se do princípio de que o lesante apenas pode beneficiar de

³² Trata-se de um argumento de ordem sistemática para a interpretação do art. 809.º, salientado logo em A. PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, Revista de Ordem dos Advogados, 1986, p. 757, e também em *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., reimpr. 2003, pág. 386-g da nota de atualização, e idem, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 247 e ss. V. também este argumento, por ex., em JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, tomo I, *Parte Geral*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 182-183.

³³ Norma, esta, que traduz um princípio aplicável, segundo a melhor posição, também à responsabilidade obrigacional. Sobre esta questão, v. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, vol. I, n. 2361, e vol. II, n. 2630.

uma atenuação da sua responsabilidade (independentemente de estipulação nesse sentido) *quando não existe dolo ou de culpa grave*.

Consideramos, pois, *preferível de jure condendo* e consagrada já *de jure condito* a posição que *admite a validade de princípio das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade*, mas entende que estas cláusulas são *nulas* quer em caso de *dolo* ou de *culpa grave* (em aplicação do disposto no artigo 809.º do Código Civil e no artigo 18.º, alíneas *c*) e *d*), do Decreto-Lei n.º 446/85), quer, designadamente³⁴, em caso de ofensa a *princípios e regras imperativas* da ordem jurídica, como a da proibição de acordos contrários à boa fé, à ordem pública ou aos bons costumes (nos termos dos artigos 280.º e 762.º do Código Civil).

É, como referimos, a posição dominante atualmente no direito português, na jurisprudência³⁵ e (aparentemente) também na doutrina³⁶.

³⁴ Além dos limites de validade em caso de dolo ou de culpa grave, e dos limites gerais ao exercício da autonomia privada que decorrem de *princípios e regras gerais* (como a boa fé, a ordem pública e os bons costumes), há, também, situações *especiais* que reclamam uma *proibição total* das cláusulas de exclusão, como acontece no casos de responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada (n.º 4 do artigo 504.º do Código Civil), de responsabilidade do produtor pelos defeitos dos produtos que põe em circulação (artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro) e, em geral, no domínio da proteção do consumidor. V. a propósito de um caso de exclusão de responsabilidade dos serviços postais por lucros cessantes, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 153/90, de 3 de Maio, in *DR*, II Série, de 7 de setembro de 1990, p. 10.022. Sobre estes limites, v. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão...*, cit., pp. 182 e ss. e pp. 332-a e ss, e a anotação ao cit. acórdão do TC, na *RLJ* n.º 3956, pp. 304 e ss.

³⁵ Cfr. o cit. Acórdão do TC n.º 153/90, de 3 de maio (relator: BRAVO SERRA), do Tribunal Constitucional (e, a propósito, também o Acórdão do TC n.º 650/2004, relator BRAVO SERRA, in *DR*, I Série-A, n.º 38, de 23 de fevereiro de 2005, pp. 1651 e ss.), o Acórdão do STJ de 19 de março de 2002 (para a limitação aos casos de dolo e culpa grave, relator GARCIA MARQUES, com anot. de A. PINTO MONTEIRO, in *RLJ*, ano 138.º, 2009, n.º 3956, pp. 284 e ss), o Acórdão do STJ de 9 de maio de 1996 (para a exclusão da indemnização por lucros cessantes, relator MIRANDA GUSMÃO), e o Acórdão do STJ de 24 de maio de 2007 (relator FARIA ANTUNES), todos também em *www.dgsi.pt*. Cfr. também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de novembro de 2007 (relator JORGE LEAL).

³⁶ V. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., 1985, pp. 159 e ss., pp. 332-j e ss.); CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1985, pp. 591-596 (n.ºs 194 e 195), 4ª ed., de 2005, pp. 599-604 (n.ºs 200 e 201); INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, reimpr., 2010, pp. 426-432; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12.ª

E trata-se, também, da posição que *domina no panorama comparatístico*, quase sem exceções, seja por resultar da lei, seja por equiparação pelos tribunais da culpa grave ao dolo. Assim acontece, por exemplo, nos direitos italiano, espanhol, francês ou alemão, bem como em textos internacionais de tendentes à harmonização do direito dos contratos³⁷, e na generalidade das ordens jurídicas que nos são mais próximas³⁸.

ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 789-793 (n.º 65.5, c); JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 208, nota 3, e, mais recentemente, também em idem, *Banca, bolsa e seguros*, cit., pp. 182-183; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, cit., pp. 502-506 (n.º 5, b)); JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 1992, p. 23, n. 33; NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 19 e ss., idem, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 908 e ss.; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 375-389.

³⁷ O artigo III-3: 105 (*Term excluding or restricting remedies*) do *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prevê: “(1) A term of a contract or other juridical act which purports to exclude or restrict liability to pay damages for personal injury (including fatal injury) caused intentionally or by gross negligence is void. (2) A term excluding or restricting a remedy for non-performance of an obligation, even if valid and otherwise effective, having regard in particular to the rules on unfair contract terms in Book II, Chapter 9., Section 4, may nevertheless not be invoked if it would be contrary to good faith and fair dealing to do so” — *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ed. por C. von Bar *et alii*, Sellier, European law publishers, Munich, 2009, p. 239.

³⁸ Segundo a nota comparatística contida na versão integral do *Draft Common Frame of Reference*, no cit. art., os Códigos Civis *italiano* (art. 1229) e *espanhol* (arts. 1102, 1256 e 1476) consideram nula cláusulas que exoneram o devedor ou limitam responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave, o mesmo valendo, por determinação da jurisprudência, no direito *austriaco*. No direito *francês*, os tribunais declaram nulas as cláusulas que excluem ou limitam responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave (Cass.req. 24 de outubro de 1932, S.1933.1.289 e Cass.civ, 4 de fevereiro de 1969, D.69.601, Cass.com. 22 outubro de 1996, D.1997, 121 — “Chronopost”). No direito *polaco*, o art. 473.º, § 2, do Código Civil apenas proíbe cláusulas de exclusão em caso de dolo, mas os tribunais podem julgar contrárias à boa fé essas cláusulas em caso de culpa grave. Noutros países também são proibidas as cláusulas que excluem a responsabilidade em caso de dolo (assim, por ex., na *Dinamarca*, na *Finlândia*, ou na *Alemanha*, por força do §276, 2, do BGB), mas a exclusão em caso de culpa grave também não é possível em cláusulas con-

5. Admissibilidade da exclusão e limitação da responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares

Como se viu, o Código Civil tratou expressamente da exclusão da responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares. A *sedes materiae* desta problemática é o artigo 800.º do Código Civil, já citado.

Vigora, pois, como imperativo da tutela do crédito, nos termos do n.º 1 do artigo 800.º, a regra da *responsabilidade objetiva* do devedor pelos atos dos seus representantes legais ou auxiliares, mesmo que entre estes e o devedor não exista qualquer relação de dependência ou subordinação³⁹.

Esta responsabilidade objetiva resulta de necessidades de *proteção do credor*, além de considerações de *justiça*.

Por um lado, o credor não deve ficar sujeito a que o devedor possa aliviar a sua responsabilidade pela escolha de terceiros, auxiliares ou representantes para o cumprimento da obrigação, ficando em melhores condições do que se cumprisse diretamente a obrigação. Por isso, o devedor é responsável pelos atos daqueles *como se fossem praticados por si*, e mesmo que não tenha incorrido em qualquer *culpa in eligendo, in vigilando* ou *in instruendo* dos auxiliares (nesse caso haverá logo responsabilidade

tratuais gerais, e os tribunais frequentemente estendem a proibição em caso de dolo aos casos de culpa grave. No *Holanda*, o Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) decidiu que a cláusula não pod ser invocada para limitar a responsabilidade por danos intencionalmente ou por negligência grosseira (por ex., as decisões de 31 de dezembro de 1993 e de 5 de setembro de 1997). Já no direito *inglês* não existe regra específica sobre incumprimento intencional no *common law*. Mas as cláusulas limitativas normalmente não são interpretadas como aplicando-se a violações intencionais, e o facto de uma cláusula incluir essas violações pode ser um factor relevante para a considerar *unreasonable* — v. *Thomas Witter Ltd. v. TBP Industries Ltd.* [1976] 2 All ER 573.

³⁹ Já a responsabilidade extracontratual por atos de terceiros exige essa relação de comissão (art. 500.º do Código Civil), como pacificamente se reconhece na doutrina. V., por ex., CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Atlântida Editora, Coimbra, 1970 (reimpressa em 1982), pp. 411 e 532, n. 2, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão...*, cit., pp.264, 287, (com mais indicações, J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., vol. II, p. 103, n. 3, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., p. 1038, n. 3, ADRIANO VAZ SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, *BMJ*, n.º 72, 1958, p. 274.

do devedor por culpa própria). Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva, *independente de culpa*.

Esta solução é também motivada pela consideração de que, se o devedor *beneficia* da colaboração de terceiros no cumprimento da obrigação — se beneficia desses *commoda* —, deve igualmente suportar os *custos* dos correspondentes *incommoda*, não pretendendo “transferi-los” para o credor. O devedor deve, pois, ser responsável perante o credor pelos atos das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor (“*qui facit per alium, facit per se*”, ou “*the servant’s act is de master’s act*”)⁴⁰.

A responsabilidade civil do devedor pelos atos dos seus auxiliares no cumprimento pode, porém, ser *convencionalmente excluída* ou *limitada*, desde que a exclusão ou limitação não compreenda atos que representem a *violação de deveres impostos por normas de ordem pública* (artigo 800.º, n.º 2). Como já vimos, o Código Civil, ao proibir no artigo 809.º a renúncia antecipada ao direito de indemnização, *excepcionou* expressamente o disposto no n.º 2 do artigo 800.º, e este permite o acordo para excluir ou limitar a responsabilidade do devedor por atos dos seus representantes legais ou auxiliares, salvo em caso de violação de deveres impostos por normas de ordem pública.

A possibilidade de uma exclusão ou limitação convencional de responsabilidade por atos dos auxiliares no cumprimento não é, pois, *contrariada* — antes expressamente *excecionada* — pela previsão legal da responsabilidade objetiva do devedor pelos atos dos seus auxiliares no cumprimento (artigo 800.º, n.º 1).

Historicamente parecia, com efeito, haver razões para tal exceção⁴¹, uma vez que estava em causa uma responsabilidade objetiva do devedor *por atos de terceiro*, e que estes podiam até ser *independentes* ou *autónomos* do devedor. Admitia-se, assim, que se condicionasse então a responsabili-

⁴⁰ V. uma justificação detalhada em A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 260 e ss., A. VAZ SERRA, ob. cit. Lá fora, v., por ex., EGON LORENZ, “Die Haftung für Erfüllungshilfen”, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. 1: Bürgerliches Recht*, München, Beck, 2000, pp. 329-379, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad civil del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Civitas, 1994.

⁴¹ Sobre o favor historicamente prestado às cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade do devedor por atos de auxiliares deste, v. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., pp. 271 e ss.

dade do devedor por esses terceiros à existência de culpa, ou de dolo ou culpa grave, ou até que se excluísse ou limitasse a responsabilidade do devedor, desde que não existisse ofensa de deveres impostos por normas de ordem pública.

Parte reputada da doutrina⁴², pondo em causa a atualidade desta justificação, propunha, e propõe, que se distinga entre *dois tipos de auxiliares*: uns, que estão integrados na empresa ou organização do devedor, sendo seus *dependentes*, fazendo parte da sua unidade económica; outros, a que o devedor recorre ocasionalmente, são auxiliares *autónomos e independentes*. Em ambos os casos se trata de terceiros que o devedor utiliza para o cumprimento da obrigação (de auxiliares), aos quais é aplicável a regra da responsabilidade objetiva do devedor, prevista no artigo 800.º, n.º 1. Todavia, a distinção seria relevante para efeitos do n.º 2 do artigo 800.º, isto é, para os limites de validade das cláusulas limitativas e de exclusão por atos de auxiliares: as cláusulas relativas a auxiliares *dependentes* do devedor estariam submetidas ao mesmo regime jurídico da limitação ou exclusão de responsabilidade por atos próprios do devedor, pelo que, como se estivessem em causa atos próprios, o devedor só pode exonerar-se da responsabilidade em caso de culpa leve; já para os auxiliares *autónomos e independentes* o devedor poderia excluir ou limitar a sua responsabilidade, por acordo adrede, tendo como único limite de validade a ordem pública, nos termos do artigo 800.º, n.º 2 (e, portanto, para estes auxiliares autónomos, eventualmente mesmo para o caso de dolo).

Deve, porém, notar-se que esta distinção não se afigura, pelo menos por agora, nem pacífica nem dominante na doutrina⁴³, e parece-nos mesmo que suscita *problemas*, na medida em que dela possa resultar um indesejável *incentivo ou estímulo ao recurso sistemático a auxiliares externo autónomos ou independentes*, a fim de possibilitar a exclusão da responsabilidade por estes. A atitude de maior favor em relação a cláusulas de exclusão de responsabilidade por atos dos auxiliares, do que quando estão em causa atos próprios do devedor, não parece, aliás, fazer já hoje sentido. Também em relação aos auxiliares autónomos do devedor parecem pro-

⁴² Designadamente A. PINTO MONTEIRO, ob. cit., pp. 273-301.

⁴³ Para a sua rejeição, v. a argumentação, por ex., de J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, cit., pp. 383 e ss., e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas de exclusão...*, cit., pp. 60 e ss.

ceder as razões para a responsabilidade objetiva deste: não beneficiar o devedor e colocar o credor em correlativa pior situação pelo facto de aquele se socorrer de terceiros (mesmo independentes), e fazer o devedor incorrer nos riscos e custos correspondentes ao benefício de recorrer a terceiros.

Afigura-se, aliás, que o *argumento sistemático* — que é relevante para a própria admissibilidade em geral das cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade, como vimos — depõe também hoje no sentido de se não fazer distinção entre aqueles tipos de auxiliares para o efeito de permitir com maior largueza a exclusão ou limitação de responsabilidade em caso de auxiliares do devedor independentes deste. Com efeito, o *regime das cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão*, previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, proíbe absolutamente, ferindo de nulidade (artigo 18.º, alíneas *c*) e *d*), cláusulas que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, *em caso de dolo ou de culpa grave*”, e cláusulas que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, *em caso de dolo ou de culpa grave*”.

Ou seja: este regime prevê os *mesmos limites de validade* das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, para atos próprios e para atos de auxiliares ou representantes do devedor, sem distinguir entre auxiliares autónomos ou dependentes: em todos estes casos são proibidas, e, logo, nulas, para as hipóteses de *dolo* ou de *culpa grave*. E não parece haver razão para que esta inteira *equiparação* entre atos do devedor e atos dos seus auxiliares, autónomos ou não, quanto aos limites de validade das cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade, não valha igualmente para todos os contratos, incluindo os *contratos negociados*⁴⁴.

⁴⁴ Neste sentido, por ex., I. GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, cit., p. 432, n. 1. V. também J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, cit., pp. 388-389 (propondo um controlo geral pelo princípio da boa fé).

6. Ónus da prova da culpa em caso de exclusão ou limitação convencional da responsabilidade do devedor

Seja, porém, como for quanto às questões tratada nos números anteriores (3 a 5), é certo que as cláusulas de irresponsabilidade (que excluam ou limitem a responsabilidade), que *suprimem, ou limitam, a responsabilidade contratual*, se distinguem, pelo menos nos seus efeitos jurídicos, das *cláusulas de inversão do ónus da prova*, que apenas têm eficácia jurídica no *plano probatório* (e não, diretamente, no plano substantivo).

Em particular, deve ter-se por superada a posição, que foi em tempos perfilhada pela jurisprudência francesa, que não admitia um efeito exoneratório absoluto da cláusula de não-responsabilidade, por, aceitando que ela suprimia a responsabilidade contratual, entender, porém, que subsistiria a responsabilidade delitual do devedor (a qual, sendo de ordem pública, não poderia ser eliminada por convenção das partes), sendo o ónus da prova da culpa nesse caso do lesado, e não do lesante (devedor). Segundo esta posição, o alcance prático da cláusula de irresponsabilidade resumia-se a uma simples inversão do ónus da prova, não a um afastamento do dever de indemnizar⁴⁵. Com efeito, esta posição foi definitivamente abandonada, admitindo-se, respeitadas as condições de validade, um efeito exoneratório absoluto da cláusula de irresponsabilidade, e não uma mera inversão da *charge de la preuve*.

Também entre nós, o que manifestamente não pode pretender-se, sem contrariar a finalidade prosseguida com a cláusula de irresponsabilidade, é que o efeito desta se circunscreva a simples inversão do ónus da prova. Pelo contrário: a cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade não só suprime ou limita o dever de indemnizar que, sem ela, recairia sobre o devedor, como, por outro lado, essa cláusula, em si mesma, não altera as regras legais consagradas em matéria do ónus da prova⁴⁶, salvo estipulação expressa nesse sentido, dentro dos limites admissíveis.

⁴⁵ Para tal posição, e sua crítica, v., entre nós, A. VAZ SERRA, “Cláusulas modificadoras...”, cit., págs. 106, 108, 109, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão...*, cit., págs. 418-419.

⁴⁶ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão...*, cit., pág. 419.

É o que vamos ver de seguida.

O que se pergunta agora é se, quando, devido a uma cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, o devedor não responde por culpa leve, mas apenas por dolo ou culpa grave, é ainda sobre ele que, em aplicação do artigo 799.º, n.º 1, continua a recair o ónus de provar que não agiu com dolo ou com culpa grave, para poder beneficiar da limitação ou exclusão (convencional ou legal) de responsabilidade, ou se basta ao devedor invocar essa cláusula para afastar ou restringir a sua responsabilidade, sendo então ao credor que incumbe, para responsabilizar o devedor sem tais limitações, provar que aquele agiu com culpa grave ou dolo.

Trata-se, compreensivelmente, de *questão central* para o regime das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade. Está em causa o regime da prova de um pressuposto que é muitas vezes decisivo para a responsabilidade civil.

Não temos dúvidas em afirmar que, segundo o direito português vigente, as cláusulas *limitativas* ou de *exclusão de responsabilidade*, que não podem valer para as hipóteses de dolo ou culpa grave do devedor, se distinguem das *cláusulas de inversão do ónus da prova da culpa*, porque *apenas têm como efeito jurídico* a limitação ou exclusão da responsabilidade do devedor pelo não cumprimento, e não a inversão do ónus da prova da culpa. Salvo previsão expressa das partes nesse sentido (e nos limites em que pode ser válida nos termos do artigo 345.º, n.º 1), tais cláusulas *não afetam, portanto, a distribuição do ónus da prova da culpa* na responsabilidade contratual, prevista na lei civil portuguesa, segundo a qual *é ao devedor que incumbe provar que o não cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procedem de culpa sua*. Isto é, continua a valer e a aplicar-se, mesmo quando existe uma cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade contratual, a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil. Essa cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade condiciona a responsabilidade do devedor à existência de dolo ou culpa grave, mas (pelo menos, na falta de clara estipulação nesse sentido) *não afasta o regime legal da prova da culpa* na responsabilidade contratual.

Pelo que não temos dúvida de que, por exemplo, uma limitação de responsabilidade do empreiteiro, decorrente de cláusulas que limitam essa responsabilidade a dolo ou culpa grave (*“fraud or wilful misconduct”*),

não afeta o regime do ónus da prova, sendo *sem qualquer dúvida ao devedor empreiteiro* que, segundo o direito português, compete *provar que o não cumprimento ou cumprimento defeituoso não procede de culpa sua* — no caso, *bastando provar que não teve culpa grave ou dolo*.

Para tal prova, ao devedor bastará mostrar — como poderá fazer sem dúvida em muito melhores condições do que o credor — que o inadimplemento resulta de *razões estranhas*, que lhe não são imputáveis, ou que o são *apenas a título de culpa leve*. Para que o credor Dono da Obra possa fazer valer contra aquele a totalidade do seu crédito indemnizatório decorrente do não cumprimento, e/ou do cumprimento defeituoso das obrigações do devedor, afastando a limitação de responsabilidade, não tem, pois, de ser ele, credor, a provar a existência de culpa grave ou do dolo do Empreiteiro devedor.

Esta posição é, desde logo, aquela que corresponde à finalidade das partes, e ao alcance que elas em regra querem atribuir à sua estipulação sobre a responsabilidade contratual. Pois deve presumir-se que as partes — sobretudo quando assistidas por profissionais da área jurídica — não ignoram, ao contratar, nem o regime da presunção de culpa do devedor na responsabilidade contratual, nem a possibilidade de acordarem sobre a inversão do ónus da prova. Pelo que, se se limitam a convencionar uma exclusão ou limitação de responsabilidade, e que não valerá em caso de dolo ou culpa grave, sem nada dizerem sobre a prova destes, tem de presumir-se que quiseram que continuasse a valer o regime legal da presunção de culpa.

Nem é acertado, por outro lado, afirmar que esta é apenas uma presunção de culpa leve, e não de dolo ou de culpa grave, nem dizer que assim se contraria a finalidade das partes com a limitação ou exclusão de responsabilidade.

Quanto ao primeiro ponto, o artigo 799.º, n.º 1, não distingue entre graus de culpa, apenas prevendo que é ao devedor que compete provar que a falta de cumprimento não procede de culpa sua. Portanto, nos casos em que o devedor responda apenas por um grau de culpa agravado, resulta dessa norma que deve provar que não incorreu nesse grau de culpa. E é isso, também nesses casos, o que resulta das *regras gerais sobre o ónus da prova*, segundo as quais é o demandado que deve provar os factos impeditivos da pretensão do réu (artigo 342.º, n.º 2). Pois também

nesses casos, em que a responsabilidade civil do devedor está *excluída ou limitada se não existir um certo grau de culpa*, é a *inexistência desse grau de culpa* que é *facto impeditivo do surgimento da obrigação de indemnização*, uma vez que a *cláusula limitativa ou de exclusão não pode sequer alcançar a obrigação de indemnização* nesses casos.

Por esta razão, parece *artificial*⁴⁷, e não corresponde desde logo ao efeito da cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade, a argumentação de que basta ao devedor provar a existência desta cláusula como facto impeditivo ou extintivo da pretensão do credor, sendo a este que competiria provar a existência de dolo ou culpa grave (que seriam como que factos extintivos ou impeditivos desse facto impeditivo ou extintivo que é a convenção de limitação ou exclusão da responsabilidade). Pelo contrário: como se viu, a cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade civil não pode, sob pena de nulidade, afetar *substantivamente* a indemnização em caso de dolo ou culpa grave, não fazendo sentido que o fizesse (conseguindo-se as mais das vezes um resultado idêntico) no *plano probatório*.

Quanto ao segundo ponto — o de que em regra as partes não querem que o devedor responda quando pactuam uma cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade —, só se pode responder que incorre numa *petição de princípio* (isso é o que está por demonstrar), e que, em qualquer caso, as partes *não podem querer*, e pactuar, que o devedor não responda *quando atua com dolo ou culpa grave*⁴⁸. Além de que, como deveria ser evidente, com a estipulação dessa cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, salvo para os casos de dolo ou culpa grave, o devedor *já fica em melhor posição*, também no *plano probatório*, do que segundo o regime geral, pois para afastar a sua obrigação de indemnização ser-lhe-á suficiente mostrar que a causa do não cumprimento não lhe é imputável *ou que apenas o é a título de culpa leve ou simples* — prova, esta última, que não o exonera segundo o regime geral da responsabilidade contratual.

⁴⁷ Afastamo-nos, por isso, da sua invocação por NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, nota 119.

⁴⁸ Como se escreve em I. GALVÃO TELES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., cit., pág. 431: “Se o obrigado proceder com dolo ou culpa grave, não poderá ser declarado irresponsável, pois ninguém tem o direito de proceder dolosamente ou com negligência grosseira.”

Deve, pois, concluir-se, na falta de estipulação expressa sobre a inversão do ónus da prova da culpa — e se for admissível — que a *presunção do artigo 799.º, n.º 1*, se aplica também quando existe uma cláusula que condiciona a responsabilidade do devedor à existência de dolo ou culpa grave, sendo ao devedor que compete provar que não incorreu nestes graus de culpa.

7. A posição dominante na doutrina portuguesa e a posição defendida nos direitos italiano e alemão

No sentido da conclusão enunciada se tem pronunciado, aliás, a quase totalidade da doutrina que entre nós tem tratado do tema.

É o caso, antes de mais, de António Pinto Monteiro, que como é sabido aprofundou particularmente, no direito português, o estudo das cláusulas de irresponsabilidade, e que escreveu há já quase três décadas e meia⁴⁹: “Pensamos, com efeito, que a cláusula de exclusão exonera o devedor da obrigação de indemnizar, *mas não o liberta da presunção de culpa que sobre si recai*, nos termos do art. 799º, nº 1. Não bastará ao devedor, para se furtar à obrigação de indemnização, *descansar* na cláusula de irresponsabilidade. Vimos que a validade desta cláusula só poderá afirmar-se nos limites da culpa leve. Assim, presumindo a lei a culpa do devedor, *terá de ser este a provar*, para a cláusula exoneratória produzir os seus efeitos, *que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procedem de dolo ou culpa grave*. Ou seja, não bastará ao devedor defender-se com a cláusula de exclusão, antes terá de ser *ele próprio* a carrear para tribunal todos os elementos susceptíveis de gerar a convicção — correndo este risco por conta dele, devedor — de que o seu comportamento (ou dos seus agentes, recorde-se) não extravasa as fronteiras da culpa leve”.

É também esta — ou próxima — a posição de Ana Prata. Em comentário à posição segundo a qual, quando a cláusula estabelece que o devedor só é responsável se tiver agido com dolo ou culpa grave, ao credor incumbe demonstrar que a inexecução é imputável e ainda que essa imputabilidade reveste qualquer daquelas formas, nota: “Muito em-

⁴⁹ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 420 (e n. 961, com indicações doutrinárias e de jurisprudência).

bora se trate de questão que, no essencial, se reconduz à interpretação da cláusula, não parece certo que, quando ela não tenha transparentemente o sentido de alteração do ónus probatório, lhe haja de ser atribuído esse alcance⁵⁰.

E é também esta posição a que se retira da evolução da exposição de Inocêncio Galvão Teles sobre a diferença entre as cláusulas de inversão de ónus da prova e as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade, e o efeito destas últimas. Com efeito, em 1957⁵¹, este ilustre Civilista ainda escrevia (vendo a limitação ou exclusão de responsabilidade como um *plus*, e não um *alind*, em relação à cláusula de inversão do ónus da prova) que os contraentes podem ir mais longe, e não só pôr a prova a cargo do credor mas limitar a responsabilidade do devedor aos casos de *dolo* ou *culpa grave* — pelo que, em tais hipóteses, “o credor, para obter indemnização de perdas e danos, deverá convencer o tribunal de que a inexecução da obrigação é imputável ao devedor e que esta imputabilidade reveste qualquer das indicadas formas”. Referia-se, pois, e referindo-se à cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade que era simultaneamente também cláusula de inversão do ónus da prova. Mas mais recentemente — depois do Código Civil de 1996⁵² —, a autonomia entre as cláusulas de inversão do ónus da prova e as cláusulas de irresponsabilidade é plenamente assumida por Galvão Teles, significativamente tendo eliminado a referência a qualquer efeito probatório destas últimas⁵³, no sentido de também delas resultar que se não presume a culpa do devedor.

E se esta é a posição claramente dominante na doutrina portu-

⁵⁰ ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 99.

⁵¹ *Manual de direito das obrigações*, cit., 1957, pág. 210.

⁵² Por exemplo, na cit. 3.^a ed., de 1980, do *Direito das obrigações* (págs. 391-395), ou na 7.^a ed., cit., de (págs. 430-433).

⁵³ Reputamos, por isso, incorrecta a imputação a I. GALVÃO TELES, no âmbito do atual Código Civil e tendo presente a clara distinção entre cláusulas de inversão do ónus da prova e cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade, de uma posição contrária à de A. PINTO MONTEIRO, já referida. V. porém, neste sentido, N. PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas...*, loc. cit.

guesa⁵⁴ — não contrariada na jurisprudência sobre cláusulas de limitação ou de exclusão de responsabilidade —, é também a que é defendida, pela doutrina e pela jurisprudência, nos direitos italiano⁵⁵ e alemão, que o direito português acompanha neste ponto.

Na jurisprudência transalpina, a *Cassazione* vem de há muito decidindo que a norma sobre cláusulas de exoneração de responsabilidade do *Codice Civile* (artigo 1229) deve ser coordenada com a norma sobre responsabilidade geral do devedor pelo inadimplemento, de tal modo que, perante uma cláusula de exoneração do devedor de responsabilidade, cuja validade é limitada às hipóteses de culpa leve (não envolvendo violação de normas de ordem pública), “o devedor, a fim de se liberar de responsabilidade em caso de não cumprimento ou cumprimento defeituoso, tem o ónus de provar ou uma causa que lhe é estranha, isto é fora do seu poder de controlo, que tenha determinado o inadimplemento ou o cumprimento defeituoso, ou que a sua atividade ou omissão, em relação causal com a falta ou inexecução do cumprimento, concretiza apenas culpa leve, sem transcender para culpa grave ou dolo. Se o devedor não fizer a prova de uma causa, exatamente identificada, que lhe é estranha, ou de modalidades e contingências da sua atividade ou inatividade que as subsumam no conceito de culpa leve, fica a seu cargo a responsabilidade por incumprimento ou cumprimento defeituoso”⁵⁶. A ju-

⁵⁴ Em obras publicadas, apenas conhecemos uma posição contrária — a de N. PINTO DE OLIVEIRA, em *Cláusulas...*, cit., n. 119. Mas sem bons argumentos, já que estes se reconduzem à já rebatida (e, sem outras considerações, claramente claudicante) invocação da normal finalidade das partes com as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade, e à (como vimos, artificiosa) qualificação da culpa grave ou dolo como “facto impeditivo do facto impeditivo” da responsabilidade, que seria a cláusula — quando é claro que esta nunca pode à partida abranger na previsão de irresponsabilidade casos de dolo ou negligência grosseira, não sendo possível alcançar pela via da imposição do ónus da prova um resultado que a lei quer proibir. Quanto à invocação das razões que fundamentam a presunção de culpa, v. *infra*, no n.º 6.

⁵⁵ Com referências italianas e francesas, já também A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas...*, cit., notas 961 e 962.

⁵⁶ V. a sentença da III secção cível, de 21 de março de 1981, n.º 1656, com nota concordante em *Il Foro Italiano (FI)*, vol. 104, n.º 6 (junho de 1981), pág. 1585-1586. No mesmo sentido, a sentença da Cassazione de 9 de outubro de 1997, n.º 9810, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, pág. 1096, e a de 10 de setembro de 1999, n.º 9602 (num caso de cláusula de limitação de responsabilidade pela não entrega d e um bilhete de loteria que

risprudência nota, além disso, que a presunção em caso de responsabilidade de devedor se justifica com o facto de que a prestação recai na esfera de controlo do devedor, e está subtraída ao controlo do credor, no sentido de que não está ligada a uma noção de “normalidade” da culpa do devedor, mas de comportamento que é devido⁵⁷.

Esta é também a posição defendida expressamente na doutrina. Assim, Bianca⁵⁸ admite o ónus da prova a cargo do credor “apenas quando a prestação recaia na sua esfera de controlo, e torna por isso concretamente possível verificar a eventual culpa do devedor ou seus auxiliares”, pois, caso contrário atribuir a “prova específica” da culpa não leve ao credor significaria, em concreto, exonerar o devedor da responsabilidade por inadimplemento. E Giorgianni, nas suas conhecidas lições sobre inadimplemento, notou: “O ónus da prova é regulado de igual modo, qualquer que seja o tipo de esforço exigido ao devedor, com base na concreta estrutura da relação, ou por força da vontade das partes. Pelo que justamente se considera que as cláusulas que referimos, que modificam o esforço exigido ao devedor (art. 1229 C.C.), não trazem nenhuma deslocação do ónus probatório”⁵⁹.

No direito alemão, por sua vez, a jurisprudência decide que “quem como devedor apenas responde por dolo e negligência grosseira tem de

foi premiado), in *Danno e resp.*, 1999, pág. 1089, com nota de V. CARBONE, “Schedina perduta e vincita ritrovata: come gioca l’onere probatorio”, in *Contratti*, 2000, pág. 5, com nota concordante de U. CARNEVALI, “Clausola di esonero da responsabilità e onere della prova”, e em *FI*, 2001, pág. 673, com nota de S. DI PAOLA, “Esonero da responsabilità da colpa lieve ed onere della prova”. E, mais recentemente, a decisão de 29 de maio de 2013, n.º 13434.

⁵⁷ V. a decisão da *Cassazione* de 5 de abril de 2005 n.º 7081, in *Contratti*, 2005, pág. 969, com nota de UGO CARNEVALI, “La prova della colpa grave nelle clausole di esonero da responsabilità”, *Giur. it.*, 2005, pág. 2035.

⁵⁸ CESARE MASSIMO BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., in *Commentario, a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1980, pág. 481.

⁵⁹ MICHELE GIORGIANNI, *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1975, pág. 299. V. também, na doutrina, por ex., além das anots. cit., CABELLA PISU, *L’inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratatto Rescigno*, vol. IX, Torino 1984, pág. 288, GUIDO ALPA/VINCENZO MARICONDA (orgs.), *Codice civile Commentato*, ed. em CD-ROM, IPSOA, 2005 anot. 2 ao art. 1229, MENICHINO, “Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova. Profili sostanziali e processuali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, pág. 541.

provar a inexistência destes dois graus de culpa”⁶⁰.

Na doutrina, já Leo Rosenberg notou, na sua famosa obra sobre o ónus da prova, a propósito da presunção de culpa do devedor na responsabilidade contratual: “Saber que culpa é que o devedor tem de provar que não existe, é algo que se guia pelo padrão de responsabilidade por que responde. Em regra (...) o devedor tem por isso de provar um comportamento que não permita reconhecer nem o dolo nem a negligência. Se, porém, a prestação se tornar impossível, por exemplo, durante a mora do devedor [caso em que segundo o direito alemão o devedor só responde por dolo ou culpa grave], este só se tem de exonerar da acusação de dolo ou negligência grosseira (...)”⁶¹.

E também na comentarística se salienta que “quando o devedor apenas responde por dolo ou culpa grave, tem apenas de provar que não atuou dolosamente ou de forma gravemente negligente”, sendo o “devedor quem tem de suportar o risco da impossibilidade de esclarecer” essas razões⁶².

8. Conformidade com as razões que determinam a presunção da culpa do devedor prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil

A orientação descrita nos números anteriores bem se compreende. Se bem se atentar, ela é, até, imposta pelo facto de *as razões que determinam a presunção de culpa* do devedor na responsabilidade contratual tam-

⁶⁰ V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 23 de novembro de 1966, in *NJW*, 1967, pp. 622 e ss., 625, citando doutrina mais antiga nesse sentido (OERTMANN, SIBER, etc.).

⁶¹ LEO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 3.ª ed., München, Beck, 1953, p. 360. Rosenberg é, como se sabe, o processualista alemão que defendeu a conhecida “teoria das normas” (“*Normentheorie*”) como base para a repartição do ónus da prova, sendo esta obra provavelmente o mais conhecido livro sobre ónus da prova.

⁶² Assim, WOLFGANG ERNST, *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck, 6.ª ed., 2012, § 280, n.º 38, S. LORENZ, in *Beck’scher Online-Kommentar BGB*, cit., n.º 98 (“as dúvidas correm a cargo do devedor”), A. STADLER, in *Kommentar zum BGB*, cit., § 280, n.º 25 (“se existir uma atenuação de responsabilidade, o devedor só tem de se desonerar nos limites do padrão de diligência delimitado”). Como informa Lorenz, loc. cit., segundo as condições gerais de transporte alemãs (“*Allgemeine Spediteurbedingungen*”) é, porém, o cliente quem tem de provar a negligência grosseira do transportador.

bém valerem, *com igual força*, quando existe uma limitação convencional da sua responsabilidade a hipóteses de culpa grave ou de dolo. Nomeadamente, também nestes casos — e salvo convenção das partes sobre a inversão do ónus da prova, dentro dos limites legais previstos no artigo 345.º, n.º 1 — *só o devedor está em situação de conhecer as conexões internas*, relativas à sua atividade, que causaram o não cumprimento e a mora. Pelo que é a ele, devedor, que incumbe demonstrar que fez o que, segundo o padrão de diligência a que devia corresponder, devia fazer.

Não é demais frisar que essa é a principal razão — e não tanto uma regra estatística, ou de “normalidade” da culpa no não cumprimento⁶³ — para que o ónus da prova sobre as causas do não cumprimento deva recair sobre o devedor. É uma razão de dificuldade ou mesmo estado de necessidade probatório, pois é claro que o credor não consegue, em regra (pelo menos quando a prestação e as causas para o não cumprimento ou cumprimento defeituoso, se situam na esfera do devedor), ter aceso a informação e a meios de prova sobre as razões para a conduta ou para a omissão do devedor. Como salientou Vaz Serra, no seu estudo sobre o direito probatório material, a propósito da repartição do ónus probatório por motivos de razoabilidade ou justiça, tendo em conta a dificuldade ou impossibilidade da prova com outra solução (e, portanto, a impossibilidade de esclarecer a verdade material), nas ações de responsabilidade contratual, pois, “se o credor tivesse de provar a culpa do devedor, poderia ver-se seriamente embaraçado, ao passo que o devedor está em melhores condições para provar a falta de culpa da sua parte”, pelo que, “não é exigível ao credor, no plano da razoabilidade e da justiça, a prova da culpa do devedor”, mesmo que lhe devesse caber segundo as regras gerais⁶⁴.

Ora, esta razão aplica-se *com igual força*⁶⁵ nos casos em que existe uma cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade, e, portanto, o devedor só responde por culpa grave ou dolo. Também nesse caso, é sem dúvida o devedor *quem está em melhores condições* para provar as razões

⁶³ A qual, como se viu, também é, porém, referida, seguindo outra doutrina, por J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., pág. 101, n. 1.

⁶⁴ A. VAZ SERRA, “Provas (Direito probatório material)”, cit., págs. 54-55.

⁶⁵ Limitando-se a afirmar que este argumento é “discutível”, mas, significativamente, sem adiantar porquê, v. N. PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas...*, cit., nota 119.

explicativas do não cumprimento, do que o credor para provar o contrário. Também então, como se afirma em geral para justificar a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, “só o devedor está, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efetuar a prestação a que estava vinculado”⁶⁶.

A limitação da responsabilidade a um certo grau de culpa (e, portanto, de esforço), *em nada deve, por isso, contender com a distribuição do ónus da prova*. Assente que o devedor — tenha ou não a sua responsabilidade limitada ou excluída convencionalmente, para os casos de culpa leve — não efetuou a prestação, ou que esta foi defeituosa, não se justifica, na falta de previsão expressa das partes nesse sentido (nos limites em que seja admissível), onerar o credor com uma prova difícil, de que tal não cumprimento se deveu a culpa grave ou dolo do devedor. É antes a este que, para afastar a obrigação de indenizar, incumbe provar as razões, não culposas, ou assentes em sua culpa leve, do não cumprimento⁶⁷. Se não as provar, deve responder pelo não cumprimento.

9. Comparação com a situação probatória do devedor segundo o regime geral, quando responde também por culpa leve

Será, no entanto, que a conclusão a que chegámos — que resulta do regime legal e é defendida entre nós e lá fora — é contrariada pelo *sentido e finalidade normais da cláusula de limitação* ou de exclusão de responsabilidade pactuada pelas partes, ou que conduz a uma inadmissível *presunção de dolo*, ou a uma exigência de prova *excessivamente onerosa* (uma “*probatio diabolica*”) para o devedor, devendo por isso ser reponderada?

Pensamos que não é assim.

Quanto ao *sentido e finalidade das cláusulas de exclusão ou limitação de res-*

⁶⁶ F. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. e loc. citis.

⁶⁷ Recorde-se, aliás, que a exigência de culpa para a obrigação de indemnização em caso de não cumprimento representa já uma exigência suplementar em relação ao conteúdo do vínculo obrigacional, que impõe a realização da prestação independentemente da culpa do devedor. Justamente por isso, a execução específica da obrigação cujo cumprimento ainda é possível não pode ser afastada com a prova da falta de culpa do devedor no não cumprimento.

ponsabilidade contratual, vimos já que, na falta de uma referência específica ao ônus da prova, e considerando o regime legal existente, não pode dizer-se que incluía a inversão do encargo probatório. Antes as partes pretendem, com essas cláusulas, limitar ou excluir substantivamente, nos limites admissíveis (isto é, fora dos casos de dolo ou culpa grave) a responsabilidade civil do devedor. E se pretendiam ir mais longe, alterando também a regra legal sobre o ônus da prova, têm por sua vez o ônus de o dizer.

Aliás, o efeito favorável ao devedor da cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade em casos de culpa leve estende-se, também, ao plano probatório, mesmo que lhe incumba afastar a existência de dolo ou de culpa grave. Com efeito, com tal cláusula o devedor vê já restringida a sua responsabilidade, ficando em situação mais favorável, *também sob o ponto de vista probatório*, do que segundo o que decorre do regime geral, em que se prevê uma presunção de culpa. Pois bastará ao devedor provar que o inadimplemento decorre de causa a que é estranho (que não lhe é imputável) *ou de causa que lhe é imputável apenas a título de culpa leve*. Enquanto, na ausência dessa cláusula, teria de afastar *também a sua culpa leve*.

Pelo contrário, a adição à *limitação ou exclusão* de responsabilidade contratual de uma inversão do ônus da prova do dolo ou culpa grave, quando esta não foi expressamente convencionada nos limites admitidos pela lei, atribuiria ao devedor uma *dupla vantagem* — no plano *substantivo*, da limitação de responsabilidade, e no plano *probatório* —, que a cláusula modificadora da responsabilidade contratual em regra só por si não visa. Seria “duas vantagens numa só cláusula” (“dois em um”), a favor do devedor, não expressamente previstas pelas partes, e contrariamente ao regime legal vigente!

Quanto ao segundo ponto — a ideia de que se estaria a propor uma “presunção de dolo” que seria uma “prova diabólica” —, cumpre notar que a situação não é, segundo a conclusão enunciada, claramente resultante do nosso direito, a de qualquer *presunção de dolo* do devedor. E isto, não só porque lhe basta afastar a sua *culpa grave*, como porque o encargo probatório que sobre ele recai não é mais do que a *decorrência do regime geral de presunção de culpa* do devedor no não cumprimento, e da sua razão de ser. Segundo esse regime, o devedor deve mostrar que o inadimplemento (incluindo a mora ou o cumprimento defeituoso) se devem a cau-

sas que lhe são estranhas, ou que correspondeu com a sua atuação ou omissão ao padrão de esforço que lhe era exigível, não tendo culpa.

A prova que incumbe ao devedor efetuar não é, aliás, mais difícil — mas antes claramente *mais aligeirada* — do que a que constitui encargo *de qualquer devedor*, cuja responsabilidade não esteja limitada a casos de dolo ou culpa grave. Segundo o *regime geral* da responsabilidade contratual é o devedor que tem de afastar a presunção de culpa — *leve* ou *grave*, ou *dolo* —, mostrando o não cumprimento se não deve *a sua culpa*. Pelo que se a situação do devedor ao qual basta mostrar que atuou sem culpa *ou com culpa leve*, para afastar a sua responsabilidade, fosse a de ter de realizar uma *probatio diabolica*, *a fortiori* teria de ser assim qualificado o resultado do regime geral, segundo o qual incumbe ao devedor *afastar também a sua culpa leve*, como indisputadamente se prevê no artigo 799.º, n.º 1.

10. Conclusão

Confirma-se, pois, a conclusão de que, prevendo-se num contrato uma limitação de responsabilidade a casos de conduta dolosa ou gravemente culposa (“*wilful misconduct*”), a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil é aplicável, no sentido de que é ao devedor que incumbe a prova de que atuou sem culpa ou com simples culpa leve. A norma do artigo 799.º, n.º 1, segundo a qual é ao devedor que incumpe provar que o não cumprimento não provém de culpa sua, aplica-se também nos casos em que está convencionalmente excluída ou limita a responsabilidade do devedor em caso de culpa leve. Nestes casos, e em aplicação dessa norma, é *o devedor que, respondendo por dolo e culpa grave, tem de provar que não atuou com qualquer destas formas e graus de culpa* — que não atuou nem com “*fraud*” nem com “*wilful misconduct*”, ou, e segundo os limites legais a tais cláusulas, nem com dolo nem com culpa grave. Se *não efetuar essa prova*, ou *se subsistirem dúvidas*, a culpa presume-se, em aplicação do artigo 799.º, n.º 1, pelo que o devedor não poderá beneficiar da limitação convencional de responsabilidade.

A REVOGAÇÃO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: UMA FIGURA IMPERFEITA

ANA RAQUEL COXO¹

*Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Limpa Vita, Angola (2014)
Formadora do Curso de Preparação para Admissão ao CEJ — UPT*

1. A revogação dos actos administrativos

1.1. Enquadramento geral

A revogação dos actos administrativos é uma figura complexa e muito relevante no quadro do regime dos actos administrativos, tomando assento nos artigos 55.º a 59.º do Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de Agosto que aprova o regime jurídico do Procedimento Administrativo, de ora em diante designado por «PA».

A revogação é, em si, um acto administrativo que versa sobre um acto administrativo anterior com o intuito de fazer cessar ou destruir os seus efeitos jurídicos. Por conseguinte, a revogação faz parte da categoria dos *actos sobre actos* ou *actos secundários*², dado que o objecto da revoga-

¹ Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolseira da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P.

² Nas palavras de Diogo Freitas do Amaral, consideram-se «"actos primários" aqueles que versam pela primeira vez sobre uma determinada situação da vida» e «actos secundários" "aqueles que versam sobre um acto primário anteriormente praticado". Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2008, pp. 253-254.

ção (acto secundário) é o acto primário que regula o caso concreto e cujos efeitos se pretendem extinguir. Neste sentido, a revogação provoca um efeito extintivo de um acto administrativo anterior.

Acresce que ao implicar uma segunda pronúncia da Administração Pública sobre um determinado caso concreto já regulado, a revogação pressupõe o exercício de uma *competência revisiva ou de revisão* do acto administrativo anterior³.

1.2. Figuras afins

A revogação não se confunde com uma série figuras limítrofes. Vejamos alguns exemplos.

Em primeiro lugar, a revogação não se confunde com os chamados “actos contrários”. Os “actos contrários” são “actos administrativos que produzem um efeito inverso face a um acto administrativo anterior, desintegrativo da situação jurídica por ele regulada”⁴. O “acto contrário” resulta do exercício de uma competência dispositiva diferente daquela que deu origem ao acto contrariado e não corresponde, de todo, ao exercício de uma competência revisiva. É, por isso, um acto primário que se limita “a pôr termo a um *status* ou situação jurídica criada por um acto anterior”⁵. O exemplo paradigmático, invocado pela doutrina, é o da nomeação/demissão de um trabalhador: a competência envolvida no acto de nomeação (constituição de um vínculo de emprego público) não

³ Os actos dispositivos são aqueles que regulam de forma inovadora uma determinada situação da vida, ao passo que os actos revisivos incidem, não directamente sobre uma situação da vida, mas sobre um acto administrativo anterior, podendo dar lugar à sua revogação, anulação, modificação, declaração de nulidade, etc. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a Edição, D. Quixote, 2009, p. 97. Sobre a revisão dos actos administrativos, ver ainda Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão» dos actos administrativos no direito português” in *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, n.º 9/10, Janeiro/Junho 1994, pp. 185-202.

⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 198.

⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., p. 185.

é a mesma que subjaz ao acto de demissão (extinção do vínculo de emprego público por motivos disciplinares). O mesmo sucede com os actos de expropriação e de reversão.⁶

Em segundo lugar, a revogação não se confunde com a ratificação, a reforma e a conversão dos actos administrativos, previstas e reguladas no artigo 54.º do PA. Antes de mais, importa defini-las, com recurso à doutrina firmada na matéria⁷: a *ratificação* é “o acto através do qual o órgão competente para a prática de um acto administrativo procede à sanação de um vício seu, relativo à respectiva competência, forma ou formalidades”⁸; a *reforma* “é o acto administrativo pelo qual se conserva de um acto anterior a parte não afectada de ilegalidade”⁹, o que implica a alteração dos efeitos produzidos ou pretendidos pelo acto primário reformado¹⁰; a *conversão* é o “acto administrativo pelo qual se aproveitam os elementos válidos de um acto ilegal para com ele compor um outro acto que seja legal”¹¹, distinguindo-se da reforma pelo facto de envolver uma transfiguração jurídica do acto a que respeita. Isto posto: embora todos eles sejam reconduzíveis à categoria dos actos secundários, a ratificação, a reforma e a conversão visam a convalidação de um acto administrativo anterior, ao passo que a revogação visa a extinção dos efeitos jurídicos de um acto anterior. A ratificação, a reforma e a

⁶ Sobre os “actos contrários”, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 198; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 428-429; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Edição, Almedina, 1997, p. 668; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., p. 185; IDEM, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 146.

⁷ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, 1980, pp. 556-561; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 474-476; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 662-666; JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Ratificação (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, pp. 9-16; IDEM, “Reforma (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, p. 107; RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “Sanação (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, pp. 327-243.

⁸ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 664.

⁹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 559.

¹⁰ Cfr. JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Ratificação...”, Ob. cit., p. 13.

¹¹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., p. 559.

conversão são actos saneadores, porquanto constituem um paliativo que permite suprir os vícios que invalidam um acto anterior, absorvendo, ao mesmo tempo, o conteúdo essencial do acto primário que ratificam, reformam ou convertem. Neste contexto, os institutos da ratificação, da reforma e da conversão representam um corolário do princípio do aproveitamento dos actos. Do ponto de vista do regime jurídico, denota-se alguma proximidade entre as figuras em análise, isto porque, nos termos do n.º 2 do artigo 54.º do PA, “são aplicáveis à ratificação, reforma e conversão dos actos anuláveis as normas que regulam a competência para a revogação dos actos inválidos e a sua tempestividade”. Voltaremos a esta norma mais à frente.

Em terceiro lugar, a revogação não se confunde com a rectificação dos actos administrativos, prevista e regulada no artigo 60.º do PA. Em ambos os casos, estamos perante actos secundários. No entanto, a rectificação visa a correcção de erros de cálculo (erros aritméticos) ou erros materiais (*lapsus calami*) presentes num acto administrativo anterior e que sejam manifestos. Também aqui marca presença o princípio do aproveitamento dos actos. Se a rectificação pressupõe uma função meramente correctiva, já a revogação pressupõe, como vimos, uma função revisiva. Não obstante, há um ponto de contacto entre as figuras: no caso de erros de cálculo ou de escrita não manifestos, a doutrina entende que se deve aplicar o regime da revogação, diferentemente do que sucede com os erros manifestos, cujo regime resulta do já citado artigo 60.º do PA.¹²

Em quarto e último lugar, a revogação não se confunde com a suspensão dos actos administrativos. Neste último caso, ocorre uma paralisação temporária dos efeitos de um acto, por força, por exemplo, da interposição de um recurso hierárquico com efeito suspensivo ou da aposição, no próprio acto administrativo, de uma condição ou termo suspensivos. Por sua vez, a revogação provoca a extinção dos efeitos de um acto administrativo anterior e não a sua paralisação temporária.

1.3.A revogação propriamente dita e a anulação administra-

¹² Sobre a rectificação dos actos administrativos, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 561-562; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 472-474; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 696-698.

tiva: termos da distinção

Até aqui, temo-nos referido à revogação enquanto figura global e indistinta. Porém, o instituto da revogação dos actos administrativos conhece uma cisão em duas vertentes¹³: por um lado, a “revogação propriamente dita”, “revogação ab-rogatória” ou “revogação de actos válidos” e, por outro, a “revogação anulatória”, “anulação administrativa” ou “revogação de actos inválidos”. A distinção entre uma e outra passa essencialmente por cinco factores: o objecto, os fundamentos, o fim, a função e os efeitos.

Quanto ao *objecto*, a revogação propriamente dita versa sobre actos válidos ao passo que a anulação versa sobre actos anuláveis, isto é, actos cujo vício invalidante é sancionado com anulabilidade (e não com nulidade). Ainda no que respeita ao objecto, a revogação propriamente dita incide sobre actos que produzem efeitos actuais ou potenciais, não caducados, nem esgotados (como, por exemplo, actos de eficácia duradoura e actos de eficácia instantânea ainda não executados), enquanto que a anulação pode incidir sobre qualquer tipo de actos.

Relativamente aos *fundamentos*, a revogação propriamente dita tem como fundamento a inconveniência, inoportunidade ou mérito do acto administrativo primário sobre que incide e, portanto, assenta num juízo sobre o interesse público envolvido, ao passo que a anulação se funda na invalidade (anulabilidade) do acto anulado e, por conseguinte, num juízo sobre os pressupostos de validade desse acto.

Como tal, o *fim* prosseguido através da revogação propriamente dita é a melhor prossecução do interesse público pela reapreciação, quanto ao mérito, de um determinado caso concreto, ao passo que a anulação administrativa visa a tutela da legalidade e a reintegração do ordenamento jurídico violado através da eliminação da ilegalidade cometida.

¹³ Sobre o assunto, cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A revogação dos actos administrativos*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 1985; MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 531-533; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 432; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 190; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 667-668; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., pp. 187-189; PEDRO GONÇALVES, “Revogação (do acto administrativo)” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, 1996, pp. 303-325.

Daqui resulta, por conseguinte, que a revogação propriamente dita corresponde ao exercício de uma *função* administrativa activa, enquanto que a revogação anulatória implica o exercício de uma função de auto-controlo (“auto-controlo autónomo” quando exercido pelo órgão que praticou o acto e “auto-controlo heterónimo” quando exercido por um órgão diferente deste último¹⁴).

Finalmente, o *efeito* extintivo da revogação difere num caso e noutro: enquanto que a revogação propriamente dita visa, em regra, a cessação para o futuro dos efeitos do acto revogado, a anulação pretende a destruição *ex tunc* desses efeitos.

1.4. A revogação dos actos administrativos à luz do Decreto-Lei n.º 30/2008, de 27 de Agosto: breve análise comparativa com o Direito Português

Como já se disse, o PA cuida da revogação dos actos administrativos nos seus artigos 55.º a 59.º. As normas em causa regulam, respectivamente, a iniciativa, os actos susceptíveis de revogação, a revogabilidade dos actos válidos, a competência para a revogação e a eficácia da revogação. A par destas, há outras normas que respeitam à revogação, espalhadas pelo PA, e que importa referir: a al. *f*) do n.º 1 do artigo 43.º, relativa à fundamentação dos actos; a al. *b*) do n.º 2 do artigo 46.º, relativa à atribuição de eficácia retroactiva aos actos administrativos; a al. *i*) do n.º 2 do artigo 50.º, relativa às causas de nulidade dos actos administrativos, mais precisamente dos actos administrativos consequentes; o n.º 1 do artigo 53.º, relativo ao regime da anulabilidade; o n.º 1 do artigo 68.º, relativo à reclamação e aos recursos administrativos; o n.º 2 do artigo 78.º, relativo aos efeitos do recurso hierárquico; o n.º 2 do artigo 80.º, relativo aos poderes do autor do acto recorrido; e o n.º 1 do artigo 82.º, relativo aos poderes do órgão competente para conhecer do recurso.

Da análise dos artigos que concentram o regime da revogação — os já referidos artigos 55.º a 59.º do PA — não é fácil perceber a distinção

¹⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 190.

entre a revogação propriamente dita e a anulação administrativa, na medida em que tais normas fornecem genericamente um tratamento unitário e indiferenciado do regime da revogação. No entanto, a distinção entre as duas vertentes da revogação é perceptível em cinco normas: a al. i) do n.º 2 do artigo 50.º refere-se a actos administrativos “anulados ou revogados”; o artigo 53.º refere que “o acto anulável pode ser revogado”, donde se extrai a ideia de que a revogação pode ter como fundamento a anulabilidade de um acto administrativo; o n.º 2 do artigo 54.º refere-se à “revogação dos actos inválidos”; o artigo 57.º tem como epígrafe “revogabilidade de actos válidos”; e o n.º 2 do artigo 59.º prescreve que “a revogação tem efeito retroactivo quando se fundamente na invalidade do acto revogado”. Destas normas resulta, portanto, que o PA toma em consideração a dualidade da revogação, pese embora, como veremos, tal nem sempre se traduza numa adequada distinção de regimes.

Aproveitando a experiência portuguesa nesta matéria, a separação de águas, quer do ponto de vista conceptual, quer do ponto de vista do regime jurídico, entre a revogação propriamente dita e a revogação anulatória era, há muito, clamada pela doutrina. O Código Administrativo Português de 1991¹⁵ (de ora em diante designada por «CPA/91»), nos seus artigos 138.º a 146.º concentrava o regime da revogação administrativa, onde a distinção entre a revogação dos actos válidos e a revogação dos actos inválidos era mais evidente do que aquela que resulta do PA timorense, tendo em conta sobretudo os seus artigos 140.º e 141.º.

Comparando um e outro diplomas, consta-se uma correspondência de redacção praticamente total entre o artigo 55.º do PA timorense e o artigo 138.º do CPA/91, o artigo 56.º do PA timorense e o artigo 139.º do CPA/91, o artigo 57.º do PA timorense e o artigo 140.º do CPA/91, o artigo 58.º do PA timorense e o artigo 142.º do CPA/92 e o artigo 59.º do PA timorense e o artigo 145.º do CPA/91. O mesmo se diga quanto às demais normas do PA alusivas à revogação, *supra* citadas, as quais encontram grandes similitudes (senão coincidência total, por vezes) com normas homólogas do CPA/91. Todavia, do cotejo dos diplomas ressalta à evidência a omissão, no PA timorense, de uma norma

¹⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro e revogado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

correspondente ao artigo 141.º do CPA/91, relativa à revogabilidade dos actos inválidos. Ou seja, o PA timorense contém uma norma alusiva à revogabilidade dos actos válidos (cfr. artigo 57.º do PA ≈ artigo 140.º do CPA/91), mas não contém uma norma alusiva à revogabilidade dos actos inválidos, o que, como se verá, dificulta, em muito, o tratamento diferenciado das figuras que se justifica perante os factores genéricos que as separam. Por outro lado, também não foram vertidas no PA timorense as normas correspondentes aos artigos 143.º (forma dos actos de revogação), 144.º (formalidades a observar na revogação) e 146.º (efeitos repristinatórios da revogação) do CPA/91.

Presentemente, o Código do Procedimento Administrativo português de 2015¹⁶ (de ora em diante designado por «CPA/2015») deu expressão ao labor doutrinal e jurisprudencial que se foi densificando sobre a matéria e procedeu a uma autonomização expressa entre, por um lado, a revogação administrativa “que determina a cessação dos efeitos de outro acto, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade” e, por outro, a anulação administrativa “que determina a destruição dos efeitos de outro acto, com fundamento em invalidade” (cfr. artigo 165.º do CPA/2015). O regime da revogação e da anulação administrativas é tratado nos artigos 165.º a 172.º do CPA/2015, onde se regulam, entre outros aspectos, os condicionalismos, a iniciativa, a competência, os prazos, a forma e formalidade e os efeitos destes institutos.

1.5. Síntese e razão da ordem

A revogação dos actos administrativos é um instituto compósito. Ela compreende duas realidades distintas que têm um ponto em comum: a revisitação de um acto administrativo anterior com o intuito de fazer cessar ou destruir os seus efeitos. Os motivos dessa revisitação é que são diferentes: no caso da revogação propriamente dita, estão em causa motivos de oportunidade, conveniência ou mérito e no caso da revogação anulatória estão em causa motivos de legalidade (anulabilidade).

Do ponto de vista do regime jurídico da revogação, há e faz sentido

¹⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

que haja um conjunto de pontos comuns a ambas as vertentes, revogação propriamente dita e anulação, mas também deve haver — e há — um punhado de aspectos em que o regime jurídico de uma e de outra seja divergente. Tal divergência justifica-se em face da dualidade de fundamentos já assinalada.

Contudo, nem sempre é fácil destringir, no PA, o regime jurídico próprio da revogação dos actos válidos e o regime jurídico próprio da revogação dos actos inválidos. Se quanto aos primeiros, há uma norma que autonomiza esse mesmo regime — o artigo 57.º do PA -, quanto aos segundos existe apenas uma remissão genérica prevista no n.º 1 do artigo 53.º, onde se lê que “o acto anulável pode ser revogado nos termos previstos neste Decreto-Lei”. A abrangência desta remissão será por nós questionada mais à frente.

Dito isto, o plano de trabalhos que se segue passa, em primeiro lugar, por percorrer o regime comum e, portanto, transversal à revogação dos actos administrativos, analisando-se as normas que se aplicam, de forma indistinta, à revogação propriamente dita e à revogação anulatória (cfr. Ponto 2) e, em segundo lugar, por focar os aspectos específicos do regime jurídico de cada uma delas (cfr. Ponto 3). Em terceiro lugar, será tratado o problema da revogação propriamente dita de actos administrativos anuláveis, mas já consolidados na ordem jurídica (Ponto 4). Por último, faremos uma síntese das dificuldades levantadas pela necessária, mas nem sempre conseguida, distinção entre as duas vertentes da revogação e, bem assim, do regime da revogação apreciado globalmente (cfr. Ponto 5).

2. O regime jurídico comum

2.1. Actos insusceptíveis de revogação/anulação

Nos termos do n.º 1 do artigo 56.º do PA, “não são susceptíveis de revogação: a) os actos nulos; b) os actos anulados contenciosamente; c) os actos revogados com eficácia retroactiva”. A referência à revogação no proémio da norma deve ser entendida como revogação em sentido amplo, abrangendo, portanto, as vertentes da revogação e da anulação.

O teor da norma é de fácil compreensão. Com efeito, a revogação

visa a cessação ou a destruição dos efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior, pressupondo, assim, que esse acto administrativo anterior seja eficaz, isto é, que se encontre a produzir normalmente os seus efeitos. Ora, os actos elencados nas alíneas do n.º 1 do artigo 56.º do PA são actos administrativos que não se encontram a produzir efeitos, seja porque são nulos — e, nesse caso, são desprovidos de eficácia desde o momento da sua prática (cfr. artigo 51.º, n.º 1 do PA) —, seja porque foram anulados contenciosamente — o que implica uma destruição dos efeitos do acto anulado que retroage à data da sua prática —, seja porque foram revogados com eficácia retroactiva — hipótese em que a cessação dos efeitos ocorreu por força de uma revogação com eficácia *ex tunc* (cfr. artigo 59.º, n.ºs 2 e 3 do PA). Em suma, tratando-se de actos que não se encontram a produzir efeitos, sobre eles não poderá incidir um acto de revogação ou de anulação, pois não é possível fazer cessar ou destruir os efeitos de um acto que, já de si, não os produz. Por outras palavras, “não há lugar à revogação, por impossibilidade jurídica do seu objecto”¹⁷.

O n.º 2 do mesmo artigo contém uma precisão face ao que se acaba de dizer, prescrevendo que “podem ser objecto de revogação com eficácia retroactiva os actos cujos efeitos tenham caducado ou se encontrem esgotados”. Os actos caducados ou cujos efeitos se encontram esgotados são actos que não se encontram a produzir efeitos no presente. No entanto, produziram-nos no passado. Por este motivo, sobre tais actos não poderá recair uma revogação com efeitos para o futuro, uma vez que, se o acto não produz efeitos, no presente, não é possível extinguir os seus efeitos para o futuro. Mas, sobre tais actos poderá recair uma anulação ou uma revogação com eficácia retroactiva, isto é, dotada de uma eficácia destrutiva dos efeitos produzidos, no passado, pelo acto revogado.¹⁸

2.2. Iniciativa

¹⁷ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 674.

¹⁸ Cfr., por tudo, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 537-539; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 436-437; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 674-675; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 320-321.

De acordo com o artigo 55.º do PA, “os actos administrativos podem ser revogados por iniciativa dos órgãos competentes, ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo”. Ou seja, a revogação em sentido amplo pode ocorrer por iniciativa oficiosa ou por iniciativa dos particulares interessados.

No primeiro caso, o órgão competente dá início, de *motu proprio*, a um procedimento administrativo tendente à revogação ou anulação de um acto administrativo anterior e, no segundo caso, esse procedimento administrativo é despoletado pelos particulares interessados. Nesta última hipótese, a iniciativa dos interessados tem enquadramento numa reclamação ou num recurso administrativo do acto cuja revogação ou anulação se peticiona (cfr. artigo 68.º, n.º 1 do PA). Para esse efeito, têm que ser observados os respectivos prazos de 15 dias (cfr., respectivamente, artigos 72.º e 76.º do PA).

Quanto à tempestividade das revogações oficiosas, o assunto será analisado mais à frente, a propósito dos condicionalismos da revogação e da anulação. Por agora, cumpre referir que, relativamente às revogações anulatórias de iniciativa oficiosa (revogações de actos inválidos), a doutrina discute se a Administração Pública goza, aqui, de uma mera faculdade, que poderá exercer ou não, ou se, pelo contrário, se está perante um poder-dever que impõe à Administração um dever jurídico de revogar um acto administrativo anterior que repete de inválido. Apesar da divisão doutrinal, a opinião maioritária parece ir no sentido de que se está na presença de um dever jurídico de anular, sempre que a Administração seja confrontada com a ilegalidade de um acto administrativo por si praticado anteriormente, mas desde que não seja viável a sua convalidação através da ratificação, da reforma ou da conversão. Assim, caso não seja possível convalidar o acto e caso nada obste à anulação, a Administração Pública tem o dever de anular, considerando-se aqui a presença de uma actividade administrativa vinculada.¹⁹

¹⁹ Cfr., neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 463-465; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 672; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 351-374. Em sentido contrário, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 543-546.

2.3. Competência

A matéria da competência para revogar é tratada no artigo 58.º do PA, onde não se faz qualquer distinção entre a revogação propriamente dita e a revogação anulatória. Com efeito, à luz do mencionado artigo, são competentes para revogar: (i) o autor do acto a revogar, (ii) o superior hierárquico do autor do acto a revogar (*retratação*), desde que não se trate de acto da competência exclusiva do subalterno; (iii) o órgão delegante ou subdelegante em relação a actos praticados pelo respectivo órgão delegado ou subdelegado; (iv) o órgão delegado ou subdelegado em relação aos actos por si praticados enquanto vigorar a delegação ou subdelegação.

À excepção da hipótese enunciada em (ii), as demais não levantam grandes problemas. Compreende-se que o órgão que praticou o acto a revogar, seja ao abrigo de competência própria, seja ao abrigo de competência delegada — cfr. hipóteses (i) e (iv) — disponha de competência para revogar ou anular os seus próprios actos, dado ser o titular, por um lado, do poder dispositivo para praticar o acto primário e, por outro, do poder revisivo para re-apreciar o caso concreto e decidir em conformidade com os princípios gerais da actividade administrativa, mormente os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público. Compreende-se, igualmente, que o órgão delegante ou subdelegante seja competente para revogar ou anular os actos praticados pelo órgão delegado ou subdelegado — cfr. hipótese (iii) -, na medida em que tal poder de revogar faz parte do leque dos seus poderes, a par de outros como o

de avocar e o de emitir directivas ou instruções²⁰⁻²¹.²²

A hipótese referida em (ii) afigura-se mais problemática. De acordo com o n.º 2 do artigo 58.º do PA, os superiores hierárquicos ficam inibidos de revogar os actos praticados pelos subalternos, sempre que tais actos sejam da competência exclusiva destes últimos. Isto, independentemente de estar em causa uma apreciação do mérito do acto e, portanto, uma revogação propriamente dita, ou de estar em causa uma apreciação da legalidade da decisão tomada e, portanto, uma revogação anulatória. Sucede, porém, que tal inibição faz todo o sentido quanto esteja em causa uma revogação propriamente dita, sob pena de se admitir que o superior hierárquico se pode imiscuir numa decisão em relação à qual não dispõe de poderes dispositivos, por estes estarem confiados exclusivamente ao subalterno. No entanto, o mesmo raciocínio já não de poderá transpor para o domínio da revogação anulatória, visto que a defesa da legalidade integra o poder de supervisão²³ do superior hierárquico. Por outro lado, o n.º 2 do artigo 78.º do PA preceitua que “o órgão competente para apreciar o recurso pode revogar a decisão a que se re-

²⁰ Note-se, contudo, que o PA não regula, de forma autónoma, a delegação de poderes, pese embora as alusões feitas no artigo 10.º e noutras normas do PA. Diferentemente, na legislação portuguesa sobre o procedimento administrativo, tal matéria encontrava-se regulada nos artigos 35.º a 40.º do CPA/91 e, actualmente, encontra-se prevista nos artigos 44.º a 50.º do CPA/2015.

²¹ Na sequência do referido na nota anterior, levanta-se a dúvida sobre o meio pelo qual o particular interessado poderá dirigir a sua pretensão revogatória ou anulatória junto do órgão delegante. Isto porque o PA não prevê o chamado “recurso hierárquico impróprio” que permitiria abarcar esta hipótese (tal como constava do artigo 176.º do CPA/91). Em todo o caso, deverá entender-se que se aplicam aqui, por analogia, as disposições próprias do recurso hierárquico.

²² Cfr., por tudo, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 546-547 e 549-551; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 452 e 457-458; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 684-685 e 687-688.

²³ “O «poder de supervisão» consiste na *faculdade de o superior revogar ou suspender os actos administrativos praticados pelo subalterno*. Este poder pode ser exercido por duas maneiras: por iniciativa do superior, que para o efeito avocará (*avocar* significa chamar a si) a resolução do caso; ou em consequência de recurso hierárquico perante ele interposto pelo interessado”. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2008, p. 817.

fere o número anterior” (acto recorrido), não introduzindo qualquer ressalva quanto às situações em que a prática do acto recorrido é da competência exclusiva do subalterno. Isto posto, coloca-se a questão de saber como compatibilizar o teor dos artigos 58.º, n.º 1 e 78.º, n.º 2 do PA e como dar expressão às preocupações assinaladas. Confrontada com o mesmo problema, a doutrina portuguesa dividiu-se: DIOGO FREITAS DO AMARAL entende que a solução não passa pela distinção entre as duas vertentes da revogação, mas antes pela distinção entre revogação oficiosa e revogação de iniciativa particular, reservando o poder de o superior hierárquico revogar actos administrativos da competência exclusiva do subalterno nos casos em que a revogação foi requerida, em sede de recurso hierárquico, pelo particular interessado²⁴; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE perfilha a opinião de que na revogação anulatória, o superior hierárquico deve dispor do poder de anular os actos do subalterno, por estar aqui em causa o exercício de uma “função fiscalizadora, que não contende com a competência exclusiva (dispositiva) do subalterno”²⁵; já relativamente à revogação propriamente dita, entende o Autor que deve ser vedado ao superior hierárquico o poder de revogar, sob pena de se permitir “o uso de uma competência dispositiva num domínio que a lei pretendeu reservar ao subalterno”²⁶⁻²⁷⁻²⁸.

Ainda no campo da competência para revogar ou anular os actos administrativos, questiona-se a doutrina sobre quem deverá ser competente para revogar um acto ferido de incompetência relativa²⁹: se o autor do acto que praticou um acto para o qual não era competente, se o órgão que seria competente para o praticar ou eventualmente ambos. Mais uma vez, as opiniões dividem-se: DIOGO FREITAS DO AMARAL e

²⁴ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 455-456.

²⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., p. 189.

²⁶ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., p. 189.

²⁷ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., p. 189.

²⁸ Em Portugal, o legislador português pacificou a questão ao prever que, para a revogação (propriamente dita), é competente o superior hierárquico, desde que não se trate de acto da competência exclusiva do subalterno (cfr. artigo 169.º, n.º 2 do CPA/2015) e que, para a anulação, o superior hierárquico é competente em qualquer caso (cfr. artigo 169.º, n.º 3 do CPA/2015).

²⁹ Os actos feridos de incompetência absoluta são nulos, nos termos da al. b) do n.º 2 do artigo 50.º do PA.

MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS³⁰ perfilam-se na primeira opção³¹, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE³² e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM na segunda³³ e PAULO OTERO na terceira^{34,35}.

2.4. Forma e formalidades

O PA nada prevê quanto à forma³⁶ e às formalidades a adoptar na revogação ou anulação dos actos administrativos, diferentemente do que sucedia no CPA/91 que serviu de inspiração ao PA timorense.

Na ausência de uma disposição legal sobre o assunto, impõe-se o recurso aos princípios gerais, mais precisamente ao *princípio da identidade ou do paralelismo das formas e das formalidades*, de acordo com o qual “tanto as formalidades como a forma do acto revogatório se hão-de apurar por referência às formalidades e à forma do acto revogado”³⁷.

No que respeita à forma, pergunta-se se o acto de revogação ou anulação deve obedecer à forma efectivamente adoptada pelo acto a revogar ou a anular (ainda que não fosse a forma legal imposta para o mesmo) ou se se deve obedecer à forma que legalmente aquele deveria ter adoptado. Ora, a experiência portuguesa vai no sentido de que, salvo

³⁰ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., pp. 192-193.

³¹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 453-454.

³² Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., pp. 188-189.

³³ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 685-686.

³⁴ Cfr. Paulo Otero apud DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 453, nota 806.

³⁵ Em Portugal, o legislador português pacificou a questão, prevendo expressamente que “os actos administrativos praticados por órgão incompetente podem ser objecto de revogação ou de anulação administrativa pelo órgão competente para a sua prática” (cfr. artigo 169.º, n.º 6 do CPA/2015).

³⁶ Quanto à forma dos actos administrativos, prescreve o artigo 41.º do PA que “os actos administrativos devem ser praticados por escrito, desde que outra forma não seja prevista por lei ou imposta pela natureza e circunstâncias do acto”.

³⁷ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 459.

disposição especial, o acto de revogação/anulação deve revestir a forma legalmente prescrita para o acto revogado (cfr. artigo 143.º, n.º 1 do CPA/91 e artigo 170.º, n.º 1 do CPA/2015). O acto de revogação/anulação deve revestir, porém, a mesma forma do acto a revogar ou a anular em duas situações: (i) quando a lei nada dispõe sobre a forma a adoptar no acto a revogar ou a anular e (ii) quando estes tenham revestido forma mais solene do que a legalmente prevista (cfr. artigo 143.º, n.º 2 do CPA/91 e artigo 170.º, n.º 2 do CPA/2015).

Quanto às formalidades, dita a experiência portuguesa que, na falta de disposição especial, devem ser observadas, na revogação ou anulação, as formalidades exigidas para a prática do acto revogado ou anulado que se mostrem indispensáveis à garantia do interesse público ou dos direitos e interesses legalmente protegidos dos interessados (cfr. artigo 144.º do CPA/91 e artigo 170.º, n.º 3 do CPA/2015).³⁸ Importa, no entanto, referir que há formalidades próprias do procedimento de revogação ou anulação que nada têm que ver com o procedimento do acto revogado ou anulado. Assim, sucede, por exemplo, com as formalidades da reclamação e do recurso hierárquico, no caso das revogações de iniciativa particular³⁹. Por outro lado, o princípio do paralelismo das formalidades cobre também os requisitos de eficácia do acto revogado ou anulado que devem ser igualmente observados no procedimento de revogação/anulação (ex.: homologação)⁴⁰.

2.5. Efeitos (remissão)

Relativamente aos efeitos, há um ponto comum entre a revogação propriamente dita e a revogação anulatória dotada de eficácia retroac-

³⁸ Cfr., por tudo, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 552-554; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 459-461; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 688-691; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 321-322.

³⁹ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 690-691.

⁴⁰ Cfr., neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 691.

tiva, que resulta do disposto na al. *i*) do n.º 2 do artigo 50.º do PA. No entanto, como a compreensão destes efeitos depende do estudo prévio quanto à eficácia de uma e de outra, remetemos o tratamento desta questão para o ponto 3.2.

3. O regime jurídico diferenciado

3.1. *Condicionalismos*

Quanto aos condicionalismos, isto é, aos pressupostos que impedem ou viabilizam a revogação, convém distinguir entre o regime da revogação propriamente dita e o regime da revogação anulatória.

No que respeita à revogação propriamente dita, o PA contém uma disposição sobre o assunto: o artigo 57.º (revogabilidade dos actos válidos). Seguindo de perto a doutrina portuguesa, a norma mencionada estabelece uma graduação entre *(i)* os actos livremente revogáveis, *(ii)* os actos de revogação proibida e *(iii)* os actos de revogação condicionada.

Com efeito, a regra é a de que os actos administrativos válidos são livremente revogáveis e, portanto, podem, a todo o tempo⁴¹, ver os seus efeitos jurídicos cessados por força de uma decisão da Administração Pública. Isso mesmo resulta do prómio do artigo 57.º do PA.

A regra enunciada conhece, porém, as excepções previstas nas alíneas *a)* e *c)* do n.º 1 do artigo 57.º do PA, onde se proíbe a revogação de actos válidos quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal (actos vinculados ou em relação aos quais, nos termos da lei, a revogação é expressamente vedada) e quando deles resultem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis. Se, por ventura, forem revogados actos desta natureza, o acto de revogação será ilegal (anulabilidade).

A terceira hipótese corresponde aos actos que, não sendo livremente revogáveis, nem sendo proibida, em absoluto, a sua revogação, podem ser revogados dentro de determinados limites. Trata-se dos actos

⁴¹ Esta regra de tempestividade vale para as revogações oficiosas. Relativamente às revogações de iniciativa particular, o particular interessado dispõe do prazo de 15 dias para reclamar ou recorrer do acto que pretende ver revogado.

constitutivos de direitos⁴² ou de interesses legalmente protegidos⁴³⁻⁴⁴, mencionados na al. *b*) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 57.º do PA. Os condicionalismos impostos à revogação dos actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos assentam no princípio da protecção da confiança⁴⁵ e do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares. Tais actos (válidos) podem ser revogados na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários (revogação parcial) e quando todos os interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis. Por conseguinte, a revogação dos actos, nestas condições, não prejudica o particular destinatário do acto ou, pelo menos, foi colhido o seu consentimento quanto aos termos da revogação.⁴⁶

Relativamente à revogação dos actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, a doutrina portuguesa, perante uma norma semelhante do CPA/91, entendia que deveria ser aberto o leque das hipóteses de revogação a outras situações. Situações essas em que a ocorrência de uma alteração objectiva das circunstâncias de facto ou a

⁴² Consideram-se actos constitutivos de direitos, “*todos os actos administrativos que atribuem a outrem direitos subjectivos novos, que ampliam direitos subjectivos existentes, ou que extinguem restrições ao exercício de um direito já existente*”. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 442.

⁴³ Consideram-se actos constitutivos de interesses legalmente protegidos, “*aqueles actos que, sem criarem, ampliarem, ou removerem uma restrição ao exercício de um direito subjectivo stricto sensu, inserem na esfera jurídica do destinatário ou destinatários uma posição jurídica de vantagem cuja subsistência não deverá, à luz dos princípios da boa-fé e da tutela da confiança (artigo 6.º-A do CPA), ficar à mercê do livre exercício do poder revogatório dos órgãos administrativos*”. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 445-446.

⁴⁴ Actos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos podem ser definidos genericamente como “*actos que constituem efeitos jurídicos favoráveis na esfera jurídica dos destinatários ou de terceiros*”. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., p. 143.

⁴⁵ A protecção da confiança nas relações administrativas tem expressão na al. a) do n.º 2 do artigo 6.º do PA, estando directamente relacionada com o princípio da boa-fé.

⁴⁶ Cfr., por tudo, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 437-447; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 675-679; PEDRO GONÇALVES, “*Revogação...*”, Ob. cit., pp. 309-318.

superveniência de conhecimentos técnicos ou científicos imponham, à luz da melhor prossecução do interesse público, a revogação de um acto favorável ao particular. Em todo o caso, as revogações realizadas nestas circunstâncias deveriam ser acompanhadas do pagamento de uma indemnização ao particular visado.⁴⁷⁻⁴⁸ A doutrina aponta ainda outras situações em que se deveria admitir a revogação de actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos, nomeadamente quando tenha sido aposta uma reserva de revogação no acto administrativo (cláusula acessória)⁴⁹ e no caso dos actos precários (*v.g.*, licenças de utilização de bens do domínio público)⁵⁰⁻⁵¹.

Passemos agora à revogação anulatória. Conforme já se avançou, o PA timorense não contém uma norma especialmente dedicada à revogação dos actos inválidos, diferentemente do que sucedia com o artigo 141.º do CPA/91⁵² que lhe serviu de inspiração. Por um lado, no artigo

⁴⁷ Cfr., neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 447-449; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., pp. 163-164 e 192-193; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., p. 316.

⁴⁸ Em Portugal, o CPA/2015 deu expressão aos contributos na doutrina, regulando expressamente esta situação na al. *c*) do n.º 2 e nos n.ºs 4 a 6 do artigo 167.º. Note-se, em especial, a previsão do prazo de um ano, prorrogável por mais dois anos, a contar da data do conhecimento da superveniência ou da alteração das circunstâncias.

⁴⁹ Em Portugal, o CPA/2015 deu expressão aos contributos da doutrina, regulando expressamente esta situação na al. *d*) do n.º 2 do artigo 167.º (a este propósito, ver também o artigo 149.º do CPA/2015).

⁵⁰ “O acto precário define juridicamente situações materiais, produzindo efeitos jurídicos externos (sendo por isso um verdadeiro acto administrativo) embora possibilite à Administração «libertar-se» da regulação estabelecida e fixar um outro conteúdo regulador. Esta possibilidade decorre do facto de o acto precário não conduzir a um estado de firmeza — nem de facto, nem de direito — da situação objecto de decisão, precisamente porque no momento da sua emanção há incerteza em relação à evolução futura das exigências do interesse público”. Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Edição da Universidade Católica Portuguesa, 1998, pp. 23-25.

⁵¹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 542-543; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 679-680; PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 313-315; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., p. 196.

⁵² O artigo 141.º do CPA/91 («Revogabilidade de actos inválidos») dispunha o seguinte: “1. Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados

54.º, n.º 2 do PA remete-se o regime da ratificação, da reforma e da conversão dos actos anuláveis para as “normas que regulam a competência para a revogação dos actos inválidos e a sua tempestividade”, fazendo-se crer que existem normas alusivas à competência e à tempestividade da revogação dos actos inválidos. Relativamente à competência, vimos já que rege o artigo 58.º do PA, mas relativamente à tempestividade permanece a incógnita. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 53.º do PA dispõe que “o acto anulável pode ser revogado nos termos previstos neste Decreto-Lei”. Ora, os termos previstos no PA para a revogação são os constantes dos artigos 55.º a 59.º. Contudo, deve considera-se que a remissão operada pelo n.º 1 do artigo 53.º do PA abrange o artigo 57.º, alusivo, em especial, à revogabilidade dos actos válidos? Ou seja, faz sentido transpor para o domínio da revogação anulatória os condicionamentos próprios da revogação propriamente dita? Cremos que a resposta só poderá ser negativa. Senão, vejamos.

Quanto à regra geral da livre revogabilidade dos actos administrativos válidos (cfr. proémio do n.º 1 do artigo 57.º do PA), parece-nos que não faz sentido transpô-la para a revogação anulatória, sob pena de subversão da *ratio* que preside à distinção entre a nulidade e a anulabilidade⁵³. Relembre-se, antes de mais, que a revogação anulatória incide sobre actos administrativos feridos de vícios que acarretam a respectiva anulabilidade e que os actos nulos são, por definição, irrevogáveis (cfr. artigo 56.º, n.º 1, al. *a*) do PA). Com efeito, a nulidade é a forma mais grave de invalidade e implica que o acto inquinado seja ineficaz desde o momento da sua prática (cfr. artigo 51.º, n.º 1 do PA). Acresce que a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal (cfr. artigo 51.º, n.º 2 do PA). Por sua vez, a anulabilidade corresponde à forma menos grave de invalidade e deter-

com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida. 2. Se houver prazos diferentes para o recurso contencioso, atender-se-á ao que terminar em último lugar”.

⁵³ Sobre a distinção entre nulidade e anulabilidade, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 516-519; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 403-408; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., pp. 172-178.

mina que o acto viciado é juridicamente eficaz até ao momento em que venha a ser anulado. Caso não haja lugar à anulação, administrativa ou contenciosa, do acto, ele consolida-se na ordem jurídica e torna-se impugável. Dado tratar-se da forma menos gravosa de invalidade, este regime responde às exigências do princípio da confiança e, sobretudo, da certeza e segurança jurídicas. Ora, admitir que os actos anuláveis possam ser anulados, a todo o tempo, pela Administração Pública representa, como se disse, uma subversão do regime próprio da anulabilidade — que se contrapõem ao da nulidade — e, por conseguinte, uma violação crassa dos princípios da certeza e segurança jurídicas e da protecção da confiança.

Quanto às situações de revogabilidade proibida, previstas nas alíneas *a)* e *c)* do n.º 1 do artigo 57.º do PA, também não encontramos fundamentos para que as mesmas sejam aplicáveis à anulação administrativa. Assim, relativamente aos actos vinculados seria um contra-senso admitir a sua irrevogabilidade por motivos de legalidade. Como já tivemos oportunidade de referir, confrontada com a ilegalidade de actos por si praticados, impende sobre a Administração Pública um dever de anular, a menos que seja viável a convalidação do acto por força da aplicação dos institutos da ratificação, da reforma ou da conversão. Consequentemente, é inaceitável a aplicação da proibição da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 57.º do PA à revogação anulatória. E o mesmo se diga quando à alínea *c)*, respeitante aos actos que investem a Administração Pública de obrigações legais ou de direitos irrenunciáveis, em relação aos quais não faz sentido impedir a sua anulação se os mesmos forem ilegais.

Por último, as condições impostas à revogação dos actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos (cfr. al. *b)* do n.º 1 e n.º 2 do artigo 57.º do PA) são de recusar no âmbito da revogação anulatória, pois a legalidade não é “negociável” com os particulares.

Concluimos, portanto, que o artigo 57.º do PA, relativo aos condicionalismos da revogabilidade dos actos válidos, não é aplicável à revogação anulatória e, por conseguinte, não está abrangido pela remissão operada pelo artigo 53.º, n.º 1 do mesmo diploma. Assim sendo, cumpre perceber quais devem ser os condicionalismos próprios da revogação anulatória.

Recorrendo, mais uma vez, à experiência portuguesa, o princípio

parece ser o de que revogação anulatória (revogação de actos anuláveis) encontra um único condicionamento: o prazo dentro do qual a Administração Pública pode oficiosamente anular os seus próprios actos⁵⁴. A questão que se coloca agora consiste em perceber que prazo é este. Com efeito, DIOGO FREITAS DO AMARAL assinala que “se a revogação tem por fundamento a invalidade do acto anterior, só tem sentido que ela possa ter lugar enquanto essa invalidade puder ser invocada”⁵⁵, o que acontecerá até se esgotar o respectivo prazo do recurso contencioso⁵⁶. Como se viu, após o decurso do prazo do recurso contencioso, os actos administrativos anuláveis consolidam-se na ordem jurídica, estabilizando-se a produção dos seus efeitos jurídicos devido à sua inimpugnabilidade. Em suma, a revogação anulatória de iniciativa oficiosa só poderá ser realizada dentro do prazo previsto para o recurso contencioso dos actos anuláveis, após o que a Administração Pública fica inibida de anular aqueles actos.

Dito isto, pergunta-se qual é o prazo do recurso contencioso dos actos anuláveis. A questão é espinhosa e de difícil tratamento. Mas, vamos por partes.

Em primeiro lugar, preceitua o n.º 2 do artigo 53.º do PA que “o acto anulável é susceptível de recurso para os tribunais, nos termos da legislação reguladora do contencioso administrativo”. No entanto, não é fácil chegar à legislação reguladora do contencioso administrativo.

Ora, na ausência de um diploma legal emitido pelo legislador timorense em matéria de contencioso administrativo, há quem entenda que se deve aplicar a Lei da República da Indonésia n.º 5/1986, de 29 de Dezembro⁵⁷, de cujo artigo 55.º resulta a previsão de um prazo de 90 dias

⁵⁴ Reitera-se, de novo, que as revogações anulatórias de iniciativa dos particulares interessados estão sujeitas aos prazos da reclamação e do recurso hierárquico (15 dias).

⁵⁵ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., p. 450.

⁵⁶ Actualmente, em Portugal, o n.º 5 do artigo 168.º do CPA/2015 permite a anulação administrativa oficiosa de determinados actos administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis por via jurisdicional, isto é, para lá do prazo da respectiva impugnação contenciosa, mantendo-se, no entanto, os constrangimentos temporais resultantes dos n.ºs 1 e 4 do mesmo artigo.

⁵⁷ A aplicação desta legislação indonésia é justificada, pelos seus defensores, com a interpretação conjugada da Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto e da Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro. Nos termos do n.º 1 do primeiro diploma citado, a legislação em

para o recurso contencioso dos actos anuláveis⁵⁸. Seguindo esta orientação, a Administração Pública estaria condicionada ao prazo de 90 dias após a emissão do acto anulável para proceder à respectiva revogação anulatória, sob pena da sua consolidação no ordenamento jurídico. Esta consubstancia uma “pura solução temporal, de total precariedade do até a certo momento e de estabilidade absoluta a partir daí”⁵⁹.

Em segundo lugar, para os que, eventualmente, não admitem a aplicação directa da legislação indonésia referida, estaremos perante uma lacuna que urge colmatar. No nosso entendimento, o preenchimento desta lacuna poderá passar pela aplicação (análoga) do artigo 278.º, n.º 1, 2.ª parte do Código Civil (aprovado pela Lei n.º 10/2011, de 13 de Setembro), nos termos do qual a anulabilidade pode ser arguida “dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento”. Embora o prazo seja mais alargado, não nos parece despidiêda esta solução. Todavia, permanecem em aberto múltiplas dúvidas de difícil esclarecimento perante uma malha normativa tão lacunosa.

Em ambas as hipóteses — aplicação da Lei da República da Indonésia n.º 5/1986, de 29 de Dezembro ou aplicação análoga do artigo 278.º, n.º 1, 2.ª parte do Código Civil — fica por responder até quando poderá a Administração Pública anular oficiosamente um acto, sempre que o particular tenha interposto recurso contencioso do mesmo. Ou seja, em caso de interposição de recurso contencioso, a Administração fica, desde logo, impedida de anular o acto impugnado ou poderá fazê-lo até dado momento?

Nesta matéria, o CPA/91 prescrevia, no artigo 141.º, n.º 1, a possi-

vigor em 19.05.1999 mantém-se em vigor em tudo o não contrariar a Constituição e os princípios nela consignados. Tal disposição foi objecto de interpretação autêntica pelo segundo diploma referido, nos termos do qual se entende por “legislação vigente” toda a legislação indonésia que era aplicável e vigorava “de facto”, em Timor-Leste, antes do dia 25.10.1999. Sobre o assunto, cfr. BARBARA NAZARETH OLIVEIRA/CARLA DE MARCELINO GOMES/RITA PÁSCOA DOS SANTOS, *Os Direitos Fundamentais em Timor Leste: Teoria e Prática*, 1.ª Edição, Publicação *Ius Gentium Conimbrigae* — Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Provedoria de Direitos Humanos e Justiça de Timor-Leste, 2015, pp. 143, 463 e 470.

⁵⁸ Cfr. BARBARA NAZARETH OLIVEIRA/CARLA DE MARCELINO GOMES/RITA PÁSCOA DOS SANTOS, *Os Direitos...*, Ob. cit., p. 471, nota 86.

⁵⁹ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, Ob. cit., pp. 190.

bilidade de a Administração Pública proceder à anulação oficiosa do acto impugnado até à resposta ou contestação da entidade recorrida. Já o CPA/2015 preceitua, no n.º 3 do artigo 168.º, a possibilidade de anulação oficiosa até ao encerramento da discussão. Na falta de qualquer disposição sobre o assunto no ordenamento jurídico timorense, é difícil estabelecer um limite temporal para a anulação administrativa, em caso de recurso contencioso do acto anulável por parte do particular interessado. A questão consiste em perceber a partir de quando há um conflito de jurisdições entre a Administração Pública e os Tribunais: a partir desse momento, os Tribunais devem gozar de jurisdição exclusiva sobre a apreciação dos vícios do acto e, conseqüentemente, a Administração Pública deve ficar inibida de proceder à sua anulação oficiosa. Assim sendo, dever-se-á considerar que a anulação administrativa pode ocorrer até ao momento em que o processo vai ser decidido pelo Tribunal, isto é, até ao momento imediatamente anterior à fase do julgamento e prolação da sentença.

Relativamente à segunda hipótese avançada, a contagem do prazo de um ano, para anulação administrativa, a partir do momento da cessação do vício eterniza o poder-dever confiado à Administração Pública de anular os seus próprios actos, em prejuízo dos direitos e interesses dos particulares visados e dos princípios da certeza e da segurança jurídicas, sobretudo quando estejam em causa actos constitutivos de direitos. Impõe-se, por conseguinte, a necessidade de fixar um prazo máximo, contado a partir da data da emissão do acto, dentro do qual a anulação administrativa seria possível. Voltando à experiência portuguesa, o CPA/91 nada previa a este respeito, limitando-se a fixar como limites à anulação administrativa o prazo do recurso contencioso, contado a partir da data da prática do acto, ou o momento da apresentação da resposta ou da contestação, por parte da entidade recorrida, caso tivesse sido interposto recurso contencioso do acto. Já o CPA/2015 instituiu um novo sistema que implica a conjugação de dois prazos: (i) um prazo de seis meses a contar da data do conhecimento pelo órgão competente da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro e (ii) um prazo de cinco anos, a contar da data da emissão do acto. Por conseguinte, a anulação administrativa só poderá ocorrer nos cinco anos subsequentes à prática

do acto e, dentro destes, no prazo de seis meses desde o conhecimento da causa de invalidade ou desde a cessão do vício. Em contraposição, para os actos constitutivos de direitos estão previstos prazos de um ano ou de cinco anos, a contar da data da prática dos actos (cfr. n.ºs 2 e 4 do artigo 168.º do CPA/2015). Neste particular, o regime do CPA/2015 conhece várias nuances, tomando em linha de conta, por exemplo, a boa fé do particular visado, mas também a necessidade de indemnizar os danos anormais que os beneficiários dos actos anulados possam ter sofrido em virtude da anulação. Relativamente ao Direito timorense, é difícil, mais uma vez, encontrar um prazo máximo dentro do qual se admita a anulação oficiosa, bem como é difícil proceder a uma distinção de regimes, considerando, por um lado, os actos constitutivos de direitos e, por outro, a boa ou má dos particulares visados.

3.2. Eficácia e efeitos

Outro ponto que os regimes jurídicos da revogação propriamente dita e o da revogação anulatória se distinguem é o da eficácia⁶⁰. Mas, aqui, a tarefa está facilitada pelo artigo 59.º do PA.

Relativamente à revogação propriamente dita, a regra é de que esta produz efeitos para o futuro (*ex nunc*), não sendo, assim, colocados em causa os efeitos pretéritos produzidos pelo acto revogado (cfr. n.º 1 do artigo 59.º do PA). Em consequência disso, a Administração Pública pode ficar constituída no dever de indemnizar o particular destinatário do acto revogado, tratando-se este de um acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos e encontrando-se o particular de boa-fé, hipótese em que a confiança legítima que depositou na manutenção dos efeitos do acto merce tutela indemnizatória⁶¹. A regra é, portanto, a da eficácia *ex nunc* do acto de revogação. Todavia, a regra conhece excepções, pois, de acordo com o n.º 3 do artigo 59.º do PA, “o autor da revogação pode, no próprio acto, atribuir-lhe efeito retroactivo:

⁶⁰ Cfr., por tudo, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, Ob. cit., pp. 554-556; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 461-462; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 691-693.

⁶¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, Ob. cit., pp. 323.

a) quando este seja favorável aos interessados; b) quando todos os interessados tenham concordado expressamente com a retroactividade dos efeitos e estes não respeitem a direitos ou interesses indisponíveis”.

Quanto à revogação anulatória, dispõe o n.º 2 do artigo 59.º do PA que a mesma acarreta um efeito retroactivo (*ex tunc*), isto é, um efeito destrutivo dos efeitos produzidos pelo acto anulado, desde o momento da sua prática.

Em suma, quanto a este ponto, a revogação propriamente dita acarreta a cessação (para o futuro) dos efeitos do acto revogado, ao passo que a revogação anulatória acarreta a destruição (para o passado) dos efeitos do acto anulado.

Isto posto, importa perceber quais as consequências derivadas da eficácia *ex tunc* da revogação anulatória⁶² e, bem assim, da revogação propriamente dita à qual foi atribuída efeito retroactivo (por facilidade referimo-nos apenas à anulação, mas as explicações cobrem *mutatis mutandis* este último caso). Em princípio, a eficácia retroactiva da anulação implica a reconstituição da situação hipotética actual, isto é, da situação que existiria se o acto objecto de anulação não tivesse sido praticado e, portanto, se a legalidade não tivesse sido violada ou se o acto objecto da anulação tivesse sido praticado sem o vício que o inquinou de anulabilidade. Tal reconstituição implicará, por parte da Administração Pública, a mobilização de um conjunto de acções que podem passar pela prática de novos actos administrativos, primários e secundários. O que se acaba de dizer respeita, assim, às condutas que a Administração terá que adoptar após a emissão do acto de anulação administrativa de outro acto, no sentido de reestabelecer o *status quo ante*. Por outro lado, há que olhar para o passado e perceber qual o destinado a dar aos efeitos produzidos pelo acto anulado, mormente no que respeita aos actos consequentes⁶³. As hi-

⁶² Actualmente, em Portugal, o ponto está regulado no artigo 172.º do CPA/2015.

⁶³ “Actos consequentes são os actos que foram produzidos ou dotados de certo conteúdo, por se suporem válidos actos anteriores que lhes servem de causa, base ou pressuposto (Freitas do Amaral, A execução das sentenças dos Tribunais Administrativos, págs. 112 a 116): são, diríamos, aqueles actos (ou contratos) cuja prática ou sentido foram determinados pelo acto agora anulado ou revogado, e cuja manutenção é incompatível com a execução da decisão anulatória ou revogatória”. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob.

póteses mais problemáticas são aquelas em que o acto anulado, enquanto não foi objecto de anulação e produzindo normalmente os seus efeitos, deu origem à criação de situações jurídicas incompatíveis entre o particular interessado na anulação e terceiros destinatários de actos consequentes daquele. Para estes casos, resulta da alínea *i*) do n.º 2 do artigo 50.º do PA que são nulos os “actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados⁶⁴, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente”. Ou seja, perante a incompatibilidade da situação jurídica do particular interessado na anulação do acto e, portanto, na reconstituição da situação hipotética actual, e a situação jurídica do terceiro que, por força de actos consequentes ao acto anulado, é titular de um interesse legítimo na manutenção desses actos consequentes, prevalece a posição deste último⁶⁵.

cit., p. 650. A jurisprudência administrativa portuguesa mostrou-se mais exigente quanto à interpretação da homóloga al. *i*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA/91, desenvolvendo o conceito de acto conexo nos seguintes termos: “Acto conexo será aquele que tem com o acto anterior uma relação que seria susceptível de determinar necessariamente a invalidade do segundo, se acaso este tivesse sido praticado, nos termos em que efectivamente o foi, num momento em já tivesse sido decretada a anulação do primeiro (...); Um acto conexo será, pois, nulo se a definição jurídica contida no acto anulado tiver constituído o fundamento da emissão desse acto, em termos de se poder afirmar que representou um *elemento essencial* da sua emissão, no sentido do art.º133º do CPA, ao nível do sujeito, do objecto, dos pressupostos, do conteúdo”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30.01.2007 (Processo n.º 040201A), disponível in www.dgsi.pt.

⁶⁴ O legislador refere-se aqui às situações em que a revogação propriamente dita foi dotada de eficácia retroactiva nos termos do n.º 3 do artigo 57.º do PA.

⁶⁵ A doutrina e a jurisprudência portuguesas eram bastante exigentes quanto à tutela dos terceiros. De forma sintética, entendia-se maioritariamente que “os actos consequentes de acto anulado são nulos desde que, por um lado, a manutenção de tais actos seja incompatível com a decisão anulatória e os mesmos tenham sido praticados anteriormente ao acto anulado e, ainda, que os contra-interessados no acto consequente não tenham sido contra-interessados no acto anulado”. Cfr., entre outros, Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 10.12.2010 (Processo n.º 00345-A/01), disponível in www.dgsi.pt. No mesmo sentido, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., p. 651; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, Ob. cit., pp. 319-320. Em sentido divergente face à doutrina e à jurisprudência maioritárias, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições*

4. A revogação de actos anuláveis consolidados

Uma vez exposto o regime da revogação em sentido amplo, não podemos deixar de abordar um ponto crítico na doutrina e que respeita a uma encruzilhada entre a revogação propriamente dita e a revogação anulatória. Tendo presente que a revogação (propriamente dita) pode ocorrer a todo o tempo, o problema está em admitir-se ou não a revogação propriamente dita de um acto anulável que já se tenha consolidado na ordem jurídica e que, por isso, já não possa ser objecto de anulação. Por outras palavras, a questão consiste em perceber se é possível revogar por motivos de oportunidade, conveniência ou mérito um acto inquinado de um vício gerador de anulabilidade num momento em que a anulação já não é possível⁶⁶.

Ora, a dúvida exposta conecta-se com outra querela, a de saber se, uma vez transcorrido o prazo da anulação contenciosa do acto, os vícios que o inquinavam se consideram sanados e, por conseguinte, o acto passa a considerar-se válido ou se, a partir daquele momento, o acto simplesmente se consolida e estabiliza na ordem jurídica, mas permanece um acto inválido.

Para uma determinada orientação doutrinal, ocorrendo a convalidação do acto por força do decurso do prazo da impugnação contenciosa, abre-se a possibilidade de proceder, a todo o tempo, à revogação propriamente dita. Isto porque, sanado o vício, o acto considera-se válido e fica, assim, à mercê do disposto no artigo 57.º do PA. DIOGO FREITAS DO AMARAL é o principal partidário desta tese, acrescentando o argumento de que “não é admissível que tais actos [inválidos] tenham um regime

de Direito Administrativo, 5.^a Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 241-242.

⁶⁶ A transposição desta discussão para o Direito timorense pressupõe que seja aceite a aplicação, nesta matéria, da Lei da República da Indonésia n.º 5/1986, de 29 de Dezembro, por dela resultar uma limitação temporal da anulação administrativa oficiosa. Dificilmente fará sentido considerar a revogação (propriamente dita) de acto anuláveis se se admitir que a anulação poderá ocorrer no prazo de um ano contado da cessação do vício, sem que esteja previsto um segundo limite temporal a contar da data da prática do acto.

mais favorável do que os que são originalmente válidos”⁶⁷.

Por sua vez, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM optam por uma via média, admitindo a revogação propriamente dita de actos anuláveis, desde que a Administração Pública ignore a invalidade do acto. Caso contrário, isto é, conhecendo a Administração Pública a invalidade do acto por si praticado, consideram ilegal a sua revogação por motivos de inconveniência, oportunidade ou mérito “até para evitar que a Administração retirasse os seus efeitos *ex nunc*, apenas para o futuro”⁶⁸.

Noutra perspectiva, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE e MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS admitem a revogação de actos anuláveis. Em primeiro lugar, porque “a questão da validade do acto só é fixada definitivamente com uma decisão de um tribunal” e, em segundo lugar, porque através da revogação se consegue o objectivo de eliminar da ordem jurídica um acto ilegal”⁶⁹.

Da nossa parte, entendemos que faz sentido admitir a revogação propriamente dita de actos inválidos já consolidados, partindo do pressuposto de que o mesmo acto pode padecer, simultaneamente, de vícios legais (geradores de anulabilidade, no caso), mas também de vícios de mérito (erros grosseiros de apreciação, alteração das circunstâncias de facto, etc.). Se, dada a consolidação do acto em virtude do decurso do prazo do recurso contencioso, já não é possível à Administração Pública debruçar-se sobre o aludido acto do ponto de vista da sua validade, não vemos por que não o possa fazer do ponto de vista da sua oportunidade, conveniência ou mérito se tal se justificar à luz do caso concreto. Esta solução mostra-se ainda mais premente nos casos em que o acto está inquinado de vícios meramente formais ou de procedimento que poderiam ter sido supridos sem qualquer impacto para o conteúdo decisório do acto.

⁶⁷ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, Ob. cit., pp. 451-452.

⁶⁸ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código...*, Ob. cit., pp. 681-682.

⁶⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito...*, Ob. cit., pp. 198, 197 e 195; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A «revisão»...”, Ob. cit., pp. 192-193.

5. A revogação dos actos administrativos: uma figura imperfeita

Do caminho que se acaba de percorrer, a conclusão que se retira é de que a revogação dos actos administrativos é uma figura imperfeita. Quer do ponto de vista conceptual, quer do ponto de vista do regime jurídico (extremamente lacunoso), a revogação dos actos administrativos revela-se uma figura obtusa e com muitas falhas. Vejamos, em síntese, quais as imperfeições detectadas ao longo do nosso estudo.

Em primeiro lugar, a revogação é uma figura compósita que compreende, no seu seio, duas realidades bem distintas: a revogação propriamente dita e a revogação anulatória. O facto de não haver uma distinção clara entre as duas vertentes da revogação dificulta a compreensão das mesmas, quanto aos conceitos em si e quanto aos respectivos regimes. Como se viu, essa distinção não resulta, de forma evidente, do PA, localizando-se apenas alguns indícios ou pistas, em normas dispersas, da dicotomia entre revogação e anulação. Por outro lado, o PA acolheu uma norma homóloga à do artigo 140.º do CPA/91 («Revogabilidade dos actos válidos»), mas já não acolheu uma norma homóloga à do artigo 141.º do CPA/91 («Revogabilidade dos actos inválidos»), o que não abona à clareza da distinção entre revogação e anulação.

Em segundo lugar e passando a aspectos concretos do regime jurídico da revogação, a matéria da competência afigura-se problemática em, pelo menos, três pontos: (i) na compatibilização entre o teor do n.º 1 do artigo 58.º e o teor do n.º 2 do artigo 78.º, ambos do PA, relativamente à competência revogatória do superior hierárquico dos actos praticados pelo subalterno ao abrigo de competências exclusivas deste último; (ii) na inexistência de um meio próprio de impugnação administrativa das decisões do órgão delegado perante o órgão delegante; e (iii) na incógnita em torno da questão da competência para anular actos feridos de incompetência relativa.

Em terceiro lugar, nada se dispõe, no PA, sobre a forma e as formalidades a observar na revogação/anulação dos actos administrativos.

Em quarto e último lugar, a questão mais problemática respeita aos condicionalismos da revogação administrativa. Relativamente à revogação propriamente dita, vimos que se justificaria ampliar o leque de situações em que mesma é admitida para a revogação de actos constitutivos de

direitos ou de interesses legalmente protegidos. Quanto à revogação anulatória, as dificuldades são imensas. Desde logo, levanta-se a questão de perceber qual o sentido e alcance da remissão operada pelo n.º 1 do artigo 53.º do PA, tendo nós concluído que a remissão para o regime da revogação — cfr. artigos 55.º a 59.º do PA — não poderá compreender o artigo 57.º, cujo âmbito de aplicação se confina à revogação de actos válidos. Assim sendo, importa esclarecer quais os condicionalismos próprios da revogação anulatória. Tendo em conta que o PA nada dispõe sobre o assunto, o recurso aos contributos da doutrina revela que tais condicionalismos respeitam ao prazo dentro do qual a Administração Pública poderá anular oficiosamente os seus actos, prazo esse que corresponderá ao prazo do recurso contencioso. Aqui, abre-se mais um fosso legislativo. Na falta de um diploma sobre o contencioso administrativo, emitido pelo legislador timorense, há que admitir a aplicação da Lei da República da Indonésia n.º 5/1986, de 29 de Dezembro ou a aplicação analógica do artigo 278.º, n.º 1, 2.ª parte do Código Civil. Mesmo assim, as dificuldades não se estancam e as dúvidas multiplicam-se: em caso de recurso contencioso do acto anulável, até quando a Administração poderá anular oficiosamente o acto? Se se optar pela aplicação analógica do Código Civil, qual o prazo máximo dentro do qual a Administração pode proceder à anulação oficiosa? Como relevar, no quadro do regime da revogação anulatória, a presença de actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos e a boa ou má fé do particular visado?

Em suma: a revogação propriamente dita e a anulação administrativa são duas faces da mesma moeda, na medida em que ambas implicam um revisitar, pela Administração Pública, de actos por si praticados, com o propósito de extinguir (*ex nunc* ou *ex tunc*) os seus efeitos jurídicos. No entanto, a diversidade de fundamentos em que assentam — oportunidade, conveniência e mérito da acção administrativa *vs* defesa da legalidade — impõe uma diferenciação de regimes, diferenciação essa que não é, de todo clara, no PA e cujas lacunas dificultam, em muito, o trabalho do intérprete aplicador. Neste sentido, seria conveniente a introdução de melhoramentos no regime jurídico do PA, tendo em vista um aperfeiçoamento paulatino do instituto da revogação dos actos administrativos no Direito Administrativo timorense.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.^a Edição, Almedina, 2016;

AMARAL, DIOGO FREITAS DO:

- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Edição, Almedina, 2008;
- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2008;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE:

- *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017;
- *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011;
- “A «revisão» dos actos administrativos no direito português” in *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, n.º 9/10, Janeiro/Junho 1994, pp. 185-202;

ANDRADE, JOSÉ ROBIN DE, *A revogação dos actos administrativos*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 1985;

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a Edição, Almedina, 1980;

CALVÃO, FILIPA URBANO, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Edição da Universidade Católica Portuguesa, 1998

FERNANDES, JOSÉ PEDRO:

- “Ratificação (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, pp. 9-16;
- “Reforma (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, p. 107;

GONÇALVES, PEDRO, “Revogação (do acto administrativo)” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, 1996, pp. 303-325;

MACHETE, RUI CHANCERELLE DE, “Sanação (do acto administrativo)” in *DJAP*, Volume VII, 1996, pp. 327-243.

OLIVEIRA, BARBARA NAZARETH/GOMES, CARLA DE MARCELINO/SAN-

TOS, RITA PÁSCOA DOS, *Os Direitos Fundamentais em Timor Leste: Teoria e Prática*, 1.^a Edição, Publicação *Ius Gentium Conimbrigae* — Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Provedoria de Direitos Humanos e Justiça de Timor-Leste, 2015;

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/GONÇALVES, PEDRO COSTA/AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a Edição, Almedina, 1997;

SOUSA, MARCELO REBELO/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a Edição, D. Quixote, 2007.



ALGUMAS NOTAS SOBRE OS REGIMES JURÍDICOS DO DIREITO ELEITORAL DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE TIMOR-LESTE

SUZANA TAVARES DA SILVA

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Introdução

Os regimes jurídicos que disciplinam o *direito eleitoral* são essenciais em qualquer ordenamento jurídico para assegurar a efectividade dos *direitos políticos* dos cidadãos, os quais, por seu turno, são o esteio de um Estado de Direito Democrático. É também assim na República Democrática de Timor-Leste. Os regimes jurídicos que disciplinam os procedimentos eleitorais para os órgãos de soberania electivos — Presidente da República e Parlamento Nacional — consubstanciam (e têm de consubstanciar) uma *efectivação* dos direitos de participação política (artigo 46.º da CRDTL¹) e de sufrágio (artigo 47.º da CRDTL), o que significa que têm de garantir aos cidadãos timorenses², designadamente, o *direito de participação* (directamente ou através de representantes democraticamente eleitos) na vida política e nos assuntos públicos do país, o *direito de constituir* e de *participar em partidos políticos*, assim como o *direito de votar* e de *ser eleito*.

¹ Na identificação dos artigos da Constituição da República Democrática de Timor-Leste utilizaremos a sigla CRDTL.

² A *cidadania timorense* está prevista no artigo 3.º da CRDTL, os modos de aquisição, perda e reacquirição da nacionalidade estão previstos na Lei da Nacionalidade, Lei n.º 9/2002, de 5 de Novembro, e o modo de implementação daquele regime jurídico consta do Decreto-Lei n.º 1/2004, de 4 de Fevereiro.

Existem também outros direitos fundamentais que são essenciais à construção da cidadania política e do Estado democrático, e que encontram igualmente acolhimento no texto constitucional timorense, como sucede com o direito de petição (artigo 48.º da CRDTL), as liberdades de reunião e de manifestação (artigo 42.º da CRDTL), a liberdade de expressão e de informação (artigo 40.º da CRDTL), a liberdade de opinião publicada (incluída na liberdade de imprensa - artigo 41.º da CRDTL) — para enunciar apenas os mais relevantes —, mas dos quais não nos ocuparemos nesta breve reflexão, pese embora eles sejam um *presuposto material* daqueles que vamos analisar. Com efeito, sem instrumentos adequados para a formação de uma sociedade política (educação, informação e liberdade de expressão e de convicção) e sem os meios necessários para assegurar uma efectivação do debate dialógico das ideias (liberdades de imprensa, de reunião e de manifestação) não podemos verdadeiramente efectivar os direitos políticos.

Não será, contudo, dessa dimensão que cuidaremos ao longo desta breve reflexão e sim, tão só, da análise crítica da positivação legal do exercício dos direitos políticos na legislação eleitoral de Timor-Leste, tendo em vista as respectivas dimensões de efectivação real.

1. Os direitos de participação política nas eleições para o Parlamento e para o Presidente da República

Os *direitos de participação política* são, como dissemos, essenciais para a construção da sociedade democrática. A nossa atenção neste escrito irá centrar-se no *direito de sufrágio* (artigo 47.º da CRDTL) — que inclui o direito de eleger (capacidade eleitoral activa) e de ser eleito (capacidade eleitoral passiva), devendo a lei regular estes dois direitos em conformidade com o seu recorte constitucional — e no *direito de constituir e de participar em partidos políticos* (artigo 46.º/2 da CRDTL).

1.1. O direito de sufrágio e o regime jurídico do direito de votar e ser eleito

De acordo com o disposto no artigo 47.º da CRDTL têm capacidade eleitoral (activa e passiva) todos os cidadãos maiores de dezassete anos, ou seja, os cidadãos que atingem a maioridade³ e que, por isso, adquirem capacidade de exercício de direitos políticos. Importa destacar que a constituição não estabelece em geral distinções nesta matéria entre a cidadania originária e a cidadania adquirida (apenas o faz no que respeita à capacidade eleitoral passiva nas eleições para o Presidente da República), assim como não limita o exercício dos cidadãos timorenses residentes no estrangeiro.

De resto, a *universalidade do sufrágio* imposta pelo artigo 65.º/1 da CRDTL exige, também, que o legislador não possa vedar o direito de voto aos cidadãos por razões arbitrárias ou injustificadas, assim como que não possa limitar esse direito — nos casos em que a restrição é justificada ou necessária (os fundamentos das incapacidades eleitorais activas, das inelegibilidades e das incompatibilidades) — de modo desnecessário ou desproporcionado.

Importa porém destacar que o princípio da universalidade do voto não pode considerar-se afectado pelo regime jurídico do *recenseamento obrigatório* (previsto no artigo 65.º/2 da CRDTL)⁴, pois este consubstan-

³ n.º artigo 118.º do Código Civil, aprovado pela Lei 10/2011, de 14 de Setembro.

⁴ De acordo com o n.º 2 do artigo 65.º da CRDTL “o recenseamento eleitoral é obrigatório, oficioso, único e universal, sendo actualizado para cada eleição”, acrescentando o n.º 6 do mesmo artigo que “a supervisão do recenseamento e dos actos eleitorais cabe a um órgão independente, cujas competências, composição, organização e funcionamento são fiados por lei”.

O *recenseamento (voter registration)* é uma actividade pública, de natureza administrativa, que visa certificar a capacidade eleitoral activa dos cidadãos e, por seu intermédio, a regularidade do exercício de direito de sufrágio e dos próprios actos eleitorais. Contudo, do mesmo modo que a lei o consagra como um dever fundamental (de inscrição, de verificação e de rectificação e actualização), com possibilidade de subsidiariamente os serviços poderem oficiosamente promover actualizações, a verdade é que ele constitui uma peça fundamental do bom funcionamento do sistema democrático, uma vez

cia apenas uma *condicionalidade* ao exercício daquele direito, que é indispensável para o regular funcionamento do sistema político. Sem uma garantia, ou seja, um instrumento de *certificação pública* dos cidadãos que cumprem os requisitos legais para poder votar não conseguimos ter resultados eleitorais fidedignos.

No mais, o legislador constituinte timorense consagrou, no artigo 7.º e no n.º 1 do artigo 65.º da CRDTL, os *princípios gerais que caracterizam o direito de sufrágio* em quase todos os sistemas eleitorais: voto universal, livre, directo, secreto, pessoal e periódico.

Outro aspecto relevante do modo como a República Democrática de Timor-Leste regula o exercício dos direitos políticos é a consagração do exercício do direito de sufrágio como um *dever cívico* e não jurídico (artigo 47.º/2 da CRDTL), o que significa que também a *liberdade de não votar* é protegida pelo direito constitucional timorense, algo que não é igual em todos os países⁵.

que é determinante do universo dos eleitores (potenciais) e, em alguns casos, como sucede em Portugal, também da distribuição dos mandatos pelo território. Algo que não sucede, porém, na República Democrática de Timor-Leste, em que existe apenas um círculo eleitoral para todo o país, com sede em Díli (artigo 9.º da LEP). Para além disso, a sua actualização é fundamental para que os resultados eleitorais permitam uma leitura fidedigna, por exemplo, em relação às cifras da abstenção.

Em Timor-Leste, o regime jurídico-legal do recenseamento obrigatório foi aprovado pela Lei n.º 6/2016, de 25 de Maio, onde se estipula, para além da obrigatoriedade do mesmo e do dever de manter actualizadas as informações (artigo 2.º), também a entidade administrativa competente para a prática dos actos respeitantes ao procedimento de recenseamento (*in casu*, o Secretariado Técnico da Administração Eleitoral - STAE), a existência de uma base de dados do recenseamento eleitoral (artigos 11.º e ss) e o contencioso do recenseamento, designadamente as reclamações contra actos de recusa de inscrição ou actualização de dados, inscrições indevidas e demais actos do STAE e os recursos dos actos que decidam essas reclamações, os quais são dirigidos à Comissão Nacional de Eleições, de cujas decisões caberá depois recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (artigos 43.º a 45.º).

⁵ O voto continua ainda a ser um *dever jurídico* em muitos países — embora essa não seja a regra nas democracias já mais sedimentadas, com excepção para a Bélgica e a Austrália — sendo esta uma questão permanentemente em aberto, embora seja difícil sustentar que o voto compulsório represente uma restrição das liberdades políticas, a verdade é que são poucos os países onde este sistema se pode considerar bem-sucedido no plano dos resultados concretos. Apenas a Austrália é constantemente apresentada como o “bom exemplo” nesta matéria — *v.* IAN MACALLISTER,

Para além disso, os mandatos são também limitados — com uma duração de 5 anos em ambos os casos (artigos 75.º/2 e 93.º/4 da CRDTL) — como impõe o princípio da renovação (artigo 64.º da CRDTL).

Uma última nota para destacar o compromisso constitucional da República Democrática de Timor-Leste com a promoção activa da *integração das mulheres no sistema político e nos órgãos de soberania*, o que resulta não só da referência à dimensão da igualdade política de género no artigo 17.º da CRDTL e da referência à não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos (artigo 63.º/2 da CRDTL), mas ainda de uma indicação expressa de que a participação directa e activa de mulheres e homens na vida política constitui condição e instrumento fundamental do sistema democrático (artigo 63.º/1 da CRDTL).

1.1.1. O direito de votar e ser eleito para o Parlamento Nacional

No artigo 4.º da Lei Eleitoral para o Parlamento (de ora em diante apenas LEP⁶) prevêem-se diversas regras sobre o exercício do direito de voto, cuja *conformidade com as regras da universalidade do direito de sufrágio* importa analisar. Assim, para além de se repetir o disposto na Constituição, quer quanto à incapacidade eleitoral activa dos menores, quer quanto à *condicionalidade* do exercício do direito ao recenseamento eleitoral prévio, esta lei acrescenta ainda regras especiais para alguns grupos de eleitores. É o caso dos doentes hospitalizados e dos presos, a quem a lei assegura o direito de voto, respectivamente, no estabelecimento hospitalar e prisional⁷, em horário determinado pelo Secretariado Técnico da Adminis-

TONI MAKKAI, «Electoral system in context: Australia», Erik S. Herron, Robert J. Pekkanen (ed.), *The Oxford Handbook of Electoral Systems*, Oxford University Press, 2018, pp. 763ss.

⁶ Referimo-nos à Lei n.º 6/2006, de 28 de Dezembro, entretanto actualizada pelas Leis n.ºs 6/2007, de 31 de Maio, 7/2011, de 22 de Junho, 1/2012, de 13 de Janeiro e 9/2017, de 5 de Maio.

⁷ A República Democrática de Timor-Leste reconhece o *direito de voto à população prisional*, à semelhança do que sucede em Portugal com os presos não privados de direitos políticos a quem a lei reconhece o direito de voto (no nosso caso antecipado, ou seja, mediante requerimento — artigo 79.ºA da Lei eleitoral da Assembleia da República, Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, na sua redacção actualizada). Este é, contudo,

tração Eleitoral, de acordo com regulamentação própria aprovada pelo Governo⁸ (artigo 4.º/3 a 5 da LEP).

Ainda sobre as *incapacidades eleitorais* importa acrescentar que, contrariamente ao que sucede em Portugal, as mesmas não são inteiramente coincidentes com as *incapacidades civis*, pois o artigo 5.º da Lei eleitoral do Parlamento onde se previam as incapacidades eleitorais dos interditos e das pessoas notória e publicamente reconhecidas como dementes foi revogado pelo artigo 14.º da Lei n.º 6/2007. Esta é uma *solução de duvidosa razoabilidade*, na medida em que em consequência daquela revogação criou-se um vazio legal que, em última instância, poderia conduzir a uma interpretação literal segundo a qual se asseguraria o direito de voto mesmo a pessoas que não se mostrassem capazes de governar as suas pessoas e bens, ou seja, sem estar preenchida a condição de liberdade pessoal que deve consubstanciar o substracto do exercício de um direito cívico, como é a participação política através do voto.

Compreende-se que não tenha de existir uma coincidência absoluta entre os casos que à luz do disposto na lei civil (mais concretamente no artigo 180.º do Código Civil da República Democrática de Timor-Leste) podem justificar o decretamento de uma interdição para o exercício de direitos (por exemplo, a cegueira ou a surdez-mudez) e a incapacidade eleitoral. Pode (e deve mesmo) discutir-se os termos para o exercício do

um tema que é regulado de modo diferente entre os países (por exemplo, no Brasil, os presos não podem exercer o direito de voto e em outros países a lei não limita esse direito, mas na prática não conseguem exercer esse direito, como tem sido realçado em diversas decisões judiciais *v. Hirst v. United Kingdom* (2005) ECHR 681) e que continua a suscitar algum interesse entre os académicos e, também em outras áreas dos direitos sociais. Saber se a privação de direitos políticos aos condenados por crimes é uma “pena acessória” ou um instrumento de garantia da “liberdade democrática” (evitando que os resultados eleitorais possam ser manipulados através da votação de grupos cuja convicção e liberdade de voto não se forma de modo livre) é algo que releva no plano teórico, mas que interessa também no plano prático, em ciências como a criminologia e a sociologia, que entendem a formação política e cívica dos presos como um instrumento de reabilitação e reinserção social — sobre esta abordagem do tema *v. COR-MAC BEHAN, Citizen Convicts: Prisoners, Politics and the Vote*, Oxford University Press, 2017.

⁸ Cf. Regulamento n.º 4/STAE/X/2011, Regulamento sobre os procedimentos de votação, contagem dos votos e apuramento dos resultados para as eleições presidenciais e parlamentares.

direito de voto e os limites da *assistência a outrem no exercício desse direito*⁹. É hoje comumente sufragada a tese de que o *voto por procuração* viola a dimensão fundamental de pessoalidade do direito de sufrágio (*voto pessoal*), que é constitucionalmente exigida no n.º 2 do artigo 47.º da CRDTL, mas isso não significa que qualquer incapacidade física ou motora justifique uma incapacidade eleitoral, do mesmo modo que nem todas as incapacidades pessoais podem ser desconsideradas no momento da atribuição da capacidade eleitoral¹⁰.

Já no caso de “pessoas notória e publicamente reconhecidas como dementes” afigura-se-nos inadmissível o reconhecimento do direito de voto, mesmo perante a inexistência de preceito legal que expressamente restrinja o exercício desse direito, precisamente pela razão antes mencionada de não estar preenchida a condição de liberdade pessoal que constitui o fundamento material do exercício de um direito cívico como o voto, podendo e devendo interpretar-se essa limitação como uma decorrência directa do n.º 2 do artigo 47.º da CRDTL (restrição constitucional directa). Com efeito, no caso da demência, não estamos perante uma deficiência que possa ser suprida através da assistência por terceiros, pois não se trata de um incapacidade de executar os actos necessários para expressar a vontade política no momento electivo (ex. acesso à urna, a leitura do boletim de voto), mas antes perante uma deficiência insuprível, que não permite a formação da convicção pessoal que é necessária

⁹ É importante lembrar que a subalínea (iii), da alínea a) do artigo 29 da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, se refere expressamente ao *direito a assistência no exercício do direito de voto* por parte das pessoas com deficiência. Quer isto dizer que, nos termos do disposto no artigo 23.º da CRDTL, uma interpretação do direito fundamental de sufrágio das pessoas com deficiência em conformidade com o direito internacional há-de tomar em consideração este aspecto.

¹⁰ Existem hoje diversas soluções comparadas em matéria de garantia de direitos eleitorais a pessoas com deficiência e existem também diversos estudos sobre o nível de participação política deste grupo social, o tipo de participação política e as razões que explicam as suas elevadas taxas de abstenção — sobre o tema *n. LISA SCHUR, «Toward inclusion: Political and social participation of people with disabilities»*, Peter Blanck, Eilionóir Flynn (ed.), *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Routledge, New York, 2017, pp. 118ss. É ainda importante destacar que o legislador constituinte timorense expressou directamente uma preocupação com a promoção dos direitos deste grupo no artigo 21.º da CRDTL.

para expressar a vontade política e que, por isso, comprometeria sempre a dimensão pessoal do voto.

Acresce que o legislador faz também coincidir o âmbito subjectivo da capacidade eleitoral activa (direito de votar) com o da capacidade eleitoral passiva (o direito de ser eleito deputado), numa solução que é comum a outros ordenamentos jurídicos (artigo 6.º da LEP)¹¹, mas que no caso de Timor-Leste poderia suscitar problemas se não interpretássemos o artigo 47.º/2 da CRDTL com o sentido que antes propusemos, pois a revogação do artigo 5.º da LEP onde se acolhiam as incapacidades eleitorais poderia, em última instância, e por absurdo, conduzir uma solução jurídica que admitisse a eleição de um deputado que apresentasse sintomas evidentes de demência.

Questão diferente das incapacidades eleitorais — que correspondem à incapacidade para o exercício do direito de voto decorrente da falta de certas qualidades relativas à pessoa do eleitor ou do eleito — são as *inelegibilidades*, que correspondem a *situações concretas que impedem, por razões institucionais ou por causas circunstanciais (e não qualidades pessoais), a eleição de um cidadão para um determinado cargo*. Em outras palavras, neste caso a impossibilidade de ser eleito não se deve a qualidades intrínsecas à pessoa do candidato, mas à posição institucional (e profissional) que ocupa no momento da eleição (do procedimento eleitoral)¹². É o que su-

¹¹ Em Portugal podem também existir *incapacidades eleitorais temporárias* (incapacidade para eleger o Presidente da República, membro de assembleia legislativa ou de autarquia local ou para ser eleito como tal), que podem ir de 2 a 10 anos, na sequência da aplicação de penas acessórias a quem for condenado por crimes contra a segurança do Estado dependendo da concreta gravidade do facto e da sua projecção na idoneidade cívica do agente — *v.* artigo 346.º do Código Penal Português.

¹² Importa também diferenciar as *ineligibilidades* das *incompatibilidades* em geral, as quais se identificam com a proibição do exercício de certas actividades ou do desempenho de certos cargos durante o mandato, ou seja, não limitam nem impedem a elegibilidade, mas apenas o exercício posterior do mandato.

Ora, não é este o sentido de *incompatibilidades* que parece estar subjacente ao artigo 68.º da CRDTL, quando aí se estipula que “a titularidade dos cargos de Presidente da República, Presidente do Parlamento Nacional, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas, Procurador-Geral da República e membro do Governo é incompatível entre si”. Compreende-se o disposto neste artigo como uma expressão concretizadora do princípio da separação dos poderes e das funções, que impõe uma separação orgânica e uma proibição

cede com as situações elencadas nas alíneas do artigo 7.º da LEP: o Presidente da República, os magistrados judiciais e do Ministério Público em efectividade de funções, os diplomatas em serviço, os membros das forças de defesa e da polícia, também em efectividade de funções, não podem ser eleitos como deputados. A inelegibilidade justifica-se, nestes casos, quer pela garantia do princípio da separação dos poderes (no caso do Presidente da República e dos magistrados judiciais), quer pela necessária separação entre as funções de soberania e algumas instituições (ex. militares). Mas a *inelegibilidade* para deputado estende-se também a ministros de qualquer religião ou culto e aos membros da Comissão Nacional de Eleições, sendo a mesma justificada, no primeiro caso, pela prevenção da *captatio benevolentiae* — *i. e.* a neutralização do perigo de influência que estas pessoas podem ter sobre a liberdade de formação da vontade das restantes —, e, no segundo, pela necessidade de garantir a integridade e isenção do procedimento eleitoral.

O n.º 1 do artigo 93.º da Constituição acrescenta ainda que o voto para o Parlamento é, além de universal, pessoal e livre (dimensões que já explorámos), também *directo* — o que significa que entre os eleitos e os eleitores deve existir uma relação de imediaticidade, a qual, contudo, muitos autores não consideram comprometida pela circunstância de essa relação (entre eleitores e eleitos) ser mediada pelos partidos políticos, que assumem a tarefa de elaborar as listas (artigos 11.º e 12.º da LEP). O voto deve ainda ser *igual* — o que equivale a dizer que os votos devem ter todos a mesma eficácia jurídica, sendo comum na ciência política reconhecer-se que tal resultado é mais facilmente alcançado num sistema proporcional, também adoptado em Timor-Leste (artigos 65.º/4 da CRDTL e artigo 13.º da LEP) — e *secreto*, que consubstancia uma das dimensões essenciais da liberdade do voto.

de cumulação de mandatos e de titularidades, sendo essa, precisamente, a razão subjacente às inelegibilidades previstas nas leis eleitorais. Mais do que incompatibilidades, temos aqui também causas de inelegibilidades.

Já o artigo 78.º da CRDTL, quando proíbe expressamente o Presidente da República de exercer qualquer outro cargo político ou função pública a nível nacional e de assumir funções privadas, aproxima-se mais do sentido típico de uma incompatibilidade.

1.1.2. *O direito de votar e ser eleito Presidente da República*

As dimensões mais relevantes para garantir que o direito de sufrágio assegura a efectivação dos direitos de participação política, que analisámos a propósito da lei eleitoral para o Parlamento, estão também presentes na Lei Eleitoral para o Presidente da República (de ora em diante apenas LEPR¹³), embora se registem aqui algumas diferenças.

Com efeito, contrariamente ao que sucedeu no caso da lei eleitoral para o Parlamento, na lei eleitoral para o Presidente da República existe uma *incapacidade eleitoral activa e passiva* por parte dos interditos e dos cidadãos notória e publicamente reconhecidos como dementes, sendo esta, de resto, a solução que se nos afigura mais correcta como incapacidade eleitoral geral e não apenas como incapacidade eleitoral na eleição para o Presidente da República.

Para além disso, as *incapacidades eleitorais activas* estendem-se neste caso também aos cidadãos timorenses que não reúnam um dos três requisitos exigidos pelo artigo 6.º da LEPR, que repete o disposto no artigo 75.º/1 da CRDTL, a saber: ter cidadania originária, ter 35 anos ou mais e estar no pleno uso das suas capacidades. Esta última incapacidade eleitoral passiva é apta a suscitar diversos problemas, quer pela indeterminabilidade conceitual, quer pela dificuldade de controlo que lhe está associada, a que acresce ainda a falta de identificação clara do seu objectivo, tendo em conta as incapacidades eleitorais já decorrentes das situações de interdição.

Já as ineligibilidades previstas no artigo 7.º da LEPR são idênticas às que estão previstas na LEP.

O sistema eleitoral é, neste caso, o sistema maioritário a duas voltas (semelhante ao português), baseado num círculo eleitoral único com sede em Díli, o que assegura igualmente a imediaticidade do voto.

¹³ Referimo-nos à Lei n.º 7/2006, de 28 de Dezembro, posteriormente modificada pelas Leis n.ºs 5/2007 de 28 de Março e 7/2012, de 1 de Março.

2. Os direitos de participação política e a liberdade dos e nos partidos políticos

Uma segunda dimensão que importa ter presente no estudo da efectivação dos direitos de participação política é o papel dos partidos políticos na organização do sistema democrático e o seu regime jurídico. Algo que resulta expressamente do texto constitucional nos artigos 7.º/2 (o Estado valoriza o contributo dos partidos políticos para a expressão organizada da vontade popular e para a participação democrática do cidadão na governação do país) 46.º/2 e 3 (direito de constituir e de participar em partidos políticos e a respectiva regulação legal) e 70.º (direitos de participação nos órgãos do poder político e de oposição dos partidos políticos).

Esta dimensão é tão ou mais importante quando estes se apresentem como *mediadores necessários* do sistema democrático. É o que sucede também no caso da República de Timor-Leste no âmbito da formação do Parlamento Nacional.

Com efeito, à semelhança de Portugal, a candidatura para Presidente da República é pessoal e não partidária, sendo apresentada mediante requerimento subscrito por um representante do candidato, acompanhado de uma declaração de aceitação daquele e de um mínimo de 5.000 e um máximo de 7.500 cidadãos eleitores, entre os quais se exige um mínimo de 100 proponentes por distrito — números que asseguram um mínimo de representativa nacional da candidatura (artigos 15.º a 18.º da LEPR).

Todavia, a eleição para deputado (representante popular no Parlamento Nacional) é totalmente mediada pelos partidos políticos, cabendo a estes organizar as listas (individualmente ou no âmbito de coligações partidárias) com total liberdade, à excepção da obrigação de cumprir as “quotas de género”¹⁴ que são impostas pelo artigo 12.º/3 da LEP. Estas

¹⁴ A fixação de *quotas femininas* em listas eleitorais é uma solução típica no contexto das acções afirmativas de género, que embora contestadas em diversas ocasiões pelo carácter paternalista, acabaram por se revelar essenciais na promoção efectiva do aumento do número de mulheres na política — sobre os últimos dados destas medidas

listas são fechadas (os mandatos são atribuídos em função da precedência indicada na lista) e não está (nem na constituição, nem na LEP) regulada a possibilidade de essas listas incluírem candidatos independentes. Quer isto dizer que a democracia representativa repousa, essencialmente, nos partidos políticos. Ora, se assim é, é fundamental que os mesmos respeitem também eles alguns princípios e regras essenciais para o bom funcionamento da democracia, para o que importa analisar o respectivo regime jurídico, ou seja, a Lei sobre os Partidos Políticos (de ora em diante apenas LPP)¹⁵.

Assim, em primeiro lugar, os partidos políticos resultam da liberdade de associação dos cidadãos, tendo em vista a sua participação político-eleitoral na apresentação ou patrocínio de candidaturas. Neste contexto, os partidos políticos têm personalidade jurídica e a eles a lei atribui um conjunto de direitos, deveres, ónus¹⁶ e obrigações, que são essenciais para o correcto funcionamento da democracia, o que justifica que uma parte da doutrina os qualifique como “associações privadas com funções constitucionais”¹⁷. Por outro lado, atentando no facto de eles serem instrumentos indispensáveis ao exercício dos direitos de participação política, compreende-se que o Estado tenha um especial dever de garantir o controlo dos actos destas associações, neutralizando, desde logo, tratamentos arbitrários e discriminatórios, sem, contudo, comprometer a *liberdade externa dos partidos políticos*, ou seja, a sua liberdade de acção e realização do respectivo ideário político.

Mais difícil é fazer respeitar a *liberdade interna*, ou seja, garantir que os partidos políticos se organizam e funcionam de acordo com o respeito pelas regras democráticas, o que obriga a observar algumas diretrizes fundamentais, como a existência de instrumentos para que a opinião de todos os afiliados possa ser afirmada, a garantia de que as

na Europa *n.* ÉLÉONORE LÉPINARD, RUTH RUBIO-MARÍN, *Transforming Gender Citizenship*, Cambridge University Press, 2018.

¹⁵ Referimo-nos à Lei n.º 3/2004, de 14 de Abril, na versão alterada e republicada pela Lei n.º 2/2016, de 3 de Fevereiro.

¹⁶ Entre estes gostaríamos de destacar o de se terem que apresentarem, com programa próprio, a eleições a nível nacional ou local com uma periodicidade mínima de cinco anos sob pena de perda do estatuto (artigo 1.º/4 da LPP).

¹⁷ Neste sentido *n.* JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 315ss.

decisões são tomadas, sempre que possível, pela regra da maioria ou mesmo que o direito de oposição interna é respeitado. Nenhuma democracia partidária pode ser “saudável” se os partidos políticos que a integram e lhe asseguram dinâmica não funcionarem correctamente e de acordo com princípios e regras democráticas¹⁸.

Em Timor-Leste, a revisão da LPP em 2016 contribuiu de forma relevante para fortalecer o sistema partidário nacional ao elevar para um mínimo de 20.000 o número de cidadãos necessários para requerer a fundação de um novo partido político (nesse conjunto têm obrigatoriamente de figurar membros de todos os municípios) — os partidos políticos devem ser entidades representativas de um espectro amplo da cidadania —, impor um período de tempo adequado entre a criação de um novo partido e a sua apresentação a eleições — os partidos devem ser instituições com carácter de permanência e não meros instrumentos políticos contingentes ou ocasionais — assim como impedir que os mesmos possam ter sede fora do território nacional.

A pulverização partidária é uma das causas de ingovernabilidade em sistemas políticos de base parlamentar, como é o caso de Timor-Leste¹⁹.

¹⁸ JORGE MIRANDA, «Divisão do poder e partidos políticos», *Anuário Português de Direito Constitucional* Vol. I, 2001, pp. 51-59.

¹⁹ No “manual” “Uma Introdução ao Direito Constitucional em Timor-Leste”, que foi elaborado no contexto dos programas de apoio da ONU à construção do Estado e que está disponível on-line, pode ler-se, nas páginas 4 e seguintes, que o sistema é semi-presidencialista pelo facto de o Presidente da República dispor de relevantes poderes de direcção política, como é o caso do veto dos actos legislativos do parlamento, a normação e a demissão do Governo, bem como a dissolução do Parlamento Nacional (artigos 85.º e 86.º da CRDTL). Porém, todos estes poderes relevantes que o Presidente exerce consistem, verdadeiramente, à semelhança do que sucede em Portugal, numa função de garantia do regular funcionamento das instituições políticas democráticas e não numa verdadeira função de direcção política. O Presidente não dispõe de poderes de governo, sendo este (o Governo) totalmente dependente politicamente do Parlamento, cabendo ao Presidente apenas o poder de nomeação do Primeiro-Ministro indigitado pelo partido ou aliança dos partidos com maioria parlamentar, ouvidos os partidos políticos representados no Parlamento Nacional, bem como demitir o Governo e exonerar o Primeiro-Ministro, quando o seu programa tenha sido rejeitado pela segunda vez consecutiva pelo Parlamento Nacional. Quer isto dizer, em outras palavras, que o Presidente não governa, não pode nomear Governos por sua iniciativa e nem sequer pode demiti-lo à excepção do caso expressamente previsto na

Por esta razão, o regime jurídico-legal dos partidos políticos é um instrumento essencial de regulação, quer para garantir que os partidos políticos podem cumprir a função constitucional que lhes é destinada pela lei fundamental, quer para assegurar que os princípios democráticos e os direitos de expressão e participação política dos cidadãos são respeitados e encontram condições adequadas de efectivação prática.

3. A organização da administração eleitoral

Uma última nota é essencial para dar conta da organização da administração eleitoral. Prevista e disciplinada pela Lei n.º 5/2006, de 28 de Dezembro, a Administração Eleitoral compreende os seguintes órgãos: a Comissão Nacional de Eleições (de ora em diante CNE), o já mencionado Secretariado Técnico da Administração Eleitoral (STAE), os centros de votação e estações de voto e as assembleias de apuramento.

A Administração Eleitoral é responsável pela efectivação, no plano da acção pública, dos direitos de participação política, bem como do regular funcionamento do sistema eleitoral e dos procedimentos eleitorais. Podemos dizer, *grosso modo*, que existem dois grandes núcleos nesta matéria: a actividade respeitante ao recenseamento eleitoral, confiado ao STAE e subordinado ao poder governamental, e a actividade respeitante ao procedimento eleitoral, que incluiu actos como a certificação de coligações eleitorais e a supervisão da legalidade das campanhas eleitorais, a qual é da competência da CNE, um órgão independente²⁰.

constituição de rejeição do seu programa de governo pelo Parlamento. Por esta razão, não é correcto afirmar que o sistema é semi-presidencialista. Para uma comparação com o nosso modelo *v.* o nosso *Direito Constitucional I*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

²⁰ A lei regula composição da CNE, procurando que a mesma seja representativa da sociedade, razão pela qual os seus quinze membros resultam do seguinte: *i*) três são nomeados pelo Presidente da República (dos quais um deve ser mulher); *ii*) três são eleitos pelo Parlamento Nacional (dos quais um deve ser mulher); *iii*) três são nomeados pelo Governo (dos quais um deve ser mulher); *iv*) um é magistrado judicial eleito pelos seus pares; *v*) um é magistrado do Ministério Público eleito pelos seus pares; *vi*) um é defensor público eleito pelos seus pares; *vii*) um é indicado pela Igreja

Dos actos destes órgãos — STAE e CNE —, não obstante a sua natureza jurídico-administrativa, cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

Uma última nota para sublinhar o papel fundamental da CNE, quer na supervisão do princípio democrático ao analisar a viabilidade das coligações (é fundamental que o princípio da oposição não seja neutralizado), quer ao regulamentar e sancionar as condutas dos partidos e das coligações durante as campanhas eleitorais, garantindo que as mesmas respeitem os princípios constitucionalmente plasmados no n.º 3 do artigo 65.º da CRDTL: liberdade de propaganda eleitoral, igualdade de oportunidades e de tratamento das diversas candidaturas²¹, imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas e transparência e fiscalização das contas eleitorais.

Em jeito de conclusão

Esta breve revisitação das dimensões essenciais dos direitos de sufrágio e de constituir e participar em partidos políticos e a sua análise no regime jurídico-constitucional e jurídico legal da República Democrática de Timor-Leste permitiram-nos verificar que são muitas as semelhanças com os regimes homólogos vigentes em Portugal.

Católica; *viii*) um é indicado pelas restantes confissões religiosas; e *ix*) um é representante das organizações representativas das mulheres — artigo 5.º da Lei n.º 5/2006.

Os membros da CNE são inamovíveis e independentes no exercício do seu mandato, que tem a duração de seis anos e admite uma renovação.

²¹ Nem sempre é fácil avaliar e densificar este *princípio da igualdade de oportunidades*, pois não trata, nem se deve tratar de um princípio que a cada eleição parte de uma “base zero” em relação ao histórico da representatividade de cada partido. O nível de implantação que os partidos têm na realidade social deve ser tomado em conta de modo a garantir que a campanha eleitoral é um espaço, simultaneamente, de apresentação de propostas para o futuro e de prestação de contas em relação ao passado, o que explica que as normas relativas à regulação das campanhas eleitorais sejam também orientadas por uma ideia de *responsividade* (de dar satisfação aos concretos anseios dos eleitores), o que pode justificar, por exemplo, uma estruturação diferenciada de debates que, no cômputo geral, acabe por dar mais tempo de intervenção a quem tem contas a prestar.

Tais semelhanças são, a seu modo, uma surpresa, pois pensávamos encontrar algumas marcas culturais específicas dos comunitarismos Sul Asiáticos²² em matéria de representação política. Para quem desconhecer a importância do legado português e da religião católica naquele país, pode até pensar que o modelo adotado é arriscado e corre o risco de vir a enfrentar problemas de sustentabilidade política semelhantes aos exemplos que Mark Tushnet apresenta no seu “constitucionalismo instável”²³. Mas não nos parece que assim seja.

Os autores da ciência política internacional que têm estudado o constitucionalismo comparado e, em especial, o sul asiático, dão conta de que os traços culturais daquela região do globo — marcada pelo “estilo mandala” de organização do poder político inspirado pela religião budista, que era dominante até ao século XIX (caracterizado por limites territoriais flexíveis e círculos de poder de proximidade), e pelo constitucionalismo confucionista, segundo o qual a razão de estado se funda em pressupostos teóricos e filosóficos muito diferentes daqueles que estão na origem do constitucionalismo ocidental²⁴ —, foram progressivamente substituídos por um modelo de constitucionalismo orientado para o desenvolvimento económico e fortemente inspirado pelos princípios e pelos sistemas constitucionais do Ocidente, sendo hoje uma parte desses países qualificados como democracias liberais semelhantes às ocidentais²⁵ e para as quais contribuíram também as intervenções da ONU na reconstrução do Estado após situações de conflito (*statebuilding*).

²² Sobre as especificidades dos constitucionalismos sul-asiáticos em função da sua história e da sua influência cultural de proximidade *v.* DAMIEN KINGSBURY, *Politics in Contemporary Southeast Asia: Authority, Democracy and Political Change*, Routledge, London, 2017.

²³ MARK TUSHNET E MADHAV KHOSLA, *Unstable Constitutionalism: Law and Politics in South Asia*, Cambridge University Press, 2015.

²⁴ Sobre o tema *v.* SUNGMOON KIM, *Public Reason Confucianism. Democratic Perfectionism and Constitutionalism in East Asia*, Cambridge University Press, 2016.

²⁵ Incluem-se neste grupo, para além da República Democrática de Timor-Leste, o Japão, a Coreia, Taiwan, Tailândia, Indonésia, Mongólia e Filipinas — *v.* TOM GINSBURG, «East Asian constitutionalism in comparative perspective», Albert H.Y. Chen (Ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2014, pp. 32-50.

Acreditamos que Timor-Leste tem hoje uma importante vantagem relativa no contexto das suas relações privilegiadas com Portugal e com a herança cultural que aí se encontra, algo que pode, a seu modo, ter também contribuído para o excelente percurso económico que o país tem realizado nos últimos anos. Esta é, porém, uma tarefa sempre inacabada, significando que a avaliação permanente das regras que determinam o jogo democrático e os seus principais actores (*in casu*, os partidos políticos) constituem uma tarefa essencial, também na garantia daquele progresso económico e financeiro.



REMUNERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO SECTOR PRIVADO NO ÂMBITO DO REGIME JURÍDICO TIMORENSE

TOMÉ XAVIER JERÓNIMO¹

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e
Primeiro Decano da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e*

ÍNDICE: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I: História Laboral em Timor-Leste; 1. Do período da governação do Estado Português; 2. Do período da governação do Estado Indonésio; 3. Do período da governação das Nações Unidas; 4. Após o período de transição das Nações Unidas em Timor-Leste. CAPÍTULO II: Conceito de contrato de trabalho e figuras afins: 1. Noção de contrato de trabalho; 2. Elementos essenciais do contrato de trabalho a) Prestação de trabalho; b) Retribuição; c) Subordinação jurídica; 3. Características do contrato de trabalho: a) Contrato sinalagmático; b) Contrato oneroso; c) Contrato duradouro; d) Contrato de execução sucessiva; e) Contrato intuitu personae; f) Contrato de adesão. 4. Figuras afins do contrato de trabalho. CAPÍTULO III: REMUNERAÇÃO DO TRABALHO: 1. Definição da remuneração; Modalidades da remuneração; 3. Princípios fundamentais relativos à remuneração: 3.1. Princípio da remuneração justa e suficiente; 3.2. Princípio da certeza da retribuição; 3.3. Princípio

¹ O trabalho aqui publicado é resultado da dissertação de Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e por mim elaborada, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Liberal Fernandes, cuja paciência e dedicação, inextinguíveis ao longo de todo o processo, agradeço publicamente. Por ser essa a fonte gostaria de estender o meu agradecimento a todos os Professores do Curso de Mestrado em Direito que colaboraram nessa empreitada, prestando-se a uma enorme e difícil deslocação para transmitir e ensinar os seus conhecimentos. Por a Faculdade de Direito da UNTL ser a minha casa-mãe, este texto é-lhe igualmente dedicado, bem como à Universidade, na pessoa do seu Reitor, Francisco Miguel Martins, sem esquecer o seu antecessor, Aurélio Guterres.

da irredutibilidade da retribuição; 3.4. Princípio de garantia do pagamento de um rendimento mínimo; 3.5. Princípio da igualdade de tratamento retributivo; 3.6. Princípio da protecção dos créditos das remunerações; 4. Determinação quantitativa da remuneração; 5. Forma, lugar, tempo e documento do pagamento da remuneração: 5.1. Forma de pagamento; 5.2. Lugar do pagamento da remuneração; 5.3. Pagamento da remuneração; 5.4. Documento do pagamento da remuneração; 6. Remuneração e organização do tempo de trabalho: 6.1. Período normal de trabalho; 6.2. Horas extraordinárias; 6.3. Trabalho nocturno; 6.4. Trabalho por turnos; 7. Remuneração na suspensão da prestação de trabalho: 7.1. Feriados obrigatórios; 7.2. Férias; 7.3. Faltas: 7.3.1. Faltas justificadas; 7.3.2. Faltas injustificadas; 7.4. Faltas para assistência a filhos; 8. Licenças e Dispensas: 8.1. Licença por maternidade; 8.2. Protecção contra o despedimento; 8.3. Licença por paternidade; 8.4. Dispensa para consulta médica; 8.5. Dispensa para amamentação; 9. Remuneração por motivo de cessação do contrato de trabalho: 9.1. Formas de cessação do contrato de trabalho: a) Mútuo acordo Caducidade; b) Rescisão por iniciativa do trabalhador; c) Rescisão por iniciativa do empregador; 10. Remuneração por cessação do contrato de trabalho: 10.1. Indemnização; 10.2. Compensação. CAPÍTULO IV : ANÁLISE SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO SETOR PRIVADO EM TIMOR-LESTE. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

A remuneração do trabalho no âmbito da história da humanidade é um dos problemas mais complexos e debatidos em todos os países do mundo inteiro, incluindo Timor-Leste, tanto no setor público como também no sector privado, na medida em que tem directamente a ver com a tutela da dignidade da pessoa humana.

É nesta óptica que a República Democrática de Timor-Leste adoptou após a sua independência e em consonância com a ideia acima referida, o código laboral timorense através do regulamento UNTAET n.º/2002, de 1 de Maio², que vigorou até a publicação da Lei Laboral de 2012 (Lei n.º 4/12, de 21-2).

Com aquele código, composto por 47 artigos, o Estado timorense, através do Secretariado do Trabalho e da Solidariedade, nomeadamente a Direção Nacional de Relação do Trabalho, resolveu os conflitos entre

² UNTAET/REG/2002/5, sobre a criação de um código laboral para Timor-Leste.

os empregadores e os trabalhadores relacionados com a remuneração (entre outros aspetos), entendida como o conjunto de retribuições recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação da sua atividade³.

O primeiro código laboral aludia ao salário mínimo distrital que significava o salário abaixo do qual era proibido um empregador remunerar trabalhadores, com exclusão de quaisquer subsídios suplementares, benesses e pagamentos, quer em munerário quer em espécie. Era determinado pelo Conselho Laboral Nacional após a recomendação do Conselho para o Salário Mínimo previsto no regulamento e que se aplicava a um distrito particular de Timor-Leste.

Aludia também ao salário mínimo nacional, isto é, ao salário abaixo do qual era proibido remunerar os trabalhadores do setor privado, não podendo o seu montante integrar quaisquer subsídios suplementares, benesses e pagamentos, quer em numerário quer em espécie. Era determinado pelo Conselho Laboral Nacional após recomendação do Conselho para o Salário Mínimo previsto no mesmo regulamento da UNTAET.

Segundo o mesmo código a *remuneração* consistia no ordenado ou salário de base e quaisquer subsídios, benesses e pagamentos suplementares, quer em numerário quer em espécie, que o empregador devia pagar ao trabalhador em razão do seu emprego.

No capítulo III da Lei n° 4/12⁴, no artigo 38°, vêm enunciados os princípios gerais que regulam o direito à retribuição:

a) Todo o trabalhador, sem qualquer distinção, tem direito a receber uma remuneração justa que tenha em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, observando-se o princípio de que para trabalho igual ou de mesmo valor é devido um salário igual;

b) A remuneração do trabalhador não pode inferior ao valor mínimo definido por lei ou do acordo colectivo da categoria;

c) É nula de pleno direito qualquer cláusula do contrato do trabalho pela qual o trabalhador renuncie ao direito à remuneração ou que condicione o seu pagamento a acontecimento ou realização de um facto incerto.

³ O número de disputas laborais resolvidas desde 2002 até 2015 pode ver-se na Tabela da Secretaria de Estado para Política formação profissional e emprego, Direcção Nacional de Relação de Trabalho, Departamento mediação e conciliação, Resolução de disputas laborais.

⁴ Lei n° 4/2012, de 21 de Fevereiro, que consagra a Lei do Trabalho.

Para além dos princípios gerais, esta lei também regula as modalidades da remuneração, forma, lugar e tempo do pagamento da remuneração, remuneração a tempo parcial, descontos na remuneração e proteção da remuneração.

Em relação ao que estamos a abordar, a Constituição da RDTL consagra um conjunto de direitos dos trabalhadores, que se encontram relacionados com a própria ideia da cidadania no trabalho e com uma forma de os proteger na relação de poder/subordinação⁵.

O “objetivo fundamental” é saber se o direito sobre retribuição é aplicado na prática e as leis sobre remunerações emitidas pelo Estado de Timor-Leste, assim como as convenções ratificadas no âmbito do trabalho, nomeadamente no tocante às remunerações, são ou não aplicadas na prática. Outra questão, que nunca podemos ignorar, tem a ver com a possibilidade de o contrato individual ou acordo colectivo de trabalho estabelecerem condições mais favoráveis para o trabalhador.

Em consonância com a tutela da dignidade da pessoa humana consagrada na constituição timorense e nas convenções ratificadas pelo Estado timorense, os empregador estão obrigados a respeitar os princípios fundamentais que estão regulados na Lei do Trabalho Timorense, nomeadamente no artigo 6º:

(1) Todos os trabalhadores, homens e mulheres, têm direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e capacitação profissionais, às condições de trabalho e à remuneração;

(2) Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser, direta ou indiretamente, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, principalmente, de cor, raça, estado civil, sexo, nacionalidade, ascendência, ou origem étnica, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental, idade e estado de saúde;

(3) Qualquer distinção, exclusão ou preferência com base em qualificações exigidas para o acesso ou a execução de um determinado trabalho não constitui discriminação;

⁵ Cf. PEDRO CARLOS BACELAR DE VASCONCELOS, *Constituição Anotada da RDTL*, 2011, p. 184 e 185.

(4) Não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário, concretamente definido, de natureza legislativa, que beneficiem certos grupos desfavorecidos, designadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida ou deficiência, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos nesta lei;

(5) As diferenças retributivas não constituem discriminação se assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, distinção e função de mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores;

(6) Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando em relação a qual candidato ou trabalhador se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que preferência no acesso ao emprego ou as diferenças nas condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no número 2».

Um dos aspetos fundamentais da relação entre o empregador e o trabalhador tem a ver com o respeito pelas leis e os acordos coletivos que lhes sejam aplicáveis. Esta regra está definida no capítulo II, seção I, relativa aos *Direitos e Deveres das Partes*. Referindo-se especificamente ao empregador, o artigo 20º diz: “sem o prejuízo de outras obrigações previstas na lei, no acordo coletivo ou no contrato de trabalho, o empregador deve:

(a) Proporcionar ao trabalhador boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral, em particular, no que respeita à saúde, higiene e segurança no trabalho;

(b) Contribuir para a elevação do nível de produtividade do trabalhador, proporcionando-lhe, na empresa ou fora dela, oportunidade de formação profissional adequada ao posto de trabalho;

(c) Pagar pontualmente uma remuneração justa em função da quantidade e qualidade do trabalho prestado;

(d) Permitir ao trabalhador o exercício de cargos de representação em organizações de trabalhadores e da atividade sindical, não o prejudicando por esse exercício;

(e) Prevenir riscos de doenças e acidentes profissionais, fornecendo ao trabalhador a informação e os equipamentos necessários à prevenção;

(f) Manter permanentemente atualizado o registo de pessoal ao ser-

viço da empresa com indicação dos nomes, data de admissão, tipo de contrato de trabalho, cargo, remuneração, férias e faltas justificada e não justificadas;

(g) tratar o trabalhador com respeito e justiça, não atentando contra a sua honra, bom nome, imagem pública, a vida privada e dignidade”.

Esta dissertação é composta por quatro capítulos. O primeiro capítulo versa sobre a história laboral em Timor-Leste; referir-nos-emos às leis laborais do período da governação do Estado Português, da governação do Estado Unitário Indonésio, da fase de transição da governação das Nações Unidas em Timor-Leste e, finalmente, do período após a transição das Nações Unidas em Timor-Leste.

No segundo capítulo abordaremos o conceito do contrato de trabalho e figuras afins.

No terceiro capítulo estudar-se-á a remuneração do trabalho, começando pela definição de remuneração, princípios fundamentais relativos à remuneração, modalidades, determinação quantitativa, cálculo da remuneração, forma, lugar, tempo e documento do pagamento da remuneração. Falar-se-á ainda da remuneração na duração do tempo de trabalho, remuneração na suspensão da prestação de trabalho, licenças e dispensas e remuneração da cessação do contrato de trabalho.

No quarto capítulo far-se-á uma análise geral das questões tratadas neste estudo e, finalmente, apresentaremos as conclusões do trabalho efectuado.

CAPÍTULO I

HISTÓRIA LABORAL EM TIMOR-LESTE

1. Do período da governação do Estado Português

É sabido que com a abolição do regime corporativo, ou seja após 25 de Abril de 1974, foi aberto um largo caminho de renovação do ordenamento jurídico-laboral português. O DL203/74, de 15 de Maio (Programa do Governo Provisório), na esteira do programa do movimento das Forças Armadas (publicado em anexo à Lei Constitucional nº 3/74, de 14 de Maio), previu em termos genéricos um vasto conjunto de medidas legislativas relacionadas com o domínio do Direito do Trabalho (por exemplo, extinção do sistema corporativo: revogação do Estatuto do Trabalho Nacional; garantias da liberdade sindical; estabelecimento de novos mecanismos de resolução dos conflitos de trabalho; criação de um salário mínimo nacional, etc.)⁶.

No tocante ao Direito do Trabalho, vigorava em Timor o Código do Trabalho Rural do Ultramar, o qual era igualmente aplicado nas províncias de Cabo Verde, Guiné, S. Tomé e Príncipe, Angola, Moçambique. O código era composto por 365 artigos, estando a sua vigência dependente da respectiva publicação no Boletim Oficial de todas as províncias ultramarinas.

Nas suas disposições preliminares, nomeadamente no artigo 1º relativo ao âmbito de aplicação, estabelecia-se que o Código regulava as relações jurídicas de trabalho emergentes de qualquer convenção em virtude

⁶ Cf. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 14ª Edição, Almedina, 2009, p. 39.

da qual uma pessoa, mediante remuneração, presta serviços a outra, sob direcção desta, sempre que o devedor do trabalho deva qualificar-se como trabalhador rural.

Não abrangia o serviço doméstico, nem as relações estabelecidas entre o dador do trabalho e as pessoas de sua família, quando estas trabalhassem exclusivamente por conta daquele e vivessem sob o mesmo tecto.

O mesmo código definia também o conceito de empresa e de trabalhador rural. O primeiro compreendia toda a pessoa singular ou colectiva, privada ou pública, por conta de quem se efetua o trabalho. Tinham igual significado as expressões “entidade patronal”, “patrão” “amo”, “empresário” ou “empregador”, quando na lei ou nos contratos sejam usadas para designarem o credor do trabalhador.

Eram considerados trabalhadores rurais, os trabalhadores manuais sem ofício definido, ocupados em actividades ligadas à exploração agrícola da terra e recolha dos produtos ou destinadas a tornar possível ou a assegurar aquela exploração (art. 3º).

Para efeitos de aplicação daquele código, eram equiparados aos trabalhadores rurais, sempre que não houvesse regulamentação específica aplicável, aqueles trabalhadores cujo serviço se reduzia à simples prestação de mão-de-obra, não sendo, pela natureza do serviço, classificados em quaisquer categorias de empregados ou operários especialmente qualificados, embora trabalhassem em actividades diversas⁷.

O artigo 69º do Código estabelecida os seguintes princípios gerais da fixação dos salários:

1) A um trabalho igual deverá sempre ser atribuído salário igual, no mesmo serviço e na mesma empresa, não sendo permitido estabelecer-se diferenças de taxas de salários em atenção ao sexo e à crença do trabalhador, ao grupo tradicional em que esteja enquadrado, à sua filiação profissional ou a factores de natureza étnica;

2) A fixação de salários devia atender às necessidades individuais dos trabalhadores, às suas necessidades familiares essenciais e à elevação do seu nível de vida.

⁷ Cf. JOSÉ DE ALBUQUERQUE SOUSA, *Comentários ao código rural do ultramar*, Coimbra Editora, 1962 págs. 22 a24.

A matéria de remuneração estava incluída no código nos artigos 69º a 88º. Este último artigo tratava da regulamentação complementar atribuída a cada província: “os governos das províncias, ouvidos os serviços de saúde e higiene e a Inspeção do Trabalho, regulamentarão a matéria da presente secção, tendo em consideração as necessidades dos trabalhadores e as condições de vida em cada província e em cada região”⁸.

2. Do período da governação do Estado Indonésio

Com o aparecimento da Lei nº 7-7-1976⁹- ‘que fundamentava a integração de Timor português como vigésima sétima província da Indonésia (“propinsi Timor-Timur”) –passaram a ser aplicadas em Timor as leis de trabalho da Indonésia, nomeadamente a lei sobre o salário mínimo (*Upah Minimum Regional*).

Mesmo que, na prática, aquelas leis não fossem implementadas totalmente em “Timor-Timur”, foram publicados regulamentos que diziam respeito às relações laborais. Na compilação da legislação indonésia, publicada em Jakarta em 2013, estavam inseridos regulamentos sobre direitos dos trabalhadores, correspondentes aos anos em que Timor-Leste era ainda considerada como uma das províncias da Indonésia, designadamente:

- a) A circular do Ministro do Trabalho e Transmigração Republica Indonésia nº: SE-01/MEN/1982, sobre a aplicação do regulamento do Governo nº 8, de 1981, sobre a protecção do salário.

⁸ Cf. JOSÉ DE ALBUQUERQUE SOUSA, *Comentários ao código do ultramar*, op. cit., p. 185 e 198.

⁹ ‘dan sebagaimana telah kita ketahui bahwa pada tanggal 17 Juli 1976, Rancangan Undang-undang tersebutlah disahkan oleh presiden menjadi Undang-Undang No 7 Tahun 1976, tentang pengesahan Penyatuan Timor-Timur kedalam Negara Kesatuan Republik Indonesia dan pembentukan Propinsi Daerah Tingkat I Timor-Timur dan telah diundangkan pada hari itu juga sehingga telah mempunyai kekuatan hukum dan mengikat”. Cf. Drs. Machmuddin Noor e outros “Lahirnya Propinsi Timor-Timur” Edição I publicada por: Badan Penerbit Almanak Republik Indonesia /BP. ALDA, Jl. TAMBAK 12 A Jakarta 1977, p. 18. “É sabido que no dia 17 de Julho de 1976, o esboço desta Lei foi aprovada pela Sua Excelência o presidente, para validar como a Lei nº 7/Ano/ 1976, sobre a legalidade da Integração de Timor-Timur ao Estado Unitário da Republica Indonésia e a formação da província “Tingkat I Timor-Timur” assim foi validado como Lei neste mesmo dia, e possui eficácia jurídica vinculativa” (tradução em versão portuguesa pelo autor).

- b) Regulamento do Ministro do Trabalho da Republica Indonésia, n° PER-03/MEN/1987“UPAH”, relativo aos trabalhadores nos dias de férias oficiais.
- c) Regulamento do Ministro do Trabalho da República indonésia n°: PER-01/MEN/1999, sobre o salário mínimo¹⁰.

3. Do período da governação das Nações Unidas

Tendo em consideração a resolução 1272 do Conselho Segurança das Nações Unidas, de 25 de Outubro de 1999, o Regulamento n° 1999/1 da Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste, de 27 de Novembro de 1999, sobre os Poderes da Administração Transitória das Nações Unidas, assim como o resultado da consulta entre o Governo timorense e as organizações de trabalhadores e de empresários e os contributos da Organização Internacional de Trabalho, foi assinado o Código Laboral da Republica Democrática de Timor-Leste pelo representante das Nações Unidas em Timor-Leste, o Senhor Sérgio Vieira de Melo, no dia 1 de Maio de 2002 (Regulamento UNTAET n°2002/05).

Este regulamento fixava condições mínimas de trabalho, as instituições da administração laboral, os princípios e procedimentos sobre sindicatos e relações laborais, assim como regras substantivas e de procedimento sobre as rescisões dos contratos de trabalho.

O Código Laboral, composto por 47 artigos, dividia-se em quatro capítulos: o Capítulo I continha as Disposições Introdutórias; o Capítulo II era relativo ao Emprego e Administração Laboral; o Capítulo III compreendia as Relações Laborais; o Capítulo IV regulava a Rescisão do Contratos de Trabalho e, finalmente, o Capítulo V regulava a Criação do Conselho para Salário Mínimo¹¹.

¹⁰ Cf. *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Ketenagakerjaan*, Jakarta 2013, (Coletanea de Leis de Trabalho 2013), págs., 331, 339 e 353. A versão portuguesa é traduzida pelo autor.

¹¹ A este Conselho competia fazer recomendações ao Conselho Laboral Nacional sobre a fixação do Salário Mínimo Nacional, do Salário Mínimo Sectorial ou do Salário Mínimo Distrital. O Conselho para Salário Mínimo era composto de sete mem-

O artigo 2º deste código definia o “Salário Mínimo distrital” como sendo aquele abaixo do qual é proibido a um empregador remunerar trabalhadores; dele estava excluído quaisquer subsídios suplementares, benesses e pagamentos, quer em numerário, quer em espécie, que o empregador devesse pagar ao trabalhador em razão do seu emprego. A sua aplicação abrangia um distrito particular de Timor-Leste.

O “Salário Mínimo Nacional” era definido como aquele abaixo do qual era proibido um empregador remunerar trabalhadores; excluía quaisquer subsídios suplementares, benesses e pagamentos, quer em numerário quer em espécie, que o empregador pagasse ao trabalhador em razão do seu emprego. Abrangia os trabalhadores do sector privado em Timor-Leste.

Por sua vez, o “Salário Mínimo Sectorial” consistia no salário abaixo do qual era proibido um empregador remunerar trabalhadores. Excluía quaisquer subsídios suplementares, benesses e pagamentos, quer em numerário quer em espécie, que o empregador devesse pagar ao trabalhador em razão do seu emprego. Abrangia uma determinada área do sector privado.

4. Após o período de transição das Nações Unidas em Timor-Leste

Após o período da transição da UNTAET, o Estado timorense, averiguando a situação global social e económica do país, o aprovou o Código Laboral para Timor-Leste (Lei nº4/2012, de 21 de Fevereiro).

A ideia principal que presidiu à aprovação deste código assentava na visão de evolução económica e social do país na última década e visou criar um instrumento legislativo que respondesse às necessidades atuais do mercado laboral e empresarial em Timor-Leste, permitindo, de forma harmoniosa, o investimento e desenvolvimento das actividades empresariais, e a protecção e desenvolvimento profissional dos trabalhadores.

bro, em regime de tempo parcial. Com base nas recomendações apresentadas pelo Conselho para o Salário Mínimo, o Conselho Laboral Nacional determinava os vários tipos de salários mínimos. Cf. UNTAET/REG/2002/5 Ministério do Trabalho e da Reinserção Comunitária, p. 3 seguintes.

O código está dividido em seis partes, com capítulos e secções. A parte I é relativa às disposições introdutórias e princípios fundamentais; contém dois capítulos, o primeiro sobre o objecto e âmbito da aplicação, o segundo sobre princípios fundamentais do trabalho.

A parte II regula as relações individuais de trabalho.

O capítulo I compreende as regras do contrato de trabalho e suas alterações. O capítulo II, sobre a prestação do trabalho, regula os direitos e deveres das partes, duração do tempo do trabalho, suspensão da prestação do trabalho, segurança higiene e saúde no trabalho. O capítulo III é relativo à remuneração do trabalho, versando o capítulo IV sobre acessação do contrato do trabalho. O capítulo V compreende os regimes especiais de protecção no trabalho, nomeadamente a protecção da maternidade e da paternidade (secção I), o trabalho de menores (secção II), o trabalho de trabalhadores portadores de deficiência ou doença crónica (secção III); a secção IV trata sobre o trabalhador-estudante.

Na parte III regula a relação colectiva de trabalho. O capítulo I trata da liberdade de associação e da liberdade sindical, o capítulo II, sobre o direito de negociação colectiva e o capítulo III sobre direito de greve e o *lock out*. A parte IV é relativa aos conflitos de trabalho e a parte V sobre a fiscalização e o regime sancionatório. A última parte do código regula as disposições finais e transitórias¹².

¹² Cf. *Jornal da Republica*, Serie I, nº 7, de 21 de Fevereiro 2012.

CAPÍTULO II

CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO E FIGURAS AFINS

1. Noção de contrato de trabalho

O contrato de trabalho é um acordo vinculativo donde promanam e em que se encontram prefiguradas as prestações dos contratantes. Assim, recorde-se, qualquer contrato é um negócio jurídico bilateral em que há a manifestação de duas vontades, prosseguindo interesses opostos, mas que se ajustam a uma regulamentação comum e, portanto, a um resultado unitário. Enquanto contrato, só nos interessam para o respectivo objecto as formas de trabalho “voluntárias”, excluindo-se para este efeito as situações de trabalho compelido (trabalho prisional ou trabalho como pena)¹³ ou o trabalho forçado. O art. 9º da Lei Laboral define contrato de trabalho nos seguintes termos:

“1. O contrato de trabalho é o acordo pelo qual uma pessoa singular, o trabalhador, se obriga a prestar a sua actividade a outra pessoa, o empregador, sob a autoridade e direcção deste, mediante o pagamento de remuneração¹⁴;

2. As cláusulas constantes do contrato de trabalho que contrariem disposições imperativas desta lei ou demais legislação aplicáveis são nulas.

3. A invalidade parcial do contrato de trabalho não determina a invalidade de todo o contrato, salvo quando se mostre que o contrato não

¹³ Cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª edição com aditamento de actualização, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, p. 284.

¹⁴ Nos termos art.º 1072º do CCTL, contrato de trabalho é “aquele pelo qual uma pessoa se obriga, medianterretribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”.

teria sido celebrado sem a parte afectada pela invalidade.

4. As cláusulas nulas consideram-se substituídas pelas disposições correspondentes previstas na legislação aplicável”.

De acordo com o n.º 1 deste preceito, verifica-se que para o Direito do Trabalho timorense não releva todo o trabalho humano, mas apenas o trabalho subordinado, ficando por isso de fora do seu âmbito a actividade independente ou exercida por conta própria (comerciante, artesão, advogado médico, etc.). Assim entende-se que a relação de trabalho apenas existe quando alguém (trabalhador), contra o pagamento de uma remuneração, executa as ordens de outrem (entidade patronal) uma actividade, colocando-se sob a sua dependência e direcção.

Assim trata-se da principal obrigação que se investe na entidade patronal através do contrato de trabalho, aparecendo como a contrapartida dos serviços recebidos. António Lemos Monteiro Fernandes abordou a sua ideia geral sobre retribuição¹⁵.

Apesar da natureza específica do direito de trabalho e da limitada autonomia das partes quanto à fixação do respectivo conteúdo (decorrente da intervenção do legislador e outros parceiros sociais), o contrato de trabalho continua a desempenhar um papel relevante, o qual se manifesta a três níveis.

Em primeiro lugar, possui uma função constitutiva, na medida em que é ele que confere a qualidade de trabalhador e determina as pessoas a quem a legislação laboral e os acordos colectivos de trabalho são aplicáveis.

Para além disso, desempenha uma função reguladora das condições de trabalho, ainda que limitada, como se disse; com efeito, é o contrato de trabalho que define condições importantes da relação laboral (por exemplo, a duração do trabalho, o local de trabalho, etc.), como pode es-

¹⁵ Na página 418 do seu *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES realça que a retribuição a que o trabalhador tem direito com base no contrato e nas normas que o regem pode ser encarada de vários pontos de vista, com reflexos jurídicos diferenciados. Desde logo, o salário não é a mesma coisa para o trabalhador e para a entidade patronal: aquele tende a encará-lo como meio de subsistência e a estabelecer uma correlação entre a penosidade do trabalho e o grau de satisfação (ou insatisfação) das suas necessidades pessoais e familiares; para o empregador, ao invés, a retribuição do trabalho aproximar-se-á de um preço que se incorpora nos custos de produção, pelo que irá confrontá-lo com o rendimento obtido e, em geral com a capacidade económica da empresa.

tabelecer condições mais favoráveis para o trabalhador do que as fixadas em lei ou acordo coletivo.

Em terceiro lugar, a existência do contrato de trabalho está associada ao estatuto de liberdade do trabalhador e ao princípio de que o Direito do Trabalho abrange apenas o trabalho livre ou livremente consentido.

Como disse, apesar das especificidades que apresenta, o contrato de trabalho constitui uma relação de troca entre capacidade ou actividade de trabalho e salário, de carácter patrimonial (na medida em que os elementos dessa troca são avaliáveis em dinheiro), através da qual as partes ajustam autonomamente os seus interesses, não obstante os limites a que está sujeita a respectiva liberdade contratual¹⁶.

Aliás, o contrato é uma instituição fundamental das sociedades modernas, um expediente de circulação de bens e de auto composição de interesses, através do qual cada um troca o que tem e de que pode dispor por aquilo de que carece, troca determinada por razões de necessidade ou por razões de mera vantagem real ou hipotética (pelo menos tendencialmente, o que se adquire vale mais, para cada uma das partes, do que aquilo que se aliena).

2. Elementos essenciais do contrato de trabalho

A noção legal do contrato de trabalho contém os elementos essenciais que o identificam e permitem distingui-lo de outros contratos que lhe são próximos, como o contrato de prestação de serviços. São eles: a prestação de trabalho, a retribuição e a subordinação jurídica.

a) Prestação de trabalho

Entende-se que o contrato de trabalho traduz-se na obrigação de o trabalhador exercer uma actividade (obrigação de fazer), mais especificamente, de dispor da sua capacidade de trabalho (das suas energias físicas e psíquicas) ao serviço do empregador. Esta característica faz da prestação laboral uma obrigação com características pessoais, na medida em

¹⁶ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Regime jurídico do contrato de trabalho em Timor-Leste (Employment Contract in East-Timor)*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Centro de Investigação Jurídico-Económica, 2015, pp 29 e 30.

que é apessoa do trabalhador (a sua liberdade e autonomia) que se encontra comprometida na respectiva execução.

Aqui a obrigação do trabalhador consiste exclusivamente na realização de uma atividade e não na realização dos fins visados pelo empregador. Embora este possa esperar que o trabalhador atinja determinado resultado, a obtenção deste não constitui um elemento ou conteúdo da obrigação contratual; ainda que, por qualquer circunstância, não alcance o pretendido pelo empregador, o trabalhador cumpre o contrato e a obrigação laboral que dele emerge desde que execute a atividade a que se vinculou com o zelo e a diligência devidos (cf.o capítulo VI).

b) Retribuição

No contrato de trabalho, a atividade laboral é prestada contra o pagamento de uma retribuição (a qual pode ser em dinheiro ou em espécie, como se verá); entende que esta é o preço que o empregador paga como contrapartida do facto de o trabalhador colocar a sua capacidade de trabalho ao serviço daquele. O trabalho gratuito ou a ajuda voluntária estão,assim, fora do âmbito da relação laboral (e do direito do trabalho).

c) Subordinação jurídica

A característica que na verdade individualiza o contrato de trabalho é a subordinação jurídica, como já se aludiu. Esta consiste no facto de, durante a execução da sua actividade, o trabalhador permanecer sob a autoridade e direcção do empregador e, por isso, estar obrigado a conformar-se com as ordens e instruções que lhe são dadas, sejam directamente por aquele seja por intermédio dos seus superiores hierárquicos.

O conteúdo ou a intensidade deste vínculo de subordinação não são idênticos em todas as relações de trabalho, podendo variar conforme a natureza das funções ou as condições em que estas são prestadas. Com efeito, quanto mais complexas forem as tarefas que o trabalhador desempenha menor será o poder de conformação do empregador; de igual modo, a subordinação será menor se o trabalhador exerce as suas tarefas fora das instalações da empresa ou do local habitual da atividade do empregador (é o caso, por exemplo, dos motoristas).

Ainda que a dependência económica seja o pressuposto social que está na origem da constituição das relações laborais e da intervenção do

Estado neste domínio, o certo é que a LT não elege aquele tipo de dependência como elemento caracterizador do contrato de trabalho, muito embora constitua um critério que tem estado na base da aplicação do direito do trabalho (ou de algumas normas deste, designadamente em matéria de saúde e segurança) a situações em que não se verifica uma subordinação jurídica.

Assim, o vínculo de subordinação jurídica confere ao empregador o poder de dirigir ou conformar a prestação do trabalhador, ou seja, de definir como esta deve ser executada. Neste sentido, refere o artigo 21º, alínea b), da LT que o trabalhador deve "cumprir as ordens e instruções do empregador, ou de seu representante, em tudo o que diz respeito à execução e disciplina no trabalho, salvo se forem contrárias aos seus direitos e garantias".

A subordinação do trabalhador é o reverso da posição de supremacia do empregador; esta manifesta-se no poder de direcção (art. 23º nº 1), no poder disciplinar (art. 23º, nº 2) e no poder regulamentar (art. 21º, alínea g)). Como se disse, é o elemento que verdadeiramente caracteriza o contrato de trabalho e que, em última instância, permite distingui-lo dos outros contratos (nomeadamente dos contratos de prestação de serviço) em que há igualmente lugar ao exercício de uma atividade laboral remunerada, mas em que as partes têm em vista alcançar determinado resultado com esse trabalho e não propriamente o exercício de uma actividade considerada em si mesma. Em relação a este assunto Maria do Rosário Palma Ramalho também realça os elementos essenciais do contrato de trabalho nos seguintes termos:

- Do ponto de vista da qualificação jurídica, retribuição é uma prestação de "dare", já que o seu cumprimento se analisa na entrega de um bem; é uma prestação de conteúdo patrimonial, porque deve ser satisfeita, pelo menos em parte, em dinheiro, e é uma prestação periódica, uma vez que o seu cumprimento se repete ao longo do tempo.
- Do ponto de vista da sua extensão, a prestação retributiva é a compartida da atividade laboral, evidenciando o nexó sinalagmático do contrato de trabalho; este nexó sinalagmático não é perfeito porque a retribuição mantém-se em diversas situações de não prestação efetiva do trabalho. Esta extensão dos deveres pa-

trimoniais do empregador no contrato de trabalho alicerçou a distinção entre remuneração em sentido estrito ou retribuição (contrapartida da actividade laboral) e remuneração em sentido amplo ou, simplesmente, remuneração (outras prestações patrimoniais a cargo empregador).

- Do ponto de vista da subordinação jurídica, põe em evidência a desigualdade que caracteriza o vínculo laboral em razão da sujeição de uma das partes aos poderes laborais de direcção e disciplina que incumbem à outra parte.
- - Embora seja por vezes justificada como consequência do carácter indeterminado da actividade laboral (que exige um poder de concretização), a subordinação tem a ver com a pessoa do trabalhador, uma vez que identifica o seu posicionamento no contrato de trabalho (apenas uma pessoa pode ser subordinada); por este motivo, a subordinação corresponde a um estado de dependência pessoal do trabalhador perante o credor.
- Finalmente do ponto de vista da sua extensão e porque não se justifica apenas na indeterminação relativa da actividade laboral, a subordinação do trabalhador no contrato de trabalho não é apenas o reverso do poder de direcção do empregador mas tem um conteúdo amplo: ela identifica a posição subjectiva de dependência do trabalhador relativamente ao empregador, que se manifesta no seu dever de obediência às instruções e ordens dimanadas do poder directivo (desde que respeitem os seus direitos e garantias), mas também na sua sujeição ao poder disciplinar¹⁷.

3. Características do contrato de trabalho

Enquanto negócio jurídico bilateral, integrado por declarações de vontade de conteúdo oposto, mas convergente, o contrato de trabalho possui as seguintes características:

¹⁷ Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II- *Situações Laborais Individuais*, 2ª edição revista e actualizada, Almedina, Outubro 2008, págs. 25, 26 e 29.

a) Contrato sinalagmático

O contrato de trabalho é de natureza sinalagmática ou bilateral, visto que entre as principais obrigações que dele derivam (trabalho e salário) há uma relação de correspondência ou interdependência, na medida em que cada uma delas constitui a razão de ser ou a causa da outra. Com efeito, à obrigação de o trabalhador prestar uma atividade corresponde, por parte do empregador, a obrigação de pagar a remuneração; inversamente, ao direito de o trabalhador receber a retribuição corresponde o direito do empregador de exigir a execução da atividade de trabalho.

Mesmo assim há situações em que essa correspondência não se verifica e em que se mantém o dever de o empregador pagar a retribuição. É o caso, por exemplo, das férias ou de certas faltas justificadas em que o trabalhador mantém o direito ao salário, mesmo sem ter realizado a prestação correspondente; veja-se os artigos 32º, nº 1 e 33º, nº 4, da LT.

b) Contrato oneroso

O contrato de trabalho é um negócio oneroso, não só porque implica para ambas as partes obrigações (vantagens e sacrifícios) de natureza patrimonial (isto é, avaliáveis em dinheiro), como também porque existe um equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada uma. Neste caso do ponto de vista contratual, existe uma equivalência entre o salário a que o trabalhador tem direito, por um lado, e a prestação de uma atividade (o dispêndio de energias físicas e psíquicas) a que está obrigado perante o empregador, por outro.

Assim a característica de onerosidade afasta a existência de contrato de trabalho quando estamos perante uma relação jurídica em que não está previsto o pagamento de uma retribuição.

c) Contrato duradouro

O contrato de trabalho é de duração indeterminada (art 11º, nº 3, da LT). Este carater manifesta-se no facto de o contrato de duração determinada (ou contrato a termo) ter natureza especial ou excepcional, porquanto a sua celebração apenas pode ter lugar nos casos expressamente previstos na lei (art. 12º da LT).

Importa salientar neste âmbito que o contrato de trabalho também é um negócio oneroso não só porque implica para ambas as partes obri-

gações (vantagens e sacrifícios) de natureza patrimonial (isto é avaliáveis em dinheiro), como porque existe um equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada uma. Assim, do ponto de vista contratual, existe uma equivalência entre o salário a que o trabalhador tem direito, por um lado, e a prestação de uma actividade (o dispêndio de energias físicas e psíquicas) a que está obrigado perante o empregador, por outro.

Esta característica da onerosidade afasta a existência de contrato de trabalho quando estamos perante uma relação jurídica em que não está previsto o pagamento de uma retribuição¹⁸.

d) Contrato de execução sucessiva

O contrato de trabalho é de execução sucessiva, na medida em que o seu cumprimento consiste numa sucessão de actos escalonados no espaço e no tempo; isto significa, por uma parte, que os deveres de retribuir e de trabalhar são determinados em função dos diferentes períodos temporais que lhes servem de referência (a hora, o dia, a semana ou o mês) e, por outro lado, que o cumprimento das obrigações emergentes do contrato de trabalho num determinado período não exonera as partes do dever de cumprirem o contrato nos períodos subsequentes.

A circunstância de o contrato de trabalho ser de execução sucessiva manifesta-se em diversos aspectos do seu regime jurídico, como é o caso da invalidade do contrato e da antiguidade do trabalhador.

e) Contrato *intuitu personae*

Mesmo que seja uma relação de natureza patrimonial, o contrato de trabalho possui uma dimensão de carácter pessoal (*intuitu personae*), porquanto para a sua celebração são tidas em conta as qualidades profissionais e pessoais do trabalhador. É por esta razão que o trabalhador é sempre uma pessoa singular e não uma pessoa colectiva, como pode acontecer com o empregador.

A natureza pessoal do contrato manifesta-se, por exemplo, no facto de o trabalhador não poder fazer-se substituir por outrem no cumprimento dos seus deveres, salvo se houver consentimento do empregador.

¹⁸ Veja a exposição DE FRANCISCO LIBERAL FERNANDES no *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho em Timor-Leste (Employment Contract in East Timor)*, cit., página 41.

f) Contrato de adesão

No contrato de adesão a autonomia contratual do trabalhador é muito limitada no que respeita à fixação do conteúdo do vínculo laboral, na medida em que se resume, na grande maioria das situações, à aceitação das condições que lhe são oferecidas (por exemplo, relativas ao salário, local de trabalho, tarefa a realizar). Por outro lado, as empresas – em geral as de grande e média dimensão – recorrem aos contratos de adesão para recrutarem os seus trabalhadores, conseguido desse modo uma uniformização das condições de trabalho.

Os diferentes procedimentos adoptados para a celebração dos contratos de adesão têm em comum o facto de as condições contratuais serem pré-estabelecidas pelo empregador (seja no regulamento interno da empresa, seja noutro documento) e de o trabalhador se limitar a aderir, de forma expressa ou tácita, sem que, na realidade, tenha havido uma verdadeira negociação do conteúdo contratual¹⁹.

Jorge Leite definiu o contrato de trabalho nas seguintes características jurídicas:

- a) “É considerado um contrato sinalagmático porque dele resultam obrigações para ambas as partes sendo cada uma delas a “causa” da outra. Esta interdependência “correspectividade ou nexa causal” entre as obrigações principais (prestação de trabalho e prestação de retribuição) tende a atenuar-se no contrato de trabalho. Com efeito, são frequentes as situações em que o trabalhador mantém o direito à retribuição apesar de não ter prestado o trabalho. Por outro lado, verificam-se no contrato de trabalho, em razão da sua particular natureza, algumas derrogações das regras comuns dos contratos sinalagmáticos;
- b) É um contrato oneroso porque, do ponto de vista das partes, há entre as obrigações dele emergentes “correspectividade”, equivalência ou equilíbrio. A ficção jurídica em que esta característica se traduziu durante século XIX e boa parte do século XX foi atenuada com a intervenção estadual da fixação de salários mínimos e com a intervenção coletiva da negociação dos salários mínimos de categoria. Esta característica explica, con-

¹⁹ Cf. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho em Timor-Leste*, U. Porto Faculdade de Direito, Universidade do Porto, 201, cit., 5 págs. 37-43.

tudo, que não há contrato de trabalho regulado por este ramo do direito nos casos de trabalho gratuito;

- c) É um contrato de execução sucessiva porque o seu cumprimento se traduz numa sucessão de actos escalonados no tempo. Assim esta característica reflecte-se nalguns aspectos do regime da relação contratual de trabalho: (i) o contrato nulo ou anulado produz os efeitos a que tende durante a sua execução ou, se durante a acção continuar a ser executado, até a data do trânsito em julgado da decisão judicial; ii) a impossibilidade temporária de receber ou de prestar trabalho não determina a extinção do contrato até porque não determina necessariamente a perda do interesse na sua conservação; iii) a duração ou tempo de vigência do contrato tem influênciana situação jurídica do trabalhador através, designadamente, dos efeitos ligados, por lei ou convenção, à sua antiguidade;
- d) É também considerado um contrato *intuitu personae*, na medida em que as qualidades profissionais do trabalhador são, ou podem ser, tidas em consideração. Trata-se de uma característica cujo conteúdo nem sempre se apresenta na doutrina ena jurisprudência suficientemente definido e uniforme, sendo por vezes, invocada em termos que aproximam da fidúcia para justificar diferenças de tratamento discriminatório no acesso ao emprego e no emprego.

Esta característica tem alguma tradução jurídico-positiva: admissibilidade de um período de prova durante o qual o empregador pode despedir o trabalhador por falta de aptidão profissional, intransmissibilidade da obrigação de prestar trabalho por morte do trabalhador, proibição de substituição, salvo por acordo da entidade empregadora.

- e) É também caracterizado como um contrato de adesão. Seguramente que, em termos práticos, o contrato de trabalho da generalidade dos trabalhadores participa desta característica, pelo menos relativamente à maior parte das condições de trabalho. A necessidade económica de concluir o contrato retira ao trabalhador a capacidade de negociação do conteúdo contratual.

A sua liberdade limita-se à liberdade formal de aceitar as condições que a outra parte lhe apresenta como modelo contratual²⁰.

4. Figuras afins ao contrato de trabalho

O confronto com algumas figuras afins permite compreender melhor o contrato de trabalho e enquadrar correctamente as situações de mais controversa qualificação. Assim importa fazer uma breve referência a outros contratos cujo objecto se analisa também numa prestação de actividade remunerada²¹.

Assim, veremos os seguintes:

- 1) O Decreto do Governo nº 6/2015, de 18 de Novembro, fala do Regime Jurídico dos Contratos de Trabalho a Termo Certo na Administração Pública, nomeadamente no artigo 8º estipula a fixação da remuneração dos contratados diz: A fixação da remuneração dos contratados deve respeitar os requisitos do anexo 1 ao presente diploma, que dele faz parte integrante.

Na Tabela 1 do mesmo decreto, Tabela de Intervalo Salarial, fixa os critérios da retribuição: a categoria, o grau de complexidade das tarefas, as qualificações académicas e a experiência profissional.

Na categoria de contratados C3, profissionais especializados, técnicos especializados e técnicos de apoio administrativos com os respectivos montantes em conformidade com o grau de complexidade das tarefas em que estão a desempenhar. O máximo de 6.000 á 8.000 dólares americanos, licenciatura ou pós-graduação e o mínimo de dez anos de experiência como especialista e profissional na área. O mínimo recém graduados em áreas administrativas de suporte, sem experiência profissional de 400 a 1.000 dólares americanos.

- 2) O Decreto-Lei nº 25/2016, de 25 de Junho, que trata de Regime dos Cargos de Direção e Chefia na Administração Pública, nomeadamente no nº 2 do artigo 17º, diz: Os agentes da Adminis-

²⁰ Cf. JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, Serviços de Acção Social da U.C., Serviços de textos 2004 págs.44 a 46.

²¹ Cf. JORGE LEITE, *Direito do Trabalho* vol. II cit., págs. 28, 41 a 44.

tração Pública nomeados para cargos de direção e chefia têm direito aos vencimentos da Tabela II do anexo I, do presente decreto-lei. Tabela de vencimentos dos Agentes da Administração Pública contratados para o exercício de cargos de direção e chefia, Diretor-Geral 1261, Diretor Nacional 955, Diretor Municipal 755, Chefe de Departamento 634 enquanto Chefe de Secção 424.

- 3) O diploma Ministerial nº 12/GM/VI/2011, de 22 de Junho, sobre o Estabelecimento da Equipa Estabilizada e Técnica Superior do Ministério da Agricultura e Pescas, nomeadamente o artigo 3º, estipula a remuneração nos seguintes termos: a) O Coordenador da EETS é habilitado a receber o salário mensal de acordo com o nível salarial estipulado pelo Governo, acrescido por um subsídio mensal do Ministério da Agricultura e Pescas, resultando desta forma um salário cumulativo equiparado ao do Director-Geral do Ministério. b) Os membros da EETS de nível superior, destacados no edifício central do Ministério da Agricultura e Pescas ou nos distritos, habilitam-se a receber os seus salários mensais de acordo com o nível salarial estipulado pelo Governo, acrescido por um subsídio mensal do Ministério da Agricultura e Pescas, tornando-se equiparados ao salário mensal dos Directores Nacionais. c) Os membros da EETS de nível médio, destacados no edifício central do Ministério da Agricultura e Pescas ou nos distritos, habilitam-se a receber os seus salários mensais de acordo com o nível salarial estipulado pelo Governo, acrescidos por um subsídio mensal do Ministério da Agricultura e Pescas, tornando-se equiparados ao salário dos Directores Distritais. d) Os membros da EETS são habilitados a receber o mesmo custo diário estipulado pelo Governo para efetuar as despesas das viagens locais ou internacionais.
- 4) O contrato de agência. Distingue-se do contrato de agência, porquanto se trata de um contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição (Decreto-Lei nº 12/2012, de 29-2). Este decreto, nomeadamente no seu artigo 15º que trata de retribuição, consagra que, na ausência de convenção das partes, a retribuição do agente é calculada segundo os usos ou, na falta destes, de acordo com a equidade.

CAPÍTULO III

REMUNERAÇÃO DO TRABALHO

1. Definição da remuneração

A remuneração é o valor a que o trabalhador tem direito como contrapartida da prestação do seu trabalho, isto é, a contraprestação devida pelo empregador (art. 9º, n.º 1, daLT) ou pela pessoa que beneficia de uma prestação de serviço em regime de trabalho autónomo (art. 1074º do CCTL)²². Tem também o mesmo sentido que retribuição ou salário.

A utilização de cada um destes termos depende da prática legislativa, dos usos e do contexto em que são referidos. A expressão “retribuição” decorre do quadro normativo do direito do trabalho e das normas reguladoras da prestação de serviços (trabalho independente), enquanto o termo “salário”, que diz fundamentalmente respeito aos trabalhadores por conta de outrem²³.

Nas leis timorenses, aquela contrapartida, vista como um elemento essencial do contrato de trabalho, não é sempre denominada da mesma forma. Assim, na CRDTL, na Lei Laboral ou na Lei do Fundo Petrolífero é designada *remuneração*, no CCTL *retribuição* (art. 1072º), enquanto no regime da Função Pública e no regime da Carreira Docente Universitária de Timor Leste utilizam-se, respectivamente, as designações *salário* ou *vencimento*.

Sendo a *remuneração*, a *retribuição*, o *salário* ou o *vencimento* são as designações mais correntes ou mais utilizadas, ainda assim existem outras

²² O art.º 1074º do CCTL define contrato de prestação de serviço como sendo “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”.

²³ Cf. ILÍDIO DAS NEVES, *Dicionário técnico-jurídico de protecção social*, Coimbra Editora 2001, p. 627.

expressões sinónimas para traduzir também este direito aos trabalhadores, tais como, *ordenados, honorários, gratificações, comissões* ou *ganhos*.

De acordo com a LT, entende-se por *remuneração*, “a contrapartida a que o trabalhador tem direito, nos termos do contrato de trabalho, do acordo colectivo ou dos usos, pela prestação do trabalho, incluindo o salário base e outras prestações de carácter regular e periódico feitas em dinheiro ou espécie” (art.º 5º, al. r), da LT).

Não obstante o artigo acima referido alude-se à possibilidade de a remuneração ser em espécie; o carácter taxativo do artigo 40º, nº 1, da mesma lei leva-nos a concluir que o legislador pretendeu excluir aquele tipo de remuneração. Assim Francisco Liberal Fernandes na sua nota “80” da página 140 do *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho em Timor-Leste* diz: “Nos casos em que é admitido o pagamento do salário em especie (por exemplo, o fornecimento de alojamento, transporte, água, electrecidade, telefone ou vestuário), impõe-se que tais prestações devam destinar-se á satisfação de necessidades pessoais do trabalhador ou da sua família e, além disso, que o valor que lhes seja atribuído pelas partes não pode ser superior ao valor corrente na região; para além disso, é usual estabelecer que o valor das prestações em especie não possa ultrapassar aquele que é pago em dinheiro, o que significa que o trabalhador tem a garantia de que, pelo menos, receberá em dinheiro metade da retribuição global convencionada”.

Da leitura do preceito retiram-se os três elementos constitutivos do conceito de remuneração:

a) É “toda e qualquer prestação avaliável em dinheiro, qualquer que seja a sua designação ou forma de cálculo”;

b) É uma prestação devida “em função da prestação do trabalho”, isto é, a contrapartida da prestação laboral;

c) É “fixada nos termos do contrato de trabalho, do acordo colectivo ou dos usos, ainda pode incluir o regulamento ou norma legal mesmo que este não esteja observado neste preceito”, e como tal, é insusceptível de uma alteração unilateral.

2. Modalidades da remuneração

A remuneração pode ser *fixa* ou *variável* (art. 39, n° 1, da LT), e ainda pode ser *mista*, modalidade que não está prevista na legislação timorense.

A remuneração diz-se *fixa* quando o seu valor é certo e definido no contrato de trabalho e é pago periodicamente ao trabalhador pela prestação de trabalho (art. 39°, n° 2, da LT). É calculada em função do tempo de trabalho, no sentido de que corresponde a um certo período de tempo (hora, dia, semana, quinzena ou mês).

A remuneração diz-se *variável* quando é determinada com base no desempenho ou produtividade do trabalhador (art. 39°, n° 3, da LT), ou seja, em função do resultado ou rendimento do trabalhador; assim, v.g., por cada peça ou unidade efectivamente produzida ou por cada tarefa executada, bem como por percentagem ou comissão sobre o montante de transacções, vendas ou volume de negócios.

Não obstante este preceito admitir a possibilidade de uma retribuição totalmente variável (v.g., participação apenas nos lucros da empresa), importa ter presente, em cada caso, se a actividade exercida pelo trabalhador está ou não abrangida por norma legal ou por algum instrumento de regulamentação colectiva que fixe salários mínimos, porquanto, nesta ultima hipótese, é inaplicável o contratualmente estipulado até à concorrência do salário mínimo²⁴.

A remuneração diz-se *mista* quando é constituída por uma parte fixa e por outra parte variável. É o que sucede quando o trabalhador auferir um valor certo, previamente acordado, a que acresce um valor variável (v.g. por cada peça produzida, por cada tarefa executada).

A legislação laboral timorense consagrou ainda alguns valores auferidos pelos trabalhadores, que não são considerados parte da remuneração. São os casos previstos no art. 39°, n° 4, da LT:

a) Os valores pagos a título de ajuda de custo, incluindo transporte, alimentação, alojamento ou os valores pagos em razão de transferência

²⁴ Cf. ABÍLIO NETO, *Contrato de Trabalho, Notas Práticas*, 7ª edição actualizada, Livraria Petrony, Lisboa, 1980, p. 237.

do trabalhador para outro local de trabalho;

b) As gratificações ou participação em lucros concedidas em razão do desempenho económico da empresa ou estabelecimento;

c) Os valores pagos pela prestação de trabalho extraordinário;

d) Outros benefícios extraordinários concedidos pelo empregador.

A remuneração pode ainda ser em dinheiro ou em espécie (art. 5º, alínea r), da LT). Sendo em espécie, as prestações atribuídas devem destinar-se “à satisfação de necessidades pessoais do trabalhador ou da sua família e para nenhum efeito poderá ser-lhes atribuído valor superior ao corrente na região”, ou seja aquela que tem por objecto prestações não pecuniárias, que tem obrigatoriamente que possuir valor económico²⁵. Remuneração em dinheiro constituído por aquele tem por objecto uma prestação pecuniária²⁶, mesmo assim, permite que, em regra, pelo menos metade da retribuição deve ter satisfeita em dinheiro, de modo a assegurar ao trabalhador uma quantia de que pode dispor livremente na satisfação das necessidades.

3. Princípios fundamentais relativos à remuneração

Ao falarmos da remuneração devemos pensar, em primeiro lugar, na dignidade da pessoa humana, o que significa neste caso que estamos a tratar da dignidade dos trabalhadores no âmbito do Direito de trabalho, dignidade cuja realização constitui continuamente uma fonte de preocupação, designadamente pelas instâncias internacionais, como a OIT. No seu art. 38º, a Lei do Trabalho de Timor-Leste contém alguns princípios gerais relativos à retribuição, os quais iremos analisar em seguida.

3.1. Princípio da remuneração justa e suficiente

O princípio da suficiência salarial significa que o legislador deve ga-

²⁵ Cf. LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, pág.345.

²⁶ Cf. LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op.cit., pág.345.

rantir um nível retributivo mínimo a todos os trabalhadores subordinados. De acordo com este princípio, o salário deve ser adequado à atividade prestada e ser de molde a garantir condições de vida minimamente dignas, devendo o seu montante ser fixado em termos que permitam ao trabalhador (e à sua família) satisfazer um nível de necessidades superior às estritamente indispensáveis para sobreviver (o mínimo vital).

Este princípio significa que a ordem jurídica considera a retribuição o meio de subsistência essencial da maioria dos trabalhadores e das suas famílias — ideia que, por sua vez, entronca no princípio cristão do salário justo ou condigno²⁷. Por outro lado, é com base neste princípio que a doutrina põe em destaque a função alimentar do salário e o seu carácter irrenunciável.

Neste sentido, consagra-se a obrigação de o Estado definir o salário mínimo e de os acordos colectivos fixarem a retribuição mínima por sector profissional, conforme o respectivo âmbito de aplicação (art. 38º, nº 2, da LT). De acordo com o disposto no artigo 100º, alínea c), da LT, compete ao Conselho Nacional do Trabalho propor o salário mínimo nacional.

3.2. Princípio da certeza da retribuição

O princípio de que a retribuição deve ser certa está expressamente consagrado no nº 2 do artigo 39º da LT; assim entende-se por remuneração fixa o valor certo e definido no contrato de trabalho a ser pago periodicamente ao trabalhador pela prestação do trabalho.

3.3. Princípio da irredutibilidade da retribuição

Tendo em conta que a retribuição não raras vezes está relacionada com o sustento do trabalhador e da sua família, o legislador instituiu certas garantias que visam a tutela de um efectivo pagamento da remuneração.

Neste sentido, o art 22º, al. c), da LT que respeita às garantias do trabalhador, determina que, sem prejuízo de outras garantias previstas

²⁷ Veja-se MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, op. cit. p. 571

na lei, no acordo coletivo ou no contrato de trabalho, é proibido ao empregador diminuir a remuneração, salvo nos casos previstos na lei ou no acordo coletivo. Consagra assim o princípio da irredutibilidade da retribuição que consiste na garantia de que, exceptuados os casos previstos na lei (p. ex., a mudança de categoria profissional), a retribuição não pode ser reduzida unilateralmente pelo empregador, nem mesmo pelo acordo das partes. Aquele artigo está assim formulado:

“1. O trabalhador deve autorizar por escrito quaisquer descontos ou retenções que incidam sobre a remuneração;

2. Sem prejuízo do previsto no número anterior, o empregador está autorizado a efectuar descontos ou retenções para o Sistema de Segurança Social, bem como noutros casos determinados por lei ou por decisão judicial;

3. Os descontos efectuados não podem exceder, por mês, 30 por cento do valor total da remuneração recebida pelo trabalhador;

4. O empregador deve indicar no recibo da remuneração todos os descontos e retenções efectuados”.

Além disso, no art. 38º, n.º 3, proíbe-se que, a nível do contrato de trabalho ou de qualquer outro tipo de acordo, possa ser convencionada a redução do salário para níveis inferiores ao valor fixado na lei ou no acordo coletivo; tais cláusulas ou actos do empregador são nulos.

A irredutibilidade salarial não impede, porém, a diminuição ou a extinção de certas prestações retributivas complementares, como, por exemplo, a compensação por trabalho nocturno, que deixará de ser devida se o trabalhador passar a exercer a tarefa de dia, ou o subsídio de alojamento que não mais será pago se o empregador passar a fornecer a casa ou colocar o trabalhador em novo local, onde já não se justifique aquele subsídio.

Por outra parte, a irredutibilidade salarial também não impede que, perante a redução da actividade, haja uma inerente diminuição salarial. Assim, se o trabalhador trabalhava oito horas por dia e, por mútuo acordo, passou a exercer a actividade em tempo parcial, de quatro horas por dia, a retribuição poderá ser reduzida na mesma proporção.

A irredutibilidade não se opõe igualmente a que se façam ajustamentos salariais compensatórios, isto é, que deixem de ser pagos complementos salariais, aumentando, na respectiva proporção, a remunera-

ção de base. A retribuição poderá ainda ser reduzida por força da lei, por exemplo, no caso de a empresa em situação económica difícil. Por último, a redução salarial determinada por acordo das partes está na dependência de uma prévia autorização de organismo governamental²⁸.

3.4. Princípio de garantia do pagamento de um rendimento mínimo

O princípio da garantia de um rendimento mínimo significa que, em cada unidade de medida da retribuição, deve ser garantido ao trabalhador o recebimento de um rendimento mínimo; esta garantia passa pela limitação dos descontos, pela proibição da compensação os créditos salariais com dívidas do trabalhador para com o empregador ou pela proibição de renúncia ao direito à remuneração.

3.5. Princípio da igualdade de tratamento retributivo

O princípio de igualdade de tratamento retributivo significa que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, ou preferências pessoais (art. 6º, nº 2, da LT), têm direito à retribuição pelo trabalho prestado, de acordo com a sua quantidade, natureza e qualidade, devendo observar-se o princípio de, para trabalho igual ou de mesmo valor, salário igual (art. 38º, nº 1, da LT)²⁹.

Assim nada obsta a que se estabeleçam diferenças salariais em função da categoria e, dentro da mesma categoria, podem distinguir-se trabalhadores a quem são conferidos determinados subsídios, prémios ou outros complementos salariais. Neste caso, não viola o princípio da igualdade a empresa que remunere diferentemente trabalhadores da

²⁸ Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, volume II, *Contrato de Trabalho*, 1º Tomo 3ª edição, Lisboa 1999, págs. 368, 369 e 370.

²⁹ Cf. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES *op. cit.*, págs. 135–137; ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação conexa Anotados*, Ediforum Edições Jurídicas, Lisboa, 2003, p. 179.

mesma categoria, atendendo a antiguidade ou produtividade, e mesmo às habilitações e experiência.

Assim, os trabalhadores da mesma categoria deverão receber a idêntica retribuição base, mas poderão auferir diferentes complementos salariais, entre os quais, se destacam os subsídios de antiguidade e de produtividade³⁰.

3.6. Princípio da protecção dos créditos das remunerações

O art. 43º da LT trata da protecção da remuneração. Dispõe o seguinte:

“a) Salvo nos casos expressamente previstos na lei, o empregador não pode, através da remuneração, compensar créditos que tenha sobre o trabalhador.

b) O pagamento dos créditos emergentes da remuneração do trabalhador já vencida e respectivos juros de mora ou de indemnizações decorrentes da cessação do contrato de trabalho gozam de preferência, mesmo em relação aos créditos do Estado, em caso de declaração de falência ou de liquidação da empresa ou do estabelecimento”.

A respeito desta matéria, o código civil timorense consagra a prescrição de dois anos sobre os créditos pelos serviços prestados no exercício de profissões liberais e pelo reembolso das despesas correspondentes (art. 308º, alínea c)).

4. Determinação quantitativa da remuneração

Ao falarmos da remuneração deveremos, em primeiro lugar, dar atenção aos princípios gerais estabelecido pela LT, nomeadamente no seu artigo 38º:

“1. Todo o trabalhador, sem qualquer distinção tem direito a receber uma remuneração justa, que tenha em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, observando-se o princípio de que para trabalho igual ou de mesmo valor é devido um salário igual.

³⁰ Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, págs. 364 e 365.

2. A remuneração do trabalhador não pode ser inferior ao valor mínimo definido por lei ou acordo colectivo da categoria.

3. É nula de pleno direito qualquer cláusula do contrato de trabalho pela qual o trabalhador renuncie ao direito à remuneração ou que condicione o seu pagamento a acontecimento ou realização de um facto incerto”.

Quanto ao cálculo da remuneração vigora, como se viu, o princípio de que o valor da retribuição será determinado tendo em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio da igualdade retributiva³¹.

Uma vez que constitui um elemento essencial do contrato de trabalho, a retribuição é, em regra, fixada pelas partes, ou directamente no contrato ou por remissão para o instrumento de regulamentação colectiva do trabalho aplicável. Mas quando assim não suceda, pode o valor da retribuição ser fixado judicialmente.

Sempre que a retribuição horária constitua a base de cálculo para determinar o montante de certas remunerações, como, por exemplo, a retribuição a tempo parcial (art. 41º n.º 2, da LT) ou os descontos relativamente às faltas que implicam perda de retribuição, torna-se indispensável conhecer o valor correspondente a cada hora de trabalho. Para tal dever-se-á recorrer-se à seguinte fórmula:

RH (retribuição horária) = $(Rm \times 12 \text{ meses}) : (52 \text{ semanas} \times n)$.

Por Rm entende-se o valor da retribuição mensal e por n o período normal de trabalho semanal.

Assim, por exemplo, no caso de o trabalhador auferir uma retribuição mensal de 100USD e ter um horário semanal de 44 horas, o desconto correspondente a cinco horas de ausência injustificada será determinado do seguinte modo:

- $(100 \times 12) : (52 \times 44) = 0,25 \text{ USD/hora}$
- $0,25 \times 5 = 2,60 \text{ USD}$ ³².

Desta fórmula deduz-se que os tempos de descanso semanal não são tidos em conta para a fixação do valor da retribuição horária, ao contrário do que sucede com os feriados.

³¹ Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 594; ABÍLIO NETO, op. cit. Lisboa, 2003, p. 179.

³² Cf. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Regime Jurídico* cit., p. 141.

O cálculo da retribuição horária tem importância para determinação da remuneração concreta em diversas situações: assim, a determinação do valor dos acréscimos remuneratórios por isenção de horário de trabalho, por trabalho nocturno e por trabalho suplementar (e restantes prestações remuneratórios complementares), e bem assim dos descontos a fazer na retribuição, em razão de atrasos, de faltas injustificadas ou de faltas que, apesar de justificadas, impliquem a perda de retribuição.

5. Forma, lugar, tempo e documento do pagamento da remuneração

O art. 40º da LT dispõe o seguinte:

“1. A remuneração é paga em dinheiro, devendo o pagamento ser feito em moeda com curso legal no país, através de cheque ou mediante transferência bancária.

2. O pagamento da remuneração deve ser feito em dia de trabalho e no local onde o trabalhador exerça as suas actividades, podendo, excepcionalmente, ser acordado outro local se for mais favorável ao trabalhador.

3. A remuneração deve ser paga directamente ao trabalhador e em períodos certos, não podendo exceder um mês o intervalo entre cada pagamento.

4. No acto do pagamento da remuneração, o empregador entrega ao trabalhador um documento-recibo do qual consta o período a que respeita a remuneração, o montante bruto e o montante líquido recebido, os descontos e retenções efectuados e todas as prestações adicionais.

5. A remuneração deve ser paga ao trabalhador na data do vencimento ou, caso este seja sábado, domingo ou feriado, no dia útil imediatamente anterior”.

5.1. Forma de pagamento

A retribuição deve ser paga total ou parcialmente, em dinheiro, não podendo a parte não pecuniária (ou em espécie) ser superior a metade do total. Admite-se também do cumprimento da obrigação retributiva mediante cheque ou transferência bancária.

5.2. Lugar do pagamento da remuneração

Quanto ao lugar do cumprimento, a regra concernente às obrigações pecuniárias é, como se sabe, a do domicílio do credor; no entanto, trata-se de uma regra supletiva, já que tem prevalência o acordo das partes.

Relativamente à retribuição devida por contrato de trabalho, é outra a regra aplicável no silêncio das partes: o seu pagamento deve fazer-se no local de trabalho, ou seja, no estabelecimento ou outro lugar em que o trabalhador presta normalmente o seu serviço. Nada impede, por acordo expresso ou por regra constante do regulamento interno (devidamente aprovado), que outro local seja estabelecido, desde que mais favorável para o trabalhador (art.40º, n.º 2, *in fine*, da LT). Se for esta última a fórmula adoptada (por exemplo, se o trabalhador, ocupado num estabelecimento, tiver que deslocar-se à sede da empresa para receber o salário), o empregador deve então facilitar ao trabalhador a sua deslocação para o recebimento desta remuneração, sendo que o tempo gasto pelo trabalhador para receber a remuneração deve ser considerado, para todos os efeitos, como tempo de trabalho — sendo remunerado como normal ou suplementar conforme os casos — e que as despesas que eventualmente resultem com essas deslocações são da exclusiva responsabilidade do empregador.

Embora a LT não o diga expressamente, de forma a assegurar que a retribuição seja destinada à satisfação das necessidades de subsistência do trabalhador e sua família (carácter alimentar da retribuição), é necessário que haja um instrumento legal que proíba o pagamento da retribuição ‘em estabelecimento de venda de bebidas alcoólicas ou em casa de jogo’, com a óbvia excepção dos trabalhadores que aí prestem serviço³³.

5.3. Pagamento da remuneração

Como vimos, a retribuição tem em vista uma determinada prestação

³³ Cf. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 11ª edição, Almedina, Dezembro 1999, págs. 459a461.

realizada num certo tempo, o tempo de trabalho. O tempo desempenha aqui não só a função de unidade de medida, ainda como critério de vencimento: a retribuição vence-se em períodos certos, conforme o estipulado pelas partes, como, a hora, o dia, a semana a quinzena ou o mês³⁴.

De acordo com o art. 40º da LT, a remuneração deve ser paga directamente ao trabalhador e em períodos certos, não podendo exceder um mês o intervalo entre cada pagamento (nº 3) e deve ser feito em dia de trabalho (nº 2, 1ª parte). Pode ainda ser fixada ao dia, à semana, à quinzena ou ao mês, desde que se observe o disposto nº 5, nos termos do qual “a remuneração deve ser paga ao trabalhador na data do vencimento ou, caso este seja sábado, domingo ou feriado, no dia útil imediatamente anterior”.

Entende-se por *vencimento*, o momento a partir do qual a remuneração se torna exigível; assim, uma vez vencida a remuneração, deve ser paga em dia de prestação de trabalho e durante o período de trabalho ou no dia útil imediatamente anterior a esse período.

Tratando-se de trabalhadores que auferam uma remuneração variável, determinada com base no seu desempenho ou produtividade, a LT também não se refere ao pagamento posterior ao momento do seu vencimento. Quer isto dizer, que este tipo de remuneração também deve ser paga em dia de prestação de trabalho e durante o período de trabalho ou no dia útil imediatamente anterior a esse período.

5.4. Documento do pagamento da remuneração

Por fim, no acto do pagamento da remuneração, exige a lei que o empregador entregue ao trabalhador um *documento-recibo* do qual consta o período a que respeita a remuneração, o montante bruto e o montante líquido recebido, os descontos e retenções efectuados e todas as prestações adicionais (art. 40º, nº 4, da LT).

A finalidade de tal documento é, pois, de permitir ao trabalhador conhecer e certificar-se dos diversos elementos que foram tidos em conta no

³⁴ Cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso do Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 399 e 400.

apuramento da sua remuneração, bem como de controlar o valor de todos os descontos e deduções que a sua remuneração sofreu. Como se prevê no n.º 4 do art.º 42º da LT, “o empregador deve indicarno recibo da remuneração todos os descontos e retenção efectuados”.

6. Remuneração e organização do tempo de trabalho

6.1. *Período normal de trabalho*

Cabe às partes definir o período normal de trabalho, se bem que, em princípio, esse período não poderá exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana (art. 25º da LT).

Trata-se de um modelo algo rígido, pouco sensível às flutuações produtivas sentidas pelas empresas nos nossos dias, visto que, se a empresa necessita de maior volume de trabalho durante um certo período, então teria de contratar mais trabalhadores ou, em alternativa, recorrer ao trabalho suplementar, sempre com os custos inerentes.

Assim, na era da nova economia globalizada, altamente competitiva e muito instável, reclama-se a adopção de modelos mais flexíveis de gestão do tempo de trabalho que permitam uma resposta pronta (e, claro, menos onerosa) das empresas aos distintos ciclos produtivos que enfrentam. Daí a emergência da figura da adaptabilidade do tempo de trabalho, mecanismo elástico através do qual o período normal de trabalho é definido em termos médios, com base num período de referência alargado (isto é, não semanal). O trabalhador poderá prestar, p. ex., 50 horas de trabalho em algumas semanas, compensadas com a prestação de 38 horas de trabalho em outras semanas, assim se respeitando, em média e no período de referência em causa, o limite das 44 horas semanais, e ao mesmo tempo modular a utilização da força de trabalho na empresa em função dos respectivos ciclos produtivos³⁵.

No art. 25º, o código do trabalho timorense define a duração do tempo de trabalho nos seguintes termos: “o período normal de trabalho não pode ultrapassar 8 horas por dia, nem 44 horas por semana” (nº 1).

³⁵ Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 2ª edição, WoltersKluwer Portugal, Coimbra Editora, págs. 273e 274.

“Após um período de 5 horas de trabalho ininterrupto, o trabalhador tem direito a um intervalo, para descanso, de, pelo menos, 1 hora” (nº 2).

A duração do trabalho a que a lei se refere não tem propriamente a ver com a posição ativa do trabalhador, como antes com a sua disponibilidade pessoal, ou seja, o período durante o qual o trabalhador não tem liberdade de dispor do seu tempo e dos seus movimentos.

Assim, o período normal de trabalho acima definido, isto é, “o número de horas de trabalho que o trabalhador se obrigou a prestar” representa “a dimensão, a medida quantitativa das obrigações do trabalhador”, ou seja, “o *quantum* da prestação prometida”, na medida em que a prestação de trabalho se concretiza e torna efectiva no tempo³⁶.

Fixando a LT o limite máximo admissível do período normal de trabalho, nada impede que aquele seja reduzido pela contratação colectiva ou pelo empregador. Contudo, da redução feita pela empresa dos limites máximos dos períodos normais de trabalho não pode resultar prejuízo para o trabalhador.

A remuneração que é garantida ao trabalhador não é o valor/hora do seu trabalho, mas a remuneração global convencionada. Assim é que, em caso de reconhecida situação de crise económica, a diminuição dos períodos de laboração de uma empresa que tenha como consequência a baixa de salários globais está submetida a um regime de permissão excepcional³⁷.

No âmbito da suspensão da prestação do trabalho, a lei laboral timorense nomeadamente no artigo 33º, alínea 4, determina que “o trabalhador pode igualmente faltar justificadamente ao trabalho por motivo de doença ou acidente, mediante a apresentação de atestado médico, até 12 dias por ano, dos quais 6 são remunerados por inteiro e os 6 dias restantes remunerados a 50 por cento do valor da remuneração diária”.

6.2. Horas extraordinárias

Considera-se trabalho extraordinário aquele que é prestado *fora* do

³⁶ Cf. ABÍLIO NETO, *Contrato de Trabalho, Notas Práticas*, 6ª edição actualizada, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, págs. 132 a 133.

³⁷ Cf. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Comentário às leis da duração do trabalho e do trabalho suplementar*, *op.cit.*, p. 54.

período normal³⁸. A lei de trabalho timorense estabelece que o trabalho realizado em horas extraordinárias é remunerado com um acréscimo de 50 por cento sobre a remuneração horaria normal (art. 27º, nº 1). O trabalho realizado em dia de descanso semanal ou em dia de feriado obrigatório é remunerado com um acréscimo de 100 por cento. (art. 27º, nº 2).

A duração de trabalho prestado em dia de descanso semanal ou em dia de feriado obrigatório não pode ultrapassar 8 horas por dia (art. 27º, nº 3). Cada trabalhador não pode prestar mais do que 4 horas de trabalho extraordinário por dia ou 16 horas por semana (art. 27º, nº 4). Excecionalmente os limites previstos nos números 3 e 4, o trabalho prestado em casos de força maior ou que sejam indispensáveis para prevenir ou reparar prejuízos graves para a empresa ou para a sua viabilidade (art. 27º, nº 5).

O empregador deve possuir um registo, em relação de cada trabalhador, do qual consta o início e o termo horas extraordinárias de trabalho (art. 27º, nº 6).

6.3. Trabalho nocturno

O trabalho nocturno é o prestado no período que decorre entre as vinte e uma horas de um dia e as sete horas do dia seguinte' (art. 28º, nº 1, da LT).

É retribuído com a remuneração horária normal acrescida de 25 por cento (art. 28º, nº 1, da LT).

6.4. Trabalho por turnos

O trabalho por turnos consiste no «modo de organização do trabalho em equipa em que os trabalhadores ocupam sucessivamente os mesmos postos de trabalho, em períodos de trabalho diferentes» (art. 5º, alínea *m*), da LT). Assim, nas empresas de laboração contínua e bem assim nos estabelecimentos cujo período de funcionamento ultrapasse os limite smáxi-

³⁸ Cf. JORGE LEITE, *Direito do Trabalho, Notas Sumárias*, RED, AD PERPETUAM REI MEMORIAM, 2016, p.133.

mos do período normal de trabalho devem ser organizados turnos de pessoal diferente (art. 29º, n.º 1). A duração de cada turno não pode ser superior ao limite dos períodos normais de trabalho (art. 29º, n.º 2).

Apesar de o trabalho em regime de turnos rotativos ser especialmente desgastante para quem a presta, a LT não reconhece o direito a qualquer retribuição especial (o chamado «subsídio de turno»); porém, isso não impede que o mesmo seja previsto no acordo colectivo ou no contrato de trabalho.

7. Remuneração na suspensão da prestação de trabalho

Depois de termos tratado da remuneração a propósito da organização do tempo de trabalho vamos agora analisar a remuneração nas situações que a LT qualifica como suspensão da prestação de trabalho. Trata-se daqueles casos em que se mantém o direito à retribuição, muito embora a esse direito não corresponda uma obrigação efectiva de trabalhar.

O artigo 33º, n.º 4, determina que “o trabalhador pode igualmente faltar justificadamente ao trabalho por motivo de doença ou acidente, mediante a apresentação de atestado médico, até 12 dias por ano, dos quais 6 são remunerados por inteiro e os seis dias restantes remunerados a 50 por cento do valor da remuneração diária”.

7.1. Feriados obrigatórios

Os feriados são os dias em que, pelo seu especial significado (no plano político, histórico, religioso etc.), se comemoraram determinados acontecimentos com projecção nacional (ou, em certos casos, local). Assim “nos dias considerados como feriado obrigatório, têm de encerrar ou suspender a laboração todas as actividades que não sejam permitidas aos domingos”. Daí que, um tanto reflexamente, os respectivos trabalhadores se fiquem exonerados do dever de prestar trabalho, mas “o trabalhador tem direito à retribuição correspondente a feriado, sem que o

empregador a possa compensar com trabalho suplementar”³⁹.

Nos termos do art. 31º da LT “são considerados feriadados obrigatórios os estabelecidos na lei” (nº 1). “A não prestação de trabalho nos dias de feriado obrigatório não determina a perda de remuneração ou de quaisquer outros direitos do trabalhador” (nº 2).

7.2. Férias

As férias analisam-se, por um lado, num tempo de recuperação de energias e, por outro, num tempo autodisponibilidade do trabalhador-pessoa-cidadão⁴⁰. Assim o fundamento do direito a férias não se reduz ao direito ao repouso⁴¹.

O direito a férias periódicas pagas é um direito de todos os trabalhadores, como consagra a Constituição da República Democrática de Timor-Leste no nº 2 do artigo 50º: “todo o trabalhador tem direito à segurança e higiene no trabalho, à remuneração, ao descanso e às férias”.

No caso dos contratos de duração determinada, o trabalhador tem direito a um dia de retribuição por cada mês de trabalho (ou de duração do contrato); neste caso, o pagamento das férias deverá verificar-se no momento da caducidade do contrato⁴².

O art. 32º da LT consagra que o trabalhador tem direito a férias remuneradas por cada ano de trabalho prestado (nº 1). O período de férias não pode ser inferior a 12 dias úteis (nº2). Nos casos de cessação do contrato de trabalho antes de completado o ciclo de 1 ano de trabalho, o trabalhador tem direito a férias proporcionais à razão de 1 dia por cada mês trabalhado (nº 3). O período de gozo de férias dever ser marcado por acordo entre o trabalhador e o empregador, cabendo ao empregador, na falta de acordo, defini-lo (nº 4). Se o empregador, culposamente, impedir o gozo das férias, dentro dos 12 meses subsequentes à data em que o trabalhador tenha adquirido o direito, o trabalhador tem o direito

³⁹ Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, 2ª edição, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁰ Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, 2ª edição, *op. cit.*, p. 285.

⁴¹ Cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, vol. I, *Relações Individuais de Trabalho*, CoimbraEditora, 2007, p. 707.

⁴² Cf. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Regime Jurídico* *cit.*, pág. 118.

a uma compensação correspondente ao dobro da remuneração dos dias de férias não gozados (nº 6).

As férias são um período de interrupção do trabalho durante o qual o trabalhador mantém o direito à retribuição (artigo 32º, no. 1); esta deverá ser paga antes do início do respectivo gozo e não propriamente quando se vence o direito, já que nem sempre haverá coincidência entre os dois momentos (aliás, a situação mais frequente). O seu montante deve corresponder à retribuição que o trabalhador receberia se esteve efectivamente a trabalhar.

7.3. *Faltas*

A prestação de trabalho, para além de poder ser interrompida durante os mencionados descansos diários, semanais, feriados e férias, também se suspende em caso de faltas, embora estas não visem, directamente, o repouso do trabalhador⁴³.

No art. 5º, alínea j), da LT define falta ao trabalho a não comparência ao trabalho numa altura em que, de acordo com o horário determinado ou o planeamento de serviços ou actividades, os trabalhadores deveriam prestar trabalho, independentemente do motivo que a possa justificar.

Assim, não se consideram como faltas ao trabalho as ausências nos dias de descanso semanal, nos feriados, e nas férias, ou seja, nos dias em que o trabalhador não esteja obrigado a prestar trabalho⁴⁴. Segundo o art. 33º, nº 1, da LT, as faltas podem ser justificadas ou injustificadas.

7.3.1. Faltas justificadas

O trabalhador pode faltar justificadamente 3 dias por ano em caso de casamento, morte de membros da família e eventos comunitários e religiosos (art. 33º, nº 1. da LT). Pode ainda faltar justificadamente ao trabalho por motivo de doença ou acidente, mediante a apresentação de atestado médico, até 12 dias por ano, dos quais 6 são remunerados por inteiro e os 6 dias restantes remunerados a 50 por cento do valor da re-

⁴³ Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 562.

⁴⁴ Cf. ARMANDO ANTUNES CURADO, *Manual Prático do Direito do Trabalho*, 2ª edição revista actualizada e aumentada, QuidJuris, Lisboa 2002, p. 64.

muneração diária (art. 33º, nº2).

O empregador pode exigir que o trabalhador faça prova dos factos alegados para a justificação da falta (art. 33º, nº 7). As faltas justificadas devem ser comunicadas antecipadamente ou logo que possível ao empregador (art. 33º, nº 2).

As faltas, sendo justificadas, não determinam uma perda de direitos por parte do trabalhador, seja a antiguidade, a remuneração ou de quaisquer outros direitos. Assim, não têm efeitos sobre o direito a férias do trabalhador.

7.3.2. Faltas injustificadas

As faltas injustificadas, que se determinam por exclusão de partes (art. 33º, nºs 3 e 4, daLT), constituem violação do dever de assiduidade. Determinam a perda da remuneração correspondente ao período em falta e o desconto na antiguidade do trabalhador; constitui também uma infracção disciplinar grave se se protelar por três dias consecutivos ou seis interpolados no período de um ano, podendo ser fundamento para rescisão do contrato de trabalho, nos termos do artigo 50º, nº 3, alínea b) (art. 33º, nº 5).

7.4. Faltas para assistência a filhos

O artigo 64º da lei laboral confere aos trabalhadores com filhos menores de 10 anos o direito a faltar ao trabalho, até ao limite máximo de 5 dias por ano, para prestar assistência, inadiável e imprescindível, em caso de doença ou acidente daquele, devendo apresentar justificação. O direito a faltar atribuído no número anterior determina apenas a perda de remuneração relativa aos dias em causa.

8. Licenças e Dispensas

8.1. Licença por maternidade

Como define no artigo 59º da lei laboral timorense, a trabalhadora tem direito a uma licença remunerada por maternidade pelo período mínimo de 12 semanas, sendo que 10 semanas devem, necessariamente, ser gozadas após o parto, sem perda da remuneração e direitos de antiguidade. O período de licença de maternidade não afeta o vencimento e a duração do período de férias.

Sem prejuízo da licença por maternidade prevista no nº 1 daquele artigo, a trabalhadora goza do direito a licença anterior ao parto nas situações de risco clínico para a trabalhadora ou nascituro, impeditivo do exercício de funções, pelo período de tempo necessário para prevenir o risco, fixado por prescrição médica (art. 59º, nº 3, da LT). Em caso de interrupção da gravidez a trabalhadora tem direito a uma licença com a duração de 4 semanas (art. 59º, nº 4, da LT).

8.2. Protecção contra o despedimento

O art 65º da mesma lei determina que, finda a licença por maternidade, a trabalhadora tem o direito a ser readmitida no seu posto de trabalho ou num posto de trabalho equivalente, com a mesma remuneração (nº 1). É proibido o despedimento da trabalhadora por motivo de gravidez, amamentação ou aleitação (nº 2). Cabe ao empregador que despedir a trabalhadora grávida, a amamentar ou a aleitar, provar que o despedimento não teve como fundamento estes factos (nº 3).

8.3. Licença por paternidade

O artigo 60º, nº 1, da LT confere ao trabalhador o direito a uma licença remunerada de 5 dias úteis por paternidade, a seguir ao nascimento

do seu filho, sem perda do direito de antiguidade. O período de licença de paternidade não afeta o vencimento e a duração do período de férias (nº 2). Em caso de nascimento do filho seguido da morte do cônjuge ou pessoa com quem viva em união de facto, no momento ou até duas semanas após o parto, o trabalhador tem direito a licença prevista no nº 1 do art. 59º, sem perda da remuneração e direito de antiguidade (nº 3).

8.4. Dispensa para consulta médica

O art. 62º da LT confere à trabalhadora grávida o direito a ausentar-se do trabalho, sem perda de remuneração ou de quaisquer direitos, para efectuar exames médicos, pelo tempo e número de vezes necessários, mediante apresentação ao empregador da correspondente justificação.

8.5. Dispensa para amamentação

A trabalhadora tem direito a dispensa de trabalho para amamentar ou aleitar o filho até este perfazer seis meses de idade, sem perda de remuneração ou de quaisquer direitos (art.62º, nº 2). Para o efeito do disposto no número anterior, a trabalhadora tem direito a dois períodos diários, com a duração de uma hora cada (art. 62º, nº 3).

9. Remuneração por motivo de cessação do contrato de trabalho

O contrato de trabalho cessa quando, por qualquer causa juridicamente relevante, deixa de produzir efeitos; isto é, quando se extingue o vínculo contratual que liga o trabalhador e a entidade patronal. Daí que seja comum usarem-se como sinónimos daquela, as expressões *ruptura*, *extinção* ou *dissolução* do vínculo jurídico-laboral⁴⁵.

Relativamente à proibição do despedimento sem justa causa, a LT prevê no seu artigo 45º que:

⁴⁵ JORGE LEITE, *Direito do Trabalho Notas Sumárias*, op. cit., p. 167.

“1. É proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos, religiosos ou ideológicos, bem como com base nos motivos elencados no número 2 do artigo 6º.

2. Não é também, considerada como justa causa para o despedimento:

a) Ser membro de um sindicato ou participar em actividades sindicais fora do horário normal de trabalho, ou, com o consentimento do empregador, dentro do horário do trabalho;

b) Participar na eleição, ou por exercer, ou ter exercido, cargo em sindicatos;

c) Ter assinado reclamação ou ter participado em processo contra o empregador em que envolva violação da lei ou regulamentos ou por recorrer às autoridades competentes;

d) Idade, salvo nos termos da lei e das regras da Segurança Social sobre a reforma;

e) Gravidez ou ausência durante a licença de maternidade, nos termos do artigo 59º;

f) Ausência temporária por motivo de doença ou acidente, nos termos do número 4 do artigo 33º;

g) Ausência por motivo de cumprimento do serviço militar ou outra obrigação civil.

3. O despedimento nos termos do presente artigo é nulo, conferindo ao trabalhador o direito a ser indemnizado nos termos do disposto artigo 55º”.

Podemos ver que o artigo 45º da lei laboral timorense partilha do espírito da Declaração dos Direitos do Homem, cujo artigo 23º determina:

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, e a protecção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência con-

forme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social.

4. Toda a pessoa tem direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa dos seus direitos⁴⁶.

9.1. Formas de cessação do contrato de trabalho

As formas de cessação do contrato de trabalho vêm enunciadas no artigo 46º. São as seguintes:

- a) Acordo entre as partes;
- b) Caducidade;
- c) Rescisão por iniciativa do trabalhador;
- d) Rescisão por iniciativa do empregador com fundamento em justa causa;
- e) Rescisão por razões de mercado, tecnológicas ou estruturais relativas à empresa ou estabelecimento.

a) Mútuo acordo

Prevê-se expressamente no artigo 48º da Lei do Trabalho Timorense a cessação do contrato de trabalho por acordo das partes: “O empregador e o trabalhador podem fazer cessar o contrato de trabalho por acordo, o qual deve ser celebrado por escrito e assinado por ambos, mencionando os termos em que se dá a cessação, a data da celebração do acordo, o início da produção dos efeitos, bem como, se couber, a compensação a receber pelo trabalhador”.

b) Caducidade

A cessação do trabalho por caducidade está prevista no art. 47º da Lei do Trabalho. Assim, o contrato de trabalho caduca:

- b.1. Com a verificação do prazo do contrato de trabalho por tempo determinado;
- b.2. Verificando-se impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva do trabalhador prestar o trabalho ou do empregador de o receber,

⁴⁶ AMADEU GUERRA, *Leis do Trabalho*, vol. I, 2ª ed. Janeiro 2000, p. 29.

tais como, morte do trabalhador ou morte do empregador que acarrete o encerramento das actividades da empresa ou encerramento total e definitivo da por outros motivos, neste caso, sem prejuízo do estabelecido nos artigos 18º e 52º;

b.3. Com a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez.

b.4. O contrato de trabalho por tempo determinado caduca quando decorrido o prazo nele estipulado, excepto se as partes acordarem a sua renovação.

c) Rescisão por iniciativa do trabalhador

Quanto à rescisão por iniciativa do trabalhador, a lei do trabalho timorense (artigo 49º) expressa-se nos seguintes termos:

“1) Ocorrendo justa causa, o trabalhador pode fazer cessar imediatamente o contrato de trabalho.

2) A comunicação de rescisão deve ser feita por escrito e apresentar os factos que a justificam, dentro dos quinze dias seguintes ao acontecimento desses factos.

3) Constitui justa causa de rescisão do contrato pelo trabalhador:

3.1. Violação culposa dos direitos e garantias do trabalhador estabelecidas na lei, no contrato de trabalho ou no acordo colectivo;

3.2. Falta de pagamento pontual da remuneração;

3.3. Ofensas à integridade física ou moral, liberdade honra ou dignidade do

trabalhador, praticadas pelo empregador ou por seu representante;

3.4. Necessidade de cumprimento de obrigações legais incompatíveis com a execução do contrato de trabalho;

3.5. Alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício legítimo de poderes do empregador, quando ultrapassado um período de 3 meses.

4) A rescisão com base nos fundamentos previstos nas alíneas a) e c) do número anterior confere ao trabalhador o direito a uma indemnização sem prejuízo da instauração do devido processo legal para apurar as responsabilidades civil e criminal do empregador ou seu representante.

5) A indemnização referida no número anterior é calculada nos termos do disposto no artigo 55º, tendo o trabalhador direito ao dobro dos

valores indicados naquele artigo.

6) O empregador pode impugnar em tribunal a rescisão por iniciativa do trabalhador, no prazo de sessenta dias a contar da sua notificação, sem prejuízo do recurso aos serviços de mediação e conciliação nos termos do artigo 97º.

7) Se o tribunal declarar improcedente a justa causa invocada pelo trabalhador, o empregador tem direito a ser indemnizado pelo prejuízo causado.

8) O trabalhador pode, ainda, cessar o contrato de trabalho, independentemente de justa causa, mediante comunicação escrita enviada ao empregador com a antecedência mínima de 30 dias.

9) A falta de cumprimento total ou parcial do aviso prévio estabelecido no número anterior determina o pagamento de uma indemnização pelo trabalhador ao empregador de valor igual à remuneração correspondente aos dias não cumpridos”.

d) Rescisão por iniciativa do empregador com fundamento em justa causa

A rescisão por iniciativa do empregador com fundamento em justa causa deve preencher as regras fixadas no artigo 50º, nºs 1 a 4, da Lei do Trabalho timorense.

10. Remuneração por Cessação do Contrato de Trabalho

10.1. Indemnização

No caso de o despedimento efectuado pelo empregador seja declarado nulo pelo tribunal competente, o trabalhador tem direito à reintegração e indemnização nos termos seguintes:

1. “ Caso a decisão da rescisão do contrato de Trabalho com fundamento em justa causa ou com fundamento em motivos de mercado, tecnológicos ou estruturais, seja declarada ilícita, o trabalhador tem direito a ser reintegrado no seu posto de trabalho e a receber as remunerações devidas desde a data da rescisão do contrato até a data da reintegração.

2. O período que decorrer entre a data da rescisão do contrato e a reintegração do trabalhador conta para efeitos da antiguidade deste.

3. Sem prejuízo do disposto no número 1, se o trabalhador declarar

expressamente que não pretende a reintegração ou se o tribunal considerar, a requerimento fundamentado do empregador, que a reintegração é prejudicial para o funcionamento da empresa, o trabalhador tem direito ao pagamento da seguinte indenização:

- a) Metade de 1 mês de salário no caso em que a duração do contrato de trabalho tenha sido superior a 1 mês mas inferior a 6 meses;
- b) 1 mês de salário no caso em que a duração do contrato de trabalho tenha sido superior a 6 meses mas inferior a 1 ano;
- c) 2 meses de salário no caso em que a duração do contrato tenha sido superior a 1 ano mas inferior a 2 anos;
- d) 3 meses de salário no caso em que a duração do contrato tenha sido superior a 2 anos mas inferior a 3 anos;
- e) 4 meses de salário no caso em que a duração do contrato tenha sido superior a 3 anos mas inferior a 4 anos;
- f) 5 meses de salário no caso em que a duração do contrato de trabalho tenha sido superior a 4 anos mas inferior a 5 anos;
- g) 6 meses de salário no caso em que a duração do contrato tenha sido superior a 5anos”.

10.2. Compensação

Por sua vez, o artigo 56º da lei do Trabalho confere ao trabalhador uma compensação por tempo de serviço: “Independentemente do motivo de cessação do contrato de trabalho, o trabalhador tem direito a uma compensação por tempo de serviço no valor correspondente a 1mês de salário por cada período de 5 anos de trabalho ao serviço do empregador”.

CAPÍTULO IV

ANÁLISE SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS TRABALHADORES
DO SETOR PRIVADO EM TIMOR-LESTE

Como é sabido, a remuneração é um direito fundamental dos trabalhadores. Assim, a relação laboral não pode ser nem deve ser apreendida como uma relação jurídica simples ou singular, mas antes, como uma “relação obrigacional complexa”, constituída por toda uma série de direitos e deveres conexionsados pela circunstância de promanarem do mesmo facto jurídico, o contrato de trabalho celebrado entre as partes⁴⁷.

Esta relação jurídica revela também traços essenciais que explicam, de forma evidente, a existência e a necessidade de um poder de direcção. É habitual, neste sentido, começar por referir que a relação laboral se configura como uma relação contínua ao longo do tempo, aliás, o próprio contrato de trabalho é caracterizado juridicamente, entre outros aspectos, por ser um contrato duradouro, de execução continuada, uma verdadeira “vocação para perdurar”⁴⁸.

O direito à retribuição está patente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 23º, relativo ao direito ao trabalho e ao salário, e liberdade sindical, afirma que: 1) Toda a pessoa humana tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, e a protecção contra o desemprego. 2) Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3) Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de

⁴⁷ Cf. JOÃO LEAL AMADO, *A Protecção do Salário*, Coimbra 1993, p. 3.

⁴⁸ Cf. RUI ASSIS, *O poder de Direcção, do Empregador, Configuração geral e Problemas actuais*, Coimbra Editora, págs. 31 e 32.

protecção social⁴⁹.

Essa ideia fundamental também assenta na constituição da República Democrática de Timor-Leste, cujo artigo 1º diz: “A República Democrática de Timor-Leste é um Estado de Direito democrático, soberano e unitário, baseado na vontade popular, e no respeito pela dignidade da pessoa humana”. Daqui decorre que os trabalhadores têm direito a ser tratados sem discriminação e sempre pelo respeito na sua dignidade como pessoa humana.

Como é sabido, estes princípios já constavam no regulamento UNTAET de 1 de Maio de 2002, que definia ao salário mínimo distrital como o salário abaixo do qual era proibido um empregador remunerar trabalhadores, com exclusão de quaisquer subsídios suplementares, benefícios e pagamentos, quer em numerário quer em espécie.

Realça o nº 1, do art. 2º da Lei Laboral timorense o seguinte: “A presente lei é aplicável no território nacional, aos trabalhadores e empregadores e respectivas organizações de todos os sectores de actividade”. Este artigo engloba todos os municípios de Timor-Leste e incluindo a Região Especial ou seja a Zona de Economia Exclusiva do Mercado Social (ZEEMS-TL).

Determina o art. da LT (art. 38º) que “todo o trabalhador, sem qualquer distinção, tem direito a receber uma remuneração justa, que tenha em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, observando-se o princípio de que para trabalho igual ou de mesmo valor é devido um salário igual”.

Este direito concretiza-se no recebimento pontual de uma remuneração justa e adequada ao trabalho exercido e que deve ser calculada em função da quantidade de trabalho, atendendo a sua duração e à sua intensidade, da sua natureza, ou seja, tendo em atenção a sua dificuldade, a sua intensidade e/ou a sua perigosidade, e da qualidade de trabalho prestado, atendendo às exigências específicas requeridas. Significa, ainda, que se consagra o princípio da igualdade retributiva, garantindo-se assim que a trabalho igual ou do mesmo valor, considerando a quantidade, qualidade e natureza, deve corresponder salário igual, visando-se eliminar qualquer discriminação, nomeadamente em função do sexo.

⁴⁹ Cf. AMADEU GUERRA, *Leis do Trabalho*, vol. I 2ª ed. Janeiro 2000, VISLIS Editores, pág. 29.

A remuneração é um direito fundamental do trabalhador e o dever principal do empregador, na medida em que o contrato de trabalho é um contrato necessariamente oneroso e sinalagmático, sendo a remuneração a contrapartida da actividade exercida pelo trabalhador ou, tão-só, da sua disponibilidade⁵⁰.

A referida igualdade manifesta-se igualmente no seguinte princípio: “Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser, directa ou indirectamente, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de cor, rasa, estado civil, sexo, nacionalidade, ascendência ou origem étnica, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião ou condição física ou mental, idade e estado de saúde” (art. 6º, nº 2, da LT).

Em conformidade com esta perspectiva, a lei laboral timorense prevê para a forma e requisitos de um contrato de trabalho aos trabalhadores do sector privado no seu artigo 10º nos seguintes termos:

- 1) O contrato de trabalho deve ser celebrado por escrito, numa das línguas oficiais e assinado por ambas as partes, devendo conter, no mínimo, as seguintes cláusulas:
 - a) A identificação do empregador e do trabalhador;
 - b) O cargo e a actividade a serem desempenhados pelo trabalhador;
 - c) O local de Trabalho;
 - d) O horário normal de trabalho e os períodos de descanso;
 - e) O valor, forma e periodicidade da remuneração;
 - f) A categoria profissional do trabalhador;
 - g) A data da celebração do contrato e a data de início de execução, caso esta seja diferente;
 - h) A duração do período probatório;
 - i) A duração do contrato e respectiva justificação, caso se trate de contrato de trabalho por tempo determinado;
 - j) O acordo colectivo de trabalho aplicável caso exista.

⁵⁰ Cf. A constituição anotada da RDTL, Empresa Diário do Minho, 2011, pág. 187.

- 2) Sem prejuízo do disposto no número 1, a falta de forma não afecta a validade do contrato de trabalho nem os direitos e deveres do trabalhador e do empregador, designadamente os previstos nos artigos que, já referimos anteriormente, presumindo-se que a sua falta é imputável ao empregador o qual fica automaticamente sujeito a todas as suas consequências legais.
- 3) Nada sendo dito quanto à data de início de execução do contrato, presume-se que o contrato de trabalho vigora desde a data da sua celebração.

Quanto à prestação de serviço, a LT (capítulo II) acentua que os empregadores e os trabalhadores devem respeitar e fazer respeitar as leis e os acordos colectivos e que lhes sejam aplicáveis e colaborar para a obtenção de níveis elevados de produtividade da empresa e na promoção humana e social do trabalhador. A parte que culposamente, desrespeitar os deveres é responsável pelo prejuízo que causar à outra.

Podemos ver que a lei laboral timorense expressa uma chamada de atenção aos empregadores e aos trabalhadores que respeitem as leis e os acordos colectivos para o bem de ambas as partes. Assim, a entidade patronal e os trabalhadores são mútuos colaboradores no sentido de que ambas as partes se cooperem e as suas actuações deverão tender para a obtenção da maior produtividade por uma parte, mas também para a promoção humana e social do trabalhador⁵¹.

Ora, relativamente a este assunto, João Leal Amado afirma que o significado essencial do *favor laboratoris*, enquanto princípio norteador da aplicação das normas se desdobra analiticamente nas seguintes preposições nucleares:

- a) O direito do Trabalho consiste num ordenamento de carácter protector e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado;
- b) Esta função tutelar do Direito do Trabalho é cumprida através de normas que, em regra, possuem uma natureza relativamente impe-

⁵¹ Cf. ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação Conexa Anotados*, Ediforum Edições Jurídicas Lda. 2003pág. 88.

rativa (normas imperativas mínimas ou semi-imperativas, normas de ordem pública social);

- c) Daqui decorre que, no tocante às relações entre a lei e a convenção colectiva, o princípio da prevalência hierárquica da lei deve articular-se com o princípio do *favor laboratoris*; assim e em princípio, o regime convencional poderá afastar-se do regime legal, desde que a alteração se processe *in melius* e não em *pejus*;
- d) O *favor laboratoris* perfila-se, pois, como uma técnica de resolução de conflitos entre lei e convenção colectiva, pressupondo que, em princípio, as normas juslaborais possuem um carácter relativamente imperativo, isto é, participam de uma imperatividade mínima ou de uma “inderrogabilidade unidireccional”;
- e) Trata-se, afinal, de duas faces da mesma moeda: *favor laboratoris* e imperativida demínima das normas juslaborais. Como escreve MERCADER UGUINA, “o critério defavor relaciona-se no ordenamento laboral com o hierárquico, do qual representa uma modalização, no sentido de que a fonte de intensidade mais forte prevalece sobre a mais débil apenas em ordem à garantia das condições mínimas. Acima do mínimo, impõe-se a norma inferior que preveja condições mais favoráveis para os trabalhadores. A regra de ordenação hierárquica das fontes do Direito do Trabalho assume, assim, um valor relativo: frente ao *critério de favor*, a norma de regulação superior comporta-se como norma dispositiva e, portanto, cede ante a norma de regulação superior quando esta assegura a garantia das condições mínimas”⁵².

Nesta perspectiva, Francisco Liberal Fernandes⁵³, diz que a relação de trabalho é um vínculo complexo, na medida em que é constituído por um vasto conjunto de posições jurídicas, em regra divergentes como é típico de qualquer contrato.

Este conteúdo pode dividir-se em dois grandes grupos: um diz respeito aos deveres e aos direitos principais— para o trabalhador, o dever de prestar trabalho, para a entidade patronal, a obrigação de pagar a re-

⁵² Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 2ª edição WoltersKluwer, Coimbra Editora, Janeiro 2010, págs.41 e 42.

⁵³ Cf. *Regime Jurídico do Contrato* op. cit., pág. 73 e s.

tribuição —, o outro grupo compreende os direitos e deveres laterais ou secundários.

Como já vimos anteriormente, o trabalhador é a pessoa singular (física ou jurídica) que, mediante retribuição, exerce uma actividade para outra pessoa (física ou jurídica), sob a sua direcção e autoridade.

Para além daquilo que temos falado acima, também a Lei Laboral timorense não apenas prevê os deveres dos empregadores mas também aos trabalhadores os deveres de:

- a) Comparecerem ao trabalho com pontualidade e assiduidade e prestar o trabalho com zelo e diligência;
- b) Cumprir as ordens e instruções do empregador, ou de seu representante, em tudo o que diz respeito a execução e disciplina no trabalho, salvo se forem contrárias aos seus direitos e deveres;
- c) Participar nas acções de formações profissionais que lhe sejam proporcionadas pelo empregador, salvo se existir motivo relevante impeditivo;
- d) Guardar lealdade ao empregador, não negociando por conta própria ou alheia, em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios;
- e) Zelar pela conservação e boa utilização dos instrumentos de trabalho que lhe forem confiados pelo empregador;
- f) Promover e executar todos os atos tendentes a melhorar a actividade da empresa;
- g) Cooperar com a melhoria do sistema de segurança, higiene e saúde no trabalho implementado pela empresa e respeitar as prescrições estabelecidas na lei ou no acordo colectivo, e as ordens do empregador nesta matéria;
- h) Tratar o empregador, os superiores hierárquicos e os companheiros de trabalho com respeito, não atentando contra sua honra, bom nome, imagem pública, vida privada e dignidade.

Ao longo desta dissertação temos já falado nos aspectos da remun-

neração que a lei laboral timorense define para ser aplicada aos trabalhadores e aos empregadores do sector privado em Timor-Leste.

Falando da remuneração, em primeiro lugar, devemos pensar o trabalhador como pessoa com dignidade humana. Sobre esta perspectiva, o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais nomeadamente no artigo 7º sobre (Remuneração, Higiene e Segurança, Repouso, Férias e Feriados) diz: “Os Estados Partes no Presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas, de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis que assegurem em especial:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual para um de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;
 - ii) Uma existência decorre para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b) Condições de trabalho seguras e higiénicas;
- c) Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;
- d) Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias feriados públicos”.

Em relação a este assunto podemos ver que Timor-Leste também aderiu ao que poderemos classificar como um direito internacional de trabalho. Assim de acordo com o artigo 9º número 2 da constituição, dever-se-á entender que, em termos de hierarquia normativa, as convenções internacionais ratificadas pelo Estado timorense estão situadas num plano infraconstitucional, mas supra-legislativo. Ou seja, uma vez entradas no direito nacional, as normas internacionais não só tornam inválidas as leis internas que se lhe oponham, como impedem o legislador de fixar posteriormente disciplina que se oponha ao disposto no direito internacional recebido.

Também podemos ver na constituição timorense normas relativas

ao direito do trabalho principalmente que tange do direito de igualdade entre homens e mulheres no artigo 17º, ou seja, o princípio segundo o qual, a nível das condições de trabalho (incluindo quanto a oportunidades de emprego), são proibidas as diferenciações de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras, assim por exemplo, homens e mulheres devem receber o mesmo salário no caso de prestarem um trabalho igual (definido pela quantidade, qualidade e intensidade)⁵⁴.

Aliás, a retribuição pode ser analisada do ponto de vista económico, social e jurídico. Do ponto de vista económico tem-se sublinhado a influência dos salários nos custos de produção, nos preços dos bens e na taxa do lucro, ao mesmo tempo que se salienta a importância da massa distribuída na procura de bens e, portanto, no estímulo à produção.

Assim leva-nos a pensar o que é economicamente afinal o salário? O salário diz-se, é o preço da mercadoria força de trabalho, sujeito, como o de qualquer outra mercadoria, à lei da oferta e da procura.

A força de trabalho em si tem uma qualidade que nenhuma outra mercadoria possui: Só ela é capaz de criar um valor superior ao seu próprio valor, sendo uma *fonte da mais-valia*. O salário paga a força de trabalho e não o trabalho produzido. O excedente é apropriado por quem for dono dos meios de produção.

Assim a importância da política salarial na perspectiva de Jorge Leite está bem patente em certas medidas legislativas a que pode, dizer-se, nenhum governo é alheio. Porque através delas se procede, frequentemente, à redistribuição do rendimento pelos factores capital e trabalho. As medidas incentivadoras da elevação dos salários reais traduzem-se num maior poder de compra das classes trabalhadoras e constituem um estímulo à produção. Mas também podem constituir, se não forem acompanhadas de medidas controladoras dos preços, num factor de inflação. Ao contrário, as medidas proibitivas ou desincentivadoras da elevação dos salários, como o congelamento da contratação colectiva ou a fixação de nenhum limite máximo do aumento da massa salarial, diminuem o poder de compra e desincentivam a produção.

- a) *Ora do ponto de vista social* salienta-se o carácter alimentar do salário. Este constitui o principal, ou mesmo exclusivo, rendimento dos

⁵⁴ V. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Regime Jurídico* cit., pág. 24 e 25.

trabalhadores. Neste sentido, o salário não confunde com o direito à vida, traduz-se numa das suas mais significativas expressões, podendo dizer-se que constitui uma necessidade vital do trabalhador e respectiva família. Por outro lado, o trabalhador, ao colocar a sua força de trabalho, ao serviço de outrem, empenha a sua própria pessoa e deve receber, em troca, um salário suficiente a uma subsistência humanamente digna.

Assim o carácter social do salário reflecte-se, igualmente, em algumas medidas legislativas tendentes a garantir um mínimo de subsistência digna independentemente do serviço prestado. São os exemplos patentemente disto: a) a fixação de um salário mínimonacional, b) a impenhorabilidade de 2/3 do salário (art.º 823º do Cód. Proc. Civil); c) a insusceptibilidade de cessação de créditos ao salário (art. 43º da LT); d) o privilégio creditório de que goza o crédito ao salário (art.º 671º, nº 1, alínea d), do Cód. Civil); e) a manutenção do direito ao direito ou a sua substituição por um sucedâneo desse rendimento (por exemplo o subsídio de desemprego, o subsídio de previdência, etc.), quando o trabalhador não possa exercer a sua actividade profissional, etc.

- b) Enquanto *do ponto de vista jurídico*, o salário é entendido como o preço que o empregador paga ao trabalhador como contrapartida do trabalho fornecido. Assim, entende que há uma interdependência entre o salário e a prestação efectiva de trabalho, de sentido idêntico à que se verifica entre as obrigações de um contrato sinalagmático. Esta concepção jurídica do salário, que durante largas dezenas de anos, é tributária das concepções civilísticas sofre no Direito do Trabalho vários desvios⁵⁵.

Podemos sintetizar que as três perspectivas que acabamos de ver acima tanto do ponto de vista económica, social, assim como também do ponto de vista jurídica, destacam a importância da dignidade da pessoa do trabalhador em relação à retribuição, a qual é vista não apenas como o preço do seu trabalho, mas como algo que permita satisfazer as necessidades de subsistência e dos seus familiares, de modo a poder ser

⁵⁵ Sobre a retribuição do ponto de vista económico, social e jurídico, cf. JORGE LEITE, *Direito do Trabalho Notas Sumarias*, cit. 2016, p. 117 a 120.

tratado de form adigna na sociedade onde ele esteja inserido.

Neste sentido, Maria do Rosário Palma apresenta alguns elementos que são pertinentes quando se fala da dignidade do trabalhador como pessoa humana, aliás incluídos nos princípios gerais dos Direitos do Homem e na própria constituição da RD'TL. Assim, à retribuição estão ligados os seguintes elementos fundamentais:

- a) *A retribuição constitui um direito do trabalhador* (o que decorre da própria delimitação do contrato de trabalho, pelo facto de ser um contrato necessariamente oneroso); por consequência, o pagamento da retribuição *corresponde a um dever do empregador*, ponto que deve ser salientado porque determina a exclusão do conceito de retribuição de outras prestações feitas pelo empregador *com animus donandi*.
- b) *A retribuição é um direito que decorre do próprio contrato*: este elemento do conceito de retribuição explica que o seu valor seja fixado por acordo das partes, podendo este acordo resultar directamente do contrato de trabalho ou de remissão para o instrumento de regulamentação colectiva do trabalho aplicável ou para os usos, mas dentro dos limites legais (assim se deve entender a remissão da lei, neste contexto, para as normas que regem o contrato).
- c) *A retribuição é a contrapartida da actividade laboral*: o que evidencia o carácter sinalagmático do contrato do trabalho, nos termos do brocardo germânico tradicional *kein Arbeit kein Lohn*, (Sem trabalho não há Salário); este elemento essencial do conceito de retribuição exclui do seu âmbito outras prestações patrimoniais do empregador, que não decorram do trabalho prestado, mas prossigam outros objectivos como, por exemplo compensação pelos riscos especiais da actividade ou pelas despesas do trabalhador. Contudo, o conceito de contrapartida para este efeito, deve aplicar-se de uma forma criteriosa, *sendo de reportar à disponibilidade do trabalhador* para o desenvolvimento da actividade laboral e não à realização efectiva desta actividade ou, muito menos, à obtenção dos resultados para que esta tende: é que, no caso do contrato de trabalho, o risco corre por conta do empregador, pelo que, se estes resultados não forem atingidos, ou mesmo se o trabalhador, por qualquer razão, permanecer inactivo no local de trabalho, não se encontrando o contrato suspenso, a retribuição continua a ser devida.

- d) *A retribuição é regular e periódica*: embora possa variar, quanto à unidade de tempo considerada, a periodicidade é um elemento essencial do conceito de retribuição, o que permite dele afastar as prestações patrimoniais feitas pelo empregador ao trabalhador a título ocasional (por exemplo, um prémio de desempenho). A periodicidade é justificada pelo facto de, frequentemente, a retribuição a principal ou a única fonte de rendimento do trabalhador, tornando-se assim difícil protelar excessivamente no tempo a sua percepção.
- e) *A retribuição é prestação patrimonial*, no sentido em que é avaliável em dinheiro; este elemento essencial não obsta a que a retribuição tenha uma componente pecuniária e uma componente em espécie⁵⁶.

Nos termos ao art. 39º, nº 4, da LI, não são consideradas remuneração: a) os valores pagos a título de ajudas de custo, incluindo transporte; alimentação, alojamento ou os valores pagos em razão de transferência do trabalhador para outro local de trabalho; b) As ratificações ou participação em lucros concedidas em razão do desempenho económico da empresa ou estabelecimento; c) Os valores pagos pela prestação de trabalho extraordinário; d) Outros benefícios extraordinários concedidos pelo empregador.

Como medidas de protecção do salário, o legislador timorense proíbe que, através da remuneração, o empregador compense créditos que tenha sobre o trabalhador (art. 43º, nº 1); por outro lado, o pagamento dos créditos emergentes da remuneração do trabalhador já vencida e respectivos juros de mora ou de indemnização decorrentes da cessação do contrato de trabalho goza de preferência, mesmo em relação aos créditos do Estado, em caso de declaração de falência ou de liquidação da empresa ou do estabelecimento.

Para além da protecção remuneratória, a lei timorense confere aos trabalhadores o subsídio anual (art. 44º):

1. O trabalhador tem direito a um subsídio anual de valor não inferior a um salário mensal, que deve ser pago pelo empregador até ao dia 20 de Dezembro de cada ano civil.
2. O cálculo do subsídio anual é proporcional aos meses do trabalho prestado em cada ano civil.

⁵⁶ Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho Parte II, Situações Laborais Individuais*, cit., págs. 562 até 564.

Assim, é chegada a altura de nos questionarmos sobre a implementação da lei laboral timorense no tocante à remuneração. Será que os empregadores do sector privado respeitam a lei laboral e as demais convenções internacionais em conformidade com as exigências legais? Será que existe um balanço em termos remuneratórios entre o sector privado e o público?

Vejam algumas disputas entre os trabalhadores e os seus empregadores para analisar até que grau os empregadores respeitam a lei e tratam os trabalhadores com dignidade humana.

Assim, segundo o documento oficial da Direcção Nacional da Relação de Trabalho do Departamento da Mediação e Conciliação, entre Janeiro até Dezembro de 2016 verificaram-se em Timor-Leste 210 casos: 151 casos ocorreram com as companhias estrangeiras, enquanto 59 com as companhias locais.

Total dos trabalhadores em disputa Segundo o documento da Secretaria de Estado Para a Política da Formação Profissional e Emprego estiveram envolvidos 538 trabalhadores nacionais, sendo 444 homens e 84 mulheres; relativamente a trabalhadores estrangeiros, as disputas abrangeram 8 homens e 2 mulheres.

Quanto ao tipo de disputas, 200 tiveram a ver com despedimentos, 10 com salários. Deste total, 118 foram resolvidos, 74 foram canceladas, 12 resolvidas através da arbitragem enquanto 6 resolvidas através da conciliação.

Por outro lado, dos 538 trabalhadores envolvidos, 414 tinham contrato de trabalho, ao passo que os outros 124 não possuíam contrato de trabalho⁵⁷.

A Organização dos Sindicatos dos Trabalhadores de Timor-Leste / KSTL refere que, em 2016, houve uma total de 139 casos; 120 foram resolvidos, 14 continuam pendentes, 2 casos não conseguiram resolver no âmbito da Organização, e 1 caso prosseguiu para o Tribunal.

Esses casos abrangiam questões relacionadas com os despedimentos, o termo do contrato de trabalho, horas extras de trabalho, condições no local de trabalho, compensações, faltas sem justificação, sobre amamentação e sobre a redução do salário⁵⁸.

⁵⁷ Cf. Tabela da Secretaria de Estado para a Política da Formação Profissional e Emprego, Direcção Nacional da Relação de Trabalho do Departamento da Mediação e Conciliação.

⁵⁸ Cf. Dados da Organização de Sindicato dos Trabalhadores/KSTL 2016

Ora, segundo a Lei laboral timorense, a rescisão pode ocorrer por iniciativa do trabalhador com seus fundamentos inseridos no artigo 49º; mas, conforme realça o número 4 deste artigo, a rescisão com base nos fundamentos previstos nas alíneas a) a c) do número anterior, confere ao trabalhador o direito a uma indemnização, sem prejuízo da instauração do devido processo legal para apurar as responsabilidades civil e criminal do empregador ou seu representante. A indemnização referida no nº 3 é calculada nos termos do disposto do artigo 55º, tendo o trabalhador direito ao dobro dos valores indicados naquele artigo.

Também no caso de ilicitude de rescisão por iniciativa do empregador com fundamento em justa causa o trabalhador tem direito a uma indemnização nos termos do art. 55º.

A lei laboral timorense oferece um instrumento para assegurar as condições normais de subsistência do trabalhador perante situações de despedimento ilícito, preservando assim os efeitos da relação laboral que prejudiquem os interesses dos trabalhadores.

Esta perspectiva está em consonância com a ideia basilar da protecção do salário não só no que tange a possíveis abusos por parte da empresa, como no que se relaciona com os credores no próprio empregado ou do respectivo empregador, bem como em caso de a insolvência deste.

Com tal objectivo dispõe o art. 10º da Convenção nº 95, sobre a protecção do salário, adoptada na 32ª sessão da Conferencia Internacional do Trabalho (1949), o "salário só deve ser objecto de penhora ou cessão nas modalidades de nos limites prescritos pela legislação nacional (nº 1) e que "o salário dever ser protegido contra a penhora ou cessão na medida considerada necessária para assegurar o sustento do trabalhador e da sua família" (nº 2). "Em caso de falência ou a liquidação judicial da empresa, os trabalhadores nela empregados terão a categoria de credores privilegiados quer para os salários que lhes são devidos a títulos dos serviços fornecido durante o período anterior à falência ou à liquidação judicial e que será prescrito pela legislação nacional, quer para os salários que não ultrapassem um montante prescrito pela legislação nacional (art. 11º, nº 1, da mesma Convenção)⁵⁹.

⁵⁹ Cf. ARNALDO SUSSEKIND e outros, *Instituições de Direito do Trabalho*, 4ª Edição, aumentada e actualizada, Vol.I Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1996 São Paulo, pág. 528

Assim expressa o artigo 16º da constituição da RDTL que todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres; e que ninguém pode ser discriminado com base na cor, raça, estado civil, sexo, origem étnica, língua, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental

O preceito da igualdade dos cidadãos perante a lei agrega dois princípios gerais em matéria de direitos fundamentais: o *princípio da universalidade*, segundo o qual todas as pessoas, pelo simples facto de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres, e o *princípio de igualdade* segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei, não podendo ser privilegiadas ou desfavorecidas, em função de condições subjectivas como raça, o sexo ou a religião. A base constitucional de ambos os princípios é o respeito pela dignidade da pessoa humana, enunciado no artigo 1º do número (1) da CRDTL, que impõe o reconhecimento do igual valor de todos os seres humanos, independentemente da sua situação económica, social, cultural e política⁶⁰.

O carácter social do salário reflecte-se igualmente em algumas medidas legislativas tendentes a garantir um mínimo de subsistência digna, independentemente do trabalho prestado; o Conselho Nacional de Trabalho timorense adoptou a decisão número02/CNT/2012 nos seguintes termos:

“Considerando que nos termos do Regulamento UNTAET número 5/2002, de 1 de Maio, compete ao Conselho Nacional do Trabalho determinar o Salário Mínimo Nacional, o Salário Mínimo Sectorial e o Salário Mínimo Distrital, conforme adequado, mediante recomendação do Conselho do Salário para Salário Mínimo no Sector Privado;

Considerando o resultado da pesquisa da Secretaria de Apoio ao Conselho Nacional do Trabalho e a recomendação do Salário Mínimo Nacional apresentada pelo Conselho para Salário Mínimo datado 12 de Dezembro de 2011;

Considerando a decisão do Conselho Nacional do Trabalho, na sessão extraordinária de 22 de Maio de 2012 e conforme as razões de justificativa contantes na ata da referida sessão extraordinária;

⁶⁰ Cf. PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, Constituição Anotada da RDTL, cit., pág. 68, relativa ao artigo 16º do número (1).

Assim o Conselho Nacional de Trabalho nos termos do artigo 5 do Regulamento UNTAET número 5/2002, de 1 de Maio, no uso das competências próprias previstas na letra “c” do número 2, do artigo 4, do mesmo regulamento, decide: o Salário Mínimo Nacional do Setor Privado é \$ 115 como salário base aplicável na Função Pública.

Este Salário Nacional reverá após dois anos desde a entrada em vigor desta decisão. Esta decisão entrará em vigor no dia seguinte da entrada da Lei do Trabalho número 4/2012 de 21 de Fevereiro”⁶¹.

Assim, após dois anos desta decisão, aquele valor deveria ser revisto em conformidade com a situação real dos trabalhadores do sector privado em Timor-Leste, como sucedeu em relação aos trabalhadores da função pública, cujo salário mínimo foi aumentado para \$150 dólares americanos pelo Decreto do Governo nº 25/2016.

Essa realidade dos trabalhadores em Timor-Leste vem contrariar os princípios Universais dos Direitos do Homem: Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade da pessoa humana e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social; Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Assim como também os princípios basilares da Constituição da RDTL nomeadamente nos princípios fundamentais do artigo 1º da alínea (1), e o número (1) do artigo 6º da Lei Laboral timorense que define expressamente” Todos os trabalhadores, homens e mulheres, têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e a capacitação profissionais, às condições de trabalho e à remuneração.

⁶¹ Cf. República Democrática de Timor-Leste, Secretaria de Estado da Formação Profissional E Emprego, Decisão número 02/CNT/2012.

CONCLUSÃO

COMO DEVERIA SER A REMUNERAÇÃO DO SECTOR PRIVADO EM TIMOR-LESTE

A remuneração é o direito fundamental dos trabalhadores que vendem as sua força de trabalho a outrem, neste caso o empregador.

Ela é o valor a que o trabalhador tem direito como contrapartida da prestação do seu trabalho, isto é, a contraprestação devida pelo empregador ou pela pessoa que beneficia de uma prestação de serviço conforme está inserida patentemente no artigo 9 (1) da Lei Laboral Timorense.

Embora a fixação da remuneração tenha a ver com os princípios liberais de autonomia da vontade e da liberdade contratual, não pode esquecer-se que o Direito do Trabalho tem como função principal proteger o contraente débil⁶².

Neste contexto o legislador deve garantir um nível retributivo mínimo a todos os trabalhadores subordinados. Assim, consagra-se a obrigação de o Estado definir o salário mínimo e de os acordos colectivos fixarem a retribuição por sector profissional; neste sentido, art. 38º, nº 2, da LT realça a remuneração do trabalhador não pode ser inferior ao valor mínimo definido por lei ou acordo colectivo da categoria.

O salário deve ser adequado á atividade prestada e ser de molde a garantir condições de vida minimamente dignas, devendo o seu montante permitir ao trabalhador (e à sua família) satisfazer um nível de necessidades superior das estritamente indispensáveis para sobreviver.

Para além disso, a lei laboral timorense prevê também o princípio da irredutibilidade da retribuição, que consiste na garantia de que a retribuição não pode ser reduzida unilateralmente pelo empregador (art. 42º, nº 3, da lei laboral timorense).

⁶² Cf. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 31.

Assim, qualquer redução da retribuição deve, em primeiro lugar, ter autorização do próprio trabalhador; além disso, o empregador está autorizado a efectuar descontos ou retenções para o sistema de segurança social, bem como noutros casos por lei ou por decisão judicial; os descontos efectuados não podem exceder por mais de 30% do valor total da remuneração recebida pelo trabalhador; o empregador deve indicar no recibo da remuneração todos os descontos e retenções efectuados (art. 42º da LT).

A Lei laboral timorense também proíbe que, a nível do contrato de trabalho ou de qualquer outro tipo de acordo, possa ser convencionada a redução do salário para níveis inferiores ao valor fixado na lei ou no acordo colectivo; tais clausulas ou actos são nulos.

Todos os trabalhadores sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, ou preferências pessoais têm direito á retribuição pelo trabalho prestado, de acordo com a sua quantidade, natureza e qualidade, devendo observar-se o princípio de que, para trabalho igual ou do mesmo valor, salário igual.

O empregador não pode através da remuneração, compensar créditos que tenha sobre o trabalhador. O pagamento dos créditos emergentes da actividade do trabalhador já vencidos e respectivos juros de mora ou de indemnizações decorrentes da cessação do contrato de trabalho gozam de preferência, mesmo em relação aos créditos do Estado, em caso de declaração de falência ou de liquidação da empresa ou do estabelecimento.

Quanto ao pagamento da remuneração a lei laboral timorense exija que:

- a) A remuneração é paga em dinheiro, devendo o pagamento ser feito em moeda com curso legal no país, através de cheque ou mediante transferência bancária.
- b) O pagamento da remuneração deve ser feito em dia de trabalho e no local onde o trabalhador exerça as suas actividades, podendo excepcionalmente, ser acordado outro local se for mais favorável ao trabalhador.
- c) A remuneração deve ser paga directamente ao trabalhador e em períodos certos, não podendo exceder um mês intervalo entre cada pagamento
- d) No acto do pagamento da remuneração, o empregador entrega

ao trabalhador montante bruto e o montante líquido recebido, os descontos e retenções efectuados e todas as prestações adicionais.

- e) A remuneração deve ser paga ao trabalhador na data do vencimento ou, caso esteseja sábado, domingo ou feriado, no dia útil imediatamente.

No âmbito da remuneração deve ter-se em consideração as horas extraordinárias, que segundo a lei laboral são remuneradas com acréscimo de 50%; sobre a remuneração horaria normal (art.º 27º, nº 1). O trabalho realizado em dia de descanso semanal ou em dia de feriado obrigatório é remunerado com um acréscimo de 100% (art.º 27º, nº 2).

O trabalho nocturno também é retribuído com remuneração horaria normal acrescida de 25% (art.º 28º, nº 1).

Finalmente, um dos deveres do Estado é de proteger todos os cidadãos sem discriminação, devendo preservar os valores universais e os valores sagrados na própria Constituição da Republica Democrática de Timor-Leste e demais leis; nesse sentido, o Estado deve ver os trabalhadores do sector privado como pessoas cuja dignidade humana não pode ser ignorada.

Assim, os trabalhadores e as trabalhadoras do setor privado em Timor-Leste devem ser tratados em termos de remuneração mínima sem discriminação relativamente ao sector público.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, João José, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005.
- AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Lisboa, s/a.
- AMADO, João Leal, *A protecção do salário*, s/i, Coimbra, 2003.
- ASSIS, Rui, *O poder de direcção do Empregador, Configuração Geral e Problemas actuais*, Coimbra Editora, 2005.
- CURADO, Armando Antunes, *Manual prático do Direito do Trabalho*, 2ª edição revista actualizada e aumentada, Quid Juris, Lisboa, 2002.
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito de Trabalho*, 14.ª, Edição Almedina, Coimbra, 2009.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos de Bacelar, *Constituição Anotada República Democrática Timor-Leste*, Imprensa Empresa Diário do Minho Lda, Braga, 2011.
- FERNANDES, Francisco Xavier Liberal, *o contrato individual de trabalho*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Centro de Investigação Jurídico económico, Porto, 2015.
- FERNANDES, Francisco Xavier Liberal, *Regulamento Jurídico do contrato de Trabalho em Timor-Leste*, Porto, 2015.
- FERNANDES, Francisco Xavier Liberal, *Comentário às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar*, Coimbra Editora, 1995.
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 11ª Edição, Almedina, Coimbra, 1999.
- GUERRA, Amadeu, *Leis do Trabalho*, vol. I, 2ª edição, 2000.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, vol. I, Relações Individuais do Trabalho, Coimbra Editora, Lisboa, 2007.
- GUERRA, Amadeu, *Leis do Trabalho*, vol. I, 2ª edição, Vislis Editores, s/l, 2000.
- LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho, Serviços de protecção social da UC*, Serviços de Textos, Coimbra, 2004.

- LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Notas Sumárias, RED, AD PERPETUAM REI MEMORIAM, FDUP/CIJE, 2016.
- MARTINEZ, Romano Pedro, *Direito do Trabalho*, vol. II, *Contrato de Trabalho*, 1º Tomo, 3ª Edição, Lisboa 1999.
- MARTINEZ, Romano Pedro, *Direito do Trabalho*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- NEVES, das Ilídio, *Dicionário Técnico Jurídico de protecção social*, Coimbra Editora 2001.
- NETO, Abílio, *Contrato de Trabalho, Notas Praticas*, 7ª edição, Actualizada, Livraria Petrony, Lisboa, 1980.
- NETO, Abílio, *Código do Trabalho e Legislação Conexas Anotados*, Ediforum, Edições Jurídicas, Lisboa 2003.
- NETTO, Abílio, *Contrato de Trabalho, Notas praticas*, 6ª edição actualizada, Livraria Petrony, Lisboa, 1978.
- NETTO, Abílio, *Código do Trabalho e Legislação, conexa*, Anotados, Ediforum Edições Jurídicas Lda., 2003.
- NOOR, Machmudin e outros, *Labirnya Propinsi Timor-Timur [Nasceu a Província de Timor-Leste (tradução nossa)]*, Badan Penerbit Almanak Republik Indonesia/BP Alda, Jl Tambak 12 A Jakarta (Impressora Almanak República Indonesia/BP Alda, Rua Tambak 12 A, tradução nossa), Jakarta, 1977.
- QUERIDO, António Rodrigues, *A suspensão do contrato de Trabalho*, na Teoria, na Prática, na jurisprudência, Europa Editora, s/l, 1991.
- RAMALHO, Palma Maria do Rosário, *Direito do Trabalho*, Parte II, *Situações Laborais Individuais*, da 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008.
- SOUSA, José Albuquerque, *Comentários ao Código Rural do Ultramar*, Coimbra Editora, Lisboa 1962.
- SUSSEKIND, Arnaldo e outros, *Instituições do Direito do Trabalho*, 4ª edição, aumentada e actualizada, Vol. I, Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1966.
- XAVIER, Lobo da Gama Bernardo, *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª Edição com aditamento de actualização, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo.
- Himpunan Peraturan-perundangan Ketenagakerjaan*, [(Colectânea de leis do Trabalho (tradução nossa)], Jakarta, 2013.

IN THE MATTER OF A REVIEW TO DEVELOP THE
QUALITY OF NATIONAL LAW

WARREN LESLIE WRIGHT

*BA LLB Post Grad Dip Leg Prac
Solicitor, Proctor & Attorney-at-Law
Supreme Court of New South Wales
High Court of Australia*

Objective of Study and Acknowledgements

This short study is motivated by the central consideration being a review to develop the quality of national law.

This study is a submission to that review in response to an invitation from the Dean of the Faculty of Law of the Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

The author acknowledges The Dean of the Faculty of Law at the Universidade Nacional Timor Lorosa'e, Dr. Isidoro Viana da Costa, as my most learned friend in The Law, and every Faculty Member in their undertakings as Teachers of the Law.

The author is deeply honoured to have been invited to make this submission that seeks to be consistent with the Faculty's mission to develop the critical-reflective capacity of students-at-law, their understanding of legal phenomena, and, more particularly, the function of the Law of regulating good governance.

My considerations of this matter are set out accordingly.

Introductory Remarks

This study does not seek to enquire into nor assess the quality of the body of national law as it exists by any standard by which it might be measured.

It is not a critical study. It proposes nothing new. It is a merely a rearticulation of existing juridical thought and reason by the jurists who posited, articulated and implemented the intellectual core of this submission; namely, Professors Ann Seidman, Robert B. Seidman and Nalin Abeysekere, University of Boston School of Law, expressed in the text *Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters*¹.

What perhaps may be new is that, coincidentally, this study is further informed by the prior experience of the author in the initial introduction into the country of the theory and methodologies elucidated on the following pages. The role of the author in the Legislative Drafting Initiative (LDI) in the National Parliament and civil society is mentioned further in Part 1².

¹ *Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters* Kluwer Law International ISBN 9789041197931.

² The author also directed the East Timor Community Legal Education Program on behalf of the University of San Francisco School of Law Center for Law and Global Justice. The author's contemplation and observation of the legal system spans almost 2 decades including 5 years direct experience of the country's life and the early law and justice sector. The author was a participant in the international hiatus (UN-TAET Property Rights Adviser 2000-2002) and witness to lawmaking during that period, particularly the Constitution. Thereafter, the author has made numerous studies of particular laws, legal problems, land and constitutional policies and laws, social problems, the judicial system, the Constitution and, particularly, problems in governance. Further, by coincidence, the author is also a student of the Indonesian legal system, at the highest intellectual level, a Masters level study of Indonesian Law at the University of Sydney, augmented by 2.5 years as a participant in the legislative review and drafting processes of the Indonesian National Land Agency that were necessary for the mass land right registration reformation under the Indonesian Land Administration Project. The author is also a former government legal officer with the carriage of the drafting and enactment of new laws by the Parliament of the State of New South Wales. The author wishes to disclose prior interest in East Timor. 2000

Adviser to the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET)/Mentor to Head of Land and Property Directorate, Depart-

This study does not enquire into any particular law or set of laws that might be inimical to the concept of good law - quality law - or that might be inconsistent with the philosophies, social and political theory or the tenets of constitutional democracy under the rule of just law. Instead, it purposely looks forward to insisting on a legislative drafting process that is rational, technically perfected in its drafting towards good governance and does not violate the principles of constitutional democracy.

In short, a method of ensuring that future laws constitute good law, law that stands scrutiny and critique for irrationality, erroneous construction and failed implementation or worse, that confer wide discretions and arbitrary decision-making powers on executive agents of the State in the implementation of laws — whether transplanted or generated by the autonomous Legislature and Government that have exercised law creating power since 20 May 2002.

Nonetheless, the study does extend, in Part 2, to the general consideration of the existing body of law from the perspective of the objective of creating and sustaining the quality of national law to a standard that is consistent with constitutional democracy. Again, no particular law will be scrutinised. Instead, the institutional pre-requisites for looking back at the existing legal system and particular laws are reiterated; namely, an invigorated law reform process and the extension of methodology advanced in Part 1 to the law reform process so that it too is consistent with the constitutional norms and references the principle ideas of the theory propounded in this brief study.

ment of Justice. 2002 The Asia Foundation BASICS Project, Legislative Drafting Adviser to the Secretary of State for Foreign Investment (draft Foreign Investment Law). 2002-2004 Project Director, University of San Francisco School of Law Center for Law and Global Justice Legislative Drafting Initiative (LDI) in the National Parliament and civil society and the East Timor Community Legal Education Program (CLEP). 2005 International Evaluator, European Union 2008 International Evaluator, Caritas Australia 2000 - 2018 Publisher East Timor Law and Justice Bulletin and East Timor Law Journal. The author has published numerous articles, analyses, observations and notes on the law of East Timor

Further Prefatory and Contextual Observations

The Constitutional Framework of Law Creation: Constitutional Democracy

The Constitution proclaims East Timor as a democratic, sovereign, independent and unitary State based on the rule of law. It further declares that the State is subject to the Constitution and to the law and that the validity of the laws and other actions of the State and local Government depends upon their compliance with the Constitution. The Constitution defines and confers crucial roles on the organs of State in relation to legislation and constitutionality.

The President

It is exclusively incumbent upon the President to request the Supreme Court of Justice to undertake preventive appraisal and abstract review of the constitutionality of the rules, as well as verification of unconstitutionality by omission.

The Supreme Court of Justice

The Supreme Court of Justice is the highest court of law and the guarantor of a uniform enforcement of the law. It is incumbent upon the Supreme Court of Justice on legal and constitutional matters to review and declare the unconstitutionality and illegality of normative and legislative acts by the organs of the State.

The Supreme Court of Justice may provide an anticipatory verification of the legality and constitutionality of the statutes, as well as referenda. It is the exclusive jurisdiction of the Supreme Court of Justice to verify cases of unconstitutionality by omission and to rule on the suppression of norms considered unconstitutional by the Courts of first instance.

The National Parliament

The National Parliament is the sovereign body of the Democratic Republic of East Timor representative of all citizens vested with legislative powers.

Legislative initiative

The power to initiate laws lies with the Members of Parliament, the parliamentary groups and the Government.

Executive Law Making

It is incumbent upon the Council of Ministers to approve bills and statutes that are not required to be submitted to the National Parliament.

The Ministry of Justice and the Ministry of Legislative Reform and Parliamentary Affairs

These portfolios of the Executive are instrumental implementing agencies in the legislative process and reform.

Observation

These provisions of the basic law, the democratic institutions of law making and their role in the legislative process and the roles and separated powers of the organs of State constitute the basic framework within which lies this consideration of the development of the quality of the national law.

The dictatorship of the Constitution, the fundamental propositions set out in the Constitution, insist uncompromisingly on constitutional democracy founded upon the rule of law. The paramountcy of the rule of law is demonstrated by the constitutional adoption of the separation of powers and democratic legislative process.

This is the standard to which the theory of legislative drafting for democratic transformation and the methodology for legislative drafting is set, always bearing in mind these provisions of the basic law.

Part 1**Looking Forward: A Theory for Legislative Drafting Including A Practical Problem-Solving Methodology for Democratic Transformation****Introduction Unique Legal History of East Timor**

The pluralistic and fragmented laws of developing countries reflect their history. There is a complexity that renders the jurisdiction unique through the historical interaction between spheres of highly inconsistent legal systems, distortion or displacement of indigenous law, the extension then displacement of Portuguese law, transplantation of a second foreign legal system and laws, its formal entrenchment by international legal instrument and further reinforcement by the National Parliament.

International norms were extended and *ad hoc* legislative interventions effected by the United Nations administration during the UN-TAET period. With full sovereignty of the nation restored, the Parliament and the Government began enacting the country's own national law.

“It is indeed a daunting task to harmonise, co-ordinate and integrate the various elements into a coherent whole.”

The Applicable Law

The Indonesian legal system was first extended to operate in the national territory under illegal occupation by the Indonesian Law No 7 of 1976 on the Legalisation of the Unification of East Timor into the Unitary Republic of Indonesia. Paragraph 4 of the General Elucidation of Law No 7 of 1976 states that, upon integration, the People of East Timor become People and Citizens of Indonesia and all legislation of Indonesia applies in the territory of East Timor.

All institutions and agents of the Indonesian State were established and administered the Indonesian law.

Of more central concern is the Indonesian legislation that does continue to operate in East Timor. Legislation from the Indonesian State is so voluminous and so problematical — full of unconstitutionality, exercises of *ultra vires* power, wide political discretions, arbitrary decision making and corruption opportunities when assessed through the lens of the democratic legislative drafting principles that only a long-term reform process as recommended in Part 2 hereof can begin to approach with a view to legislative reformation and enhancement through reform.

The Sources of the Law of East Timor

The first international law, UNTAET/REG/1999/1 27 November 1999 Regulation No. 1999/1 On the authority of the transitional administration in East Timor, entrenched the Indonesian legal system in force as at 25 October 1999, subject to a general incompatibility exception and several specific exceptions including the death penalty, as the foundation, structure and content of East Timor's national law.

Notwithstanding UNTAET Regulation No 1999/1, and the accepted juridical comprehension of the meaning of the regulation, the country's highest Court decided that the applicable law of East Timor was Portuguese law. This decision was characterised as an interpretation of the law that was "aloof from reality" and "in violation of the most elementary rules of legal hermeneutics" that climaxed to an "absurdity" and generated potential "institutional crisis that would otherwise not exist".

Pursuant to Articles 92 and 95.1 of the Constitution of the Republic, the National Parliament enacted Law No 2/2003 Interpretation of Section 1 of Law No. 2, of 7 August and Sources of Law. This Law is of such centrality to the present deliberations that its provisions are set out.

Section 1 Authentic interpretation

Under the terms of the provision of section 1 of Law No. 2/2002, of 7 August, applicable legislation in East Timor on 19 May 2002 means all Indonesian laws applied and that were in force "de facto" in East Timor, prior to 25 October 1999, as provided by UNTAET Regulation No. 1/1999.

Section 2 Sources of law

Legislation is the only immediate source of law in Timor-Leste.

Legislation is generic provisions issued by the competent organs of the State;

The sources of law in the Democratic Republic of Timor-Leste are:

The Constitution of the Republic;

Laws emanated from the National Parliament and from the Government of the Republic;

Subsidiarily, regulations and other legal instruments from UNTAET, as long as these are not repealed, as well as Indonesian legislation under the terms of section 1 of the present law.

The Parliament and Legislation as the only immediate source of law

Together with the above-mentioned Law, the Constitution reiterates the supremacy of Parliament in the East Timorese polity.

Article 92 (Definition) The National Parliament is the organ of sovereignty of the Democratic Republic of East Timor that represents all Timorese citizens and is vested with legislative supervisory and political decision-making powers.

Article 95 (Competence of the National Parliament) 1. It is incumbent upon the National Parliament to make laws on basic issues of the country's domestic and foreign policy.

*Article 97 (Legislative initiative) The power to initiate laws lies with:
The Members of Parliament;
The parliamentary groups;
The Government.*

The beginning point for the consideration of the question of the development of the quality of national law is the foundational constitutional supremacy of Parliament in the law-making process and the reality that Parliament is the institutional machinery of the State creating Law in the form of Legislation.

All of this is coherent to conventional conceptualisations of democratic principles. The present analysis proceeds on the assumption of a democratic law-making process as the paradigm within which the explication of methods to enhance the quality of the Law are articulated; rather than a Statist or other undemocratic context.

This paper looks forward to the future development of quality national law. It does not purport to examine the present objective or subjective quality of the existing law. However, the second part of this paper does seek to elucidate the qualitative enhancement of existing laws through the creation, development and enhancement of legal institutions dedicated to this purpose.

Parliament as the Primary Law Creator

It is established by the Constitution and democratic tenets that the Parliament has the primary law-making power. It is legislation enacted by the Parliament that creates the law and either contributes to or detracts from the quality of the nation's law; of the objective qualitative integrity of the law as an expression of democratic power that will do its work as intended and resolve social problems.

The second assumption behind the theory outlined in this paper is that the fundamental purpose of the law is to justly resolve social prob-

lems and maintain the civil peace. Law is enacted to set rules governing problematical behaviours that generate social problems that may even threaten the civil peace. The ultimate goal of legislation is to manage social problems and sustain good governance.

It is therefore the central proposition of this analysis that, in the consideration of the question of a revision to develop the quality of national law, the primary focus be on the Parliament and, more particularly, the intellectual methodology deployed to create new law; an intellectual methodology that forms the foundation of good law.

National Legislative Program

The following extract from a recent study by the Judicial System Monitoring Program (JSMP) is respectfully noted. It reflects the author's views.

“The National Legislative Program is a planned or programmatic tool that involves identifying legislative priorities that have been designed in a systematically, integrated and accessible fashion during a legislature.

Since April 2010 JSMP has observed the work of the National Parliament, particularly in the Plenary and Committee A, and JSMP has found substantial challenges in that the National

Parliament has not yet institutionalised a “National Legislative Program” to help the National Parliament identify legislative priorities for each year based on the actual interests and needs of the people or the national interest. JSMP observed that problems relating to the lack of a National Legislative Program have affected the productivity of the legislative in each legislative session or legislative year to date.

JSMP believes that the National Legislative Program will help the National Parliament to carry out its legislative role more effectively and productively based on the roles and competencies provided in the Constitution and the law....

To do this, a technical team of the National Parliament needs to consult with relevant entities, civil society, academics, individuals or experts in relevant areas and other components of society. This process will ensure that the legislative process will be conducted in a transparent, accommodative, necessary and useful manner and will promote public

participation in legislative processes.

As discussed previously, JSMP observed that the National Parliament has engaged in a range of efforts but because there is no National Legislative Program, many laws that have been brought before the National Parliament for discussion have not been approved and have expired during previous legislatures....

[paragraph omitted]

JSMP believes that the National Legislative Program will transform the work of the National Parliament to be more productive and effective and at the same time will increase the credibility of the National Parliament. JSMP is also convinced that if the National Parliament managed to establish a “National Legislative Program” there would be no more draft laws pending or expired, as experienced during previous legislatures or it could avoid and minimise the risks of this occurring.”³

Intellectual foundation of law creation methodology

All sophisticated legislative processes are based upon a completely elucidated intellectual methodology. The methodology is the conceptual framework within which law is written. If the methodology is sufficiently implemented, it will result in the generation of a draft law which is then put to further scrutiny and modification by the legislative drafting process primary of which is a further expression of the democratic relationship between citizens, the State and the Law; namely, public consultations.

Law and Legislative Drafting in the Developing State and the Cultivation of Democracy

The selection of legislative drafting methodology is dictated generally by the social, political and economic conditions in which the law will be made and operate.

While the doctrine of transplantation of laws from foreign jurisdictions remains an option as a means of development of a nation’s law, it is not a substantive sovereign democratic process that is supported by this study. It is not an autonomous exercise in democracy which is the

³ Progress and Challenges relating to Legislative Developments in Timor-Leste JSMP Submission to the National Parliament 2018. Paragraphs 1, 5.

basic formula for just legislation that is informed by experiential and empirical evidence and reason; one that is not subject to substantive criticism as law having a character that is less than optimal and ineffective as a constituent of a developed national law.

Law is central in development debates, policies and projects. Law is the vehicle of the promotion of economic growth, human rights and democracy. A nation's institutions define its relative poverty and vulnerability, but also the quality of its governance. Accordingly, the objective of improved national laws devolves and centres upon the law-making authority, the Legislature.

Institutional strengthening is a common theme throughout development programs and it is the strengthening of the Parliament as an institution, as the primary sovereign representative organ of State, in its capacity to legislate good law that any initiative towards the development of the quality of national law must have as a prerequisite point of reference.

Legislative Drafting for Democratic Social Change An Intellectual Theory of Legislative Drafting in Developing States

The recommended legislative drafting theory was developed by Seidman, Seidman and Abeysekere⁴ is not a new theory nor is it one that is unknown in East Timor since the implementation of the Legislative Drafting Initiative in the Parliament and with civil society organisations by the University of San Francisco School of Law Center for Law & Global Justice in 2002-2004.

The theory's title is self-elucidating. The theory expands into a complete explication of its implementation in reality and therefore also constitutes a manual of the practice of bill creating of the highest effectiveness. The application of the theory generates a structured coherent draft law that rests upon policy informed by evidence and reason that is also generated by following the methodology itself.

This submission strongly recommends the entrenchment of a sound, completely elucidated academic theory of legislative drafting; a methodology deployed by law-makers to generate new law to resolve social problems and one that has been demonstrated to operate efficaciously in practice. The legal product at the end of the process is sound.

High quality legislation results thus enhancing the development of quality law like no other method can.

Salient Features of the Problem-Solving Methodology

The methodology may be conveniently referred to as the ROCCIPI methodology, or simply, ROCCIPI. The problems to which the methodology is applied are identified and defined social problems.

Role Occupants, Implementing Agencies and Problematic Behaviour as the Cause of Social Problems

Social problems are generated by problematical behaviour of Role Occupants and Implementing Agencies. Role Occupants are the individuals, organisations, groups, corporations, political parties, the Government, the sovereign organs of State and any other “stakeholder” that has an interest in or whose problematical behaviour contributes to the social problem. Law is the manner in which contemporary civilisations regulate the behaviour of its members and constituent institutions, to control or induce behaviours that eliminate the social problem.

Legislation is the key to resolving social problems. Legislation must be preceded by policy. ROCCIPI provides a systematic way of formulating policy informed by evidence and reason, and evidence and reason alone. It results in a research report that is the core of the policy. It further results in draft legislation that can be the basis of further development through the transparency of democratic participation in both policy formulation and law making.

Implementing Agencies are ordinarily agents of the State that can take many forms. At the highest, they include the sovereign organs of State, at a routine level, they may be Ministers, Departments, Directorates, Secretariats, or any other agency involved in the administration of legislation.

Both the identity and description of the problematical behaviour of Role Occupants and Implementing Agencies is the subject of study and analysis through the seven ROCCIPI factors.

ROCCIPI

The ROCCIPI acronym’s letters derive from the following words: R

— Rule; O — Opportunity C — Capacity; C — Communication; I — Interest; P — Process I - Ideology.

By subjecting the problematic behaviour to further analysis through the lens of each of these seven factors, appropriately elucidated by the researchers as they inform their research by further academic sources or empirical data collected and analysed as part of the writing of the research report (policy that will be written into Law), the root causes of the social problem are revealed, the patterns of problematical behaviour are mapped, the identification of the entities whose behaviour is sought to be modified by the Law so that the social problem is at least alleviated if not resolved by the longer operation of the legislation are correctly embraced by the new legislation.

The proponents of the methodology assert that any social problem can be elucidated by one or more, if not all, of the seven ROCCIPI factors.⁴

ROCCIPI Elemental Factors

Rule: Briefly, for example, the problematic behaviour may be occurring because there is no Rule (no legislation) or the Rule is unsatisfactory (incoherent legislation). This motivates problematical behaviour not only by citizens but also by the Implementing Agency. It must be determined whether the Rule grants broad discretion that prevents effective implementation or permits arbitrary decisions. Vague or poorly drafted laws can lead to ineffective implementation and abuse.

Opportunity: Subsistence-only agriculture or minimised production of household economy products may simply be the result of the lack of infrastructure for transportation of products from the countryside to the urban domestic market or the international market. The farmer and small producers have no Opportunity to participate in the market (with the possibility of economic security enhanced in the rural areas). An informed policy based on research and a well-drafted law can alleviate this kind of social problem. As for Implementing Agencies, there must be Opportunity to enforce a law.

⁴ See further Analyzing Implementing Agency Behavior Using the ROCCIPI Problem-Solving Methodology Hamilton, Mark Legislative Consulting Services, Washington DC Chapters 1 and 4.

Capacity: The Capacity of Implementing Agencies may be compromised by resource or bureaucratic rules that render the Implementing Agency impotent to implement the law for which it has responsibility. The legislation stagnates and there can be only be a low expectation that the operation of the law will address the social problem.

Communication: Problematical behaviour can result from a lack of Communication of what the law says and how it affects citizens, organisations or institutions. Illegal or unlawful behaviour can not be expected to change if the persons upon whom legislation imposes liabilities or penalties have no awareness of a new law.

Such a consideration would be applicable, for example, to the problems of Language and the Law mentioned in Part 6. Implementing agencies such as the police force's members may not have a sufficient grasp of the only language of publication of the Law and so also lack Capacity to enforce the law, or worse, make errors and render injustices. Many of these factors are interrelated and all require examination in the course of implementing this methodology.

Interest: Interest is a powerful motivator of problematical behaviour. Implementing agency interests often include increasing influence, acquiring resources, and protecting an administrative empire. The Interests of the Implementing Agency's personnel may be status, avoiding work and risks and gaining reward.

Process: A government Process may be so complicated and convoluted as to be almost impossible to navigate by the ordinary citizen. There may be unwarranted wide discretions leading to arbitrary rather than rule-based decision making or even corruption to induce the favourable exercise of a discretion conferred too widely by the relevant legislation. Process may discourage citizens from exercising their rights.

Ideology: Religious, political, social or economic and even personal ideologies are often the motors of problematical behaviour, institutional dysfunctionality and consequential social problems.

Observation

The methodology and the theory are more fully elucidated in *Legislative Drafting For Democratic Social Change* by Seidman, Seidman and Abeysekere and numerous other sources including country studies. The products from the initial, rudimentary application of the methodology and theory as previously conducted in East Timor are stored in the author's archives in English, Portuguese and Indonesian as empirical demonstrations.

Legislation and Good Governance

There is an intimate relationship between good governance, the law-making process and the quality of legislation. Good governance is “the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development.”

“[It] identifies good governance with ‘good order’, not in the sense of maintaining the status quo by the force of the State by law and order but in the sense of having a system, based on abstract *rules* which are actually applied and on functioning *institutions* which ensure the rules' application. Reflected in the concept of ‘the rule of law,’ this system of rules and institutions appears in different legal systems in different degrees of efficaciousness. Good governance, that is, effective government based on non-arbitrary decision-making, is central to a country's successful development or transition to a market-oriented economy⁵.

The methodology equips legislative drafters with the conceptual tools and specific techniques they need to draft laws likely to bring about the institutional transformation necessary for good governance.

Designed as a practical aid for practitioners in the developing and transitional worlds, this unique work demonstrates how, within constitutional and other limits, a drafter should structure a bill, provides instruction in drafting amendments and subordinate legislation, and describes the skills required to write the clear, unambiguous and readily-interpreted provisions required to achieve a bill's policy objectives.

It provides a model for a research report that, based on facts and

⁵ ANN SEIDMAN, ROBERT SEIDMAN NALIN ABEYSEKERE, *Assessing Legislation: A Manual for Legislators*, Edited and revised by Mark Hamilton at page 5.

logic, will justify the bill's detailed provisions and demonstrate that the responsible agency will implement them effectively. The final section focuses on drafting laws to facilitate government decision-making in accordance with the rule of law. In particular, it suggests devices for drafting defensively against corruption, thus providing the legislative environment essential for successful transition and development."⁶⁷

The learning and application of this methodology increases - in fact - it completes the Capacity to exercise the legislative power rationally. Capacity includes understanding bills,

assessing those bills to determine whether they will advance the public interest, investigations to obtain information whether the provisions of the bill will serve the public interest, the supervision of the administration of the law to ensure law enforcement to advance the public interest and to communicate meaningfully with citizens about the kinds of laws to improve the quality of life. The University of San Francisco LDI was purposed to this Capacity of individual members of Parliament, the Parliamentary Commissions and civil society.

The academic study and articulation of the theory by East Timorese jurists, primarily, the intelligentsia of the Law Faculties and the Centre of Judicial Training, the Judges, law and justice CSO's, the inculcation of the theory to students and practitioners of the law, the adoption of the theory as the standard by which all legislation is qualitatively assessed, the comprehension and learning of the practical implementation of the theory all begin with an academic narrative, an elucidation of the theory by East Timorese legal scholars, the writing of a text and a manual for legislative drafting suited to the jurisdiction. Empirical studies of the application of the methodology to social problems particular to the country are a necessary research area appropriate for East Timorese legal scholars and students.⁷ Please see further note 9 *infra*.

⁶ *Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters* at page 45.

⁷ In the *Legislative Drafting Initiative*, the civil society research groups selected social problems that were then submitted to the relevant Parliamentary Commission including impunity for serious crimes committed during the Indonesian occupation, gambling, prostitution, land conflicts, education system and learning standards, pre-natal health care, environmental protection/forest preservation, customary land tenure systems, F-FDTL. The present social, economic and political circumstances of the country are

Introduction of legislative drafting methodology to the National Parliament of East Timor and civil society 2002 — 2004

The introduction of the theory of Legislative Drafting for Democratic Social Transformation occurred in East Timor 2002-2004 at the Commission level in the National Parliament and with civil society. The University of San Francisco School of Law implemented the Legislative Drafting Initiative under the auspices of The Asia Foundation's Access to Justice Programme. The author of this paper was, in fact, the director of this project that was instigated at the request of the Parliament itself.⁸

Civil Society and Parliament

The methodology is premised upon a particular relationship between the legislature and society represented by citizen entities and social organisations, namely, what are commonly known as civil society organisations and stakeholders.

An integral component of the strategy of the methodology is the

known so it is otiose to identify more social problems. Poverty alone generates a multitude of complex complicated social problems.

The University of San Francisco's initial program was based in Indonesia. With legislative drafting centers in operation, the university turned to the development of a curriculum that could be taught in Indonesian universities. The curriculum was developed by a team of legislative drafting center graduates and professors. The team began by developing a general outline for the course. The professors test taught the curriculum to volunteer students at Udayana University. After teaching each lesson, the professors reviewed evaluations completed by each student and participated in a critique group made up of other team members. Based on their experience teaching and the feedback received, each professor submitted a lesson for inclusion as a chapter in a textbook. *Ibidem* Note 5

⁸ The University of San Francisco's initial program was based in Indonesia. With legislative drafting centers in operation, the university turned to the development of a curriculum that could be taught in Indonesian universities. The curriculum was developed by a team of legislative drafting center graduates and professors. The team began by developing a general outline for the course. The professors test taught the curriculum to volunteer students at Udayana University. After teaching each lesson, the professors reviewed evaluations completed by each student and participated in a critique group made up of other team members. Based on their experience teaching and the feedback received, each professor submitted a lesson for inclusion as a chapter in a textbook. *Ibidem* Note 5

construction of a meaningful dialogue between the Legislature directly with the broader community to inform and legitimise the legislative process and to further enhance participatory democracy at the very centre of the State.

The LDI involved the assembly of civil society group representatives into drafting teams who in the course of the learning the methodology that was taught by teams of international legal experts, produced policy and bills on selected social problems.

These Reports were then presented to the relevant Commissions of the National Parliament in a series of learning interventions conducted under the LDI with each Commission. The civil society research reports were subjected to examination and critique as the members of the Commissions also learnt the methodology in a series of educational interventions effected by the University of San Francisco School of Law in the National Parliament.

The author has the library of the research reports from the Legislative Drafting Initiative, some of which include rudimentary draft legislations that were produced by civil society groups practicing the learning and application of the methodology. There are versions in English, Portuguese and Indonesian. Selected copies of these reports will be made available to the Faculty upon request as demonstrations of the methodology that have already occurred in-country.

The process of the dissemination of the theory and practice of legislative drafting so that it becomes normative is not something that is within immediate timeframes. Rather, a longer effluxion of time is anticipated. That is the ultimate goal of this approach to deliberations on mechanisms that result in quality national law.

It will over the course of time become normative so that it is the unquestionable justification for interventions when jurists engage in the process of legislative drafting either as:

- representatives of the people in the Parliament;
- advisers to the Parliamentary office holders and Government Ministers and Departments;
- those whose function is to write the draft laws (the skilled legal technicians who write the formulation of the actualised text of the draft law);

citizens and civil society collective organisations who are invited by the Parliament to participate in the drafting process at a substantial level, inputting into the identification and selection of social problems to be addressed by new law. CSO's also bring to the legislative drafting process the voice of the community as well as meaningful public and stakeholder consultations on policy and draft laws.

Few legislators know how to assess a bill and rarely do they introduce legislation. They cannot inform their constituents about a law's likely social impact; they cannot monitor and evaluate the causes of its negative impact; they cannot even know what questions to ask the proponents of a bill to determine whether its detailed provisions rest logically on the country's unique circumstances.⁹

This paper therefore posits an institutionalist legislative theory and methodology as a guide to discovering facts and logic relevant to assessing a bill's general desirability and the likelihood that its detailed provisions will ensure its effective implementation.

This theory and methodology are strongly advocated by this author as the governing comprehensive means to the goal of the quality of national law.

“To induce behaviors more likely to solve that problem, the law's detailed prescriptions logically must alter or eliminate those causes. To test these hypotheses, enquiry - questions about the facts that might falsify them. If the hypotheses prove consistent with the facts, and the solution logically addresses the causes those hypotheses reveal, the proposed law has some probability of ameliorating the social problem at which it aims.

Thus legislative theory guides the search for relevant facts. An hypothesis helps to limit the area of facts which researchers must discover.....That theory rests on the fact that all social problems reflect repetitive patterns of behaviour; that is, by definition, institutions. Only by re-channelling dysfunctional behaviours can law help resolve those problems.”¹⁰

⁹ *Assessing Legislation: A Manual for Legislators*, at page 54.

¹⁰ *Ibid.*

Other Methodologies

Other methodologies implicitly reject the possibility of using theory as a guide in policy-making and legislation grounded on reason informed by experience.

Ends-Means

The ends-means methodology takes as given the policy-maker's stated goals or objectives. Alternative legislative solutions for reaching those objectives are considered and the one that subjectively appears as the most socially cost-effective outcome is selected. This methodology adopts the positivist separation of facts and values. It denies the relevance of research about facts for determining a law's substantive goals, leaving that critical decision to the policy-maker's values. In effect, by assuming that no one can use facts and logic to query a decision about goals, ends-means inevitably leaves the law's objectives to those who hold power. Ends-means tends to an authoritarian character.

Incrementalism

"Incrementalism teaches that, given the complexity and vicissitudes of life, no one can confidently predict a new policy's or law's consequences. Given the unknown dangers of wide-sweeping change, incrementalists recommend as the wisest course that lawmakers deal piecemeal and *ad hoc* with social problems by making the smallest changes possible."¹¹¹²

"Muddling through' becomes not the result of deliberate policy, but bumbling. Incrementalism has its uses, especially when insufficient research makes major changes risky. As a general strategy, however, it proves ineffective for making the significant institutional development generated by good policy and good law...."¹²

Both Alternative Models Rejected

Both of these models are rejected and this submission posits a legislative drafting theory as a grand theory of legislation in East Timor.

¹¹ *Assessing Legislation: A Manual for Legislators* at page 65

¹² *Ibid.*

An Institutional Legislative Theory and Problem-Solving Methodology

To strengthen a country's lawmaking processes, lawmakers need to assess whether the available facts and logic justify the provisions of transformatory bills. The deployment of an institutionalist legislative theory, including its problem-solving methodology, is a quintessential road to good national law, good governance and economic and social development.

The Legislature should enact a rule to require that the proponents of an important bill accompany it by a research report. "Adopting a problem-solving methodology, that report should present the kinds of evidence required to determine whether that bill rests on reason informed by experience. To assess the likelihood that, given the country's unique circumstances, the bill's prescriptions will likely induce the desired changed behaviors, the proponents of an important bill must demonstrate the evidence and rationale on which it rests."¹³¹⁴

The Rule of Law lies at the heart of good governance and development. Good laws alone do not guarantee development and good governance. Poor laws, however, do constitute a cause of their defeat. At every stage in the lawmaking process, legislators must assume primary ethical and professional responsibility for enacting bills that are likely to prove to be effectively implemented and that facilitate good governance and development.¹⁴¹⁵

Part 2 Looking Back: Revision of Existing Legislation that falls short of the juristic standards of the methodology

Part 1 looked forward and examined the question of reform by creation, propagation and implementation of the intellectual framework governing the enactment of new laws so that the quality of national law is measurable by the standards set out in the theory. This Part 2 looks backwards at the question of revising, reforming and redrafting existing problematical legislation based upon the methodology.

As noted at the introduction to Part 1, the applicable law, Indone-

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

sian law in force in the national territory of East Timor as at 25 October 1999, is the basic structure and content of the legal system of East Timor. Significant amendments to the now previously applied Indonesian law have been effected by the Legislatures and Governments since the restoration of independence, such as the criminal and civil codes, the land law, systems of administration, governance structures, and so forth. This national law-making has included transplantation of foreign laws.

Towards the goal of improved quality national law, it is necessary to initiate a permanent review process that re-examines laws in force — customary, transplanted and independence laws - and makes recommendations for reform by further legislation along with revision of associated policy.

General Categories of Possible Problematical Laws in Force

Although this study does not purport to make any critique of any particular existing Parliamentary or Government laws in force, there may be identified general categories that assist in the prioritisation of reformation, redrafting or repeal.

So, for example, there may be provisions that open doors to corruption of the State apparatus and that are therefore anathema to good governance; legislative discretions that permit arbitrary decision-making or a lack of accountability or natural justice.

Laws that fail constitutional dictates are highly problematical and are a priority of the reform process.

Laws that close off or prejudice judicial review of executive decisions and actions are *prima facie* anti-democratic.

Laws that tend away from democracy and towards Statism require review.

Laws that lack the legitimacy of prior democratic participation may also be identified were a systematic particularised study to be done.

Finally, laws that undermine the Judiciary or that are inconsistent with the jurisprudence of the criminal law must be closely scrutinised.

It is not the assertion of this study that the existing body of legislation enacted by the Parliament and the Government is fraught with such

difficulties but, in any reform process, these are the kinds of laws that would attract the attention of a Law Reform Commission.

The Problematical Applicable Law

The vast body of problematical transplanted law of Indonesia that is the applicable law is also full of unconstitutionality and is highly undemocratic and inconsistent with the Constitution.

Constitution Article 165 (Previous Law) Laws and regulations in force in East Timor shall continue to be applicable to all matters except to the extent that they are inconsistent with the Constitution or the principles contained therein.

Considering that the legislation that constituted the majority of the Indonesian legal system during the period 1965-1998 was enacted under the authoritarian completely corrupted Statist regime, or under the influence of Communist ideology during the Sukarno government¹⁵, anyone who approaches the Indonesian legal system may reasonably expect a high degree of unnecessary and perplexing complexity, inconsistency, confusion, lack of precision in legislative drafting, indeed, highly problematic legislation.

Many significant reformations of the applicable law have been effected by the Parliament and the Government to render a meaningful and operational legal system right down to the Traffic Code¹⁶¹⁷ but that does not preclude their revision by further reform.

¹⁵ The author would like to highlight one such piece of Indonesian legislation, the Basic Land Law of 1960. Although near total transformation of the legislative framework governing land affairs in East Timor has been effected, this example is still demonstrative of the kinds of fundamental problems in the Indonesian legislation. In a 1999 study, the author found the land law to construct a State-controlled system of land ownership full of doors to corruption and arbitrary decision making, unjust extinction of rights, unstable tenures, great harm to customary land tenure systems and many other problematical provisions. Typically, early Indonesian legislation appears more as a policy statement than technical laws let alone laws based on democratic ideas. The full study by the author is Indonesian Land Administration Project Final Report on the Review of Law No 5 of 1960 by Wright, W at <https://www.scribd.com/document/16626318/Review-of-the-Basic-Agrarian-Law-of-1960-Indonesia>

¹⁶ The traffic code is an example of a transplanted law that demonstrates the problem of transplanted laws. The original draft of the foreign investment law was also an exercise in transplantation.

Law Reform Commission General Observations

In most legal systems, there is a continuous process of revision, re-drafting, repeal, amendment, expiry and the creation of a new law to replace existing legislation whose implementation and operation have not been evaluated as proficient law or which have become archaic and in need of rejuvenation to accommodate problems that have emerged in the implementation of the law or to render long-established legislation meaningful to modern times; in short, updating or erasing it. The responsibility for initiation of that process is assigned to a specially constituted independent statutory agency commonly known as Law Reform Commission.

Role and Function of Law Reform Commission

A Law Reform Commission is managed by prominent academic lawyers, former judicial officers and practitioners of the law, who provide expert law reform advice to Government on matters referred to it by the chief Government legal officer or through other mechanisms provided for in any constituting legislation for the Law Reform Commission.

Typically, the Law Reform Commission produces and submits reports which analyse the issues identified in the reference, and makes recommendations for legislative reform.¹⁷¹⁸

The objective of the law reform process includes the very same objectives of this present revision by the Faculty of Law that is purposed to develop the quality of the national law of East Timor. Coincidentally, the general purposes of an LRC include:

- Improvement and modernisation of the law;
- Simplification and consolidation the law;
- Removal of inefficiencies and defects in the law;
- Repeal of laws that are unnecessary and obsolete; and
- Improved access to justice.

A Law Reform Commission:

- Identifies key issues with the law and areas for reform;
- Conducts intensive research including academic literature reviews and empirical research where required; and

¹⁷ Author notes the East Timor Law Reform Commission's Six-Monthly Report July-Dec 2016 "To Reform Legislation and Justice Sector in Timor-Leste" as a most valuable initiative by the Law Reform Commission.

Implements community-wide engagement in the process through public consultations that are central to legislative drafting and reform of existing problematical laws.

Law reform is a consultative and collaborative process. A democratic law reform process compels engagement and consultation with stakeholders and legal and industry experts to participate in a dialogue on ideas for reform.

Anyone can make a submission to an LRC thus expanding participatory democracy as well as improving legal products.

The East Timor Law Reform Commission

The East Timor Law Reform Commission was established by Government Resolution on 26 August, 2015, to update and develop legislation in priority areas, including the justice sector.

A completely independent, well-funded and expertise-dominated Law Reform Commission is an indispensable precondition to its significance as the central pivot of law reform empowered with the mission to ensure the quality of national law by the review of existing laws:

Customary law;

Inherited and transplanted law;

Post-national liberation law-making either by the United Nations or the East Timor Transitional Administration; or

Absolute exercises in sovereignty through law creation since the restoration of independence by the Parliament and the Government.

As for the present circumstances of the Law Reform Commission, it exists by virtue of a Government Resolution. Legislation creating a law reform commission in the form of a Government law-making instrument is not a sufficient legislative instrument to constitute an LRC. It is a first positive step towards a greatly strengthened law reform commission necessary to perform the ordinary functions of a law reform commission. Such an institution requires constitution by a law of the Parliament. It requires a permanency entrenched by legislation. It requires adequate resource allocation and be comprised of the learned legal scholars of East Timor.

A reinvigorated, expanded, well-funded and pro-active LRC is an indispensable prerequisite to the improvement of the quality of national law in any jurisdiction.

Part 3

The Judiciary and the Completion of the Court Structure

Every legal system must have at its apex a supreme judicial organ of State tasked with correcting miscarriages of justice at all lower level courts, concluding civil claims and disputes or criminality in a final authoritative manner from which there is no further judicial appeal and which also carries the high duty of the interpretation of the Constitution and the validity of legislation from the Parliament or the Government.

This court of final appeal and defender of the Constitution is a necessary component of the justice system that may only be constructed upon qualitatively sound law and which may declare the substantive validity or otherwise of any particular law.

The Judiciary has not been constituted as mandated by the Constitution. The court structure remains incomplete, without a capstone that the Constitution anticipates.

For example, Article 124 (Supreme Court of Justice) provides that:

The Supreme Court of Justice is the highest court of law and the guarantor of a uniform enforcement of the law, and has jurisdiction throughout the national territory.

It is also incumbent on the Supreme Court of Justice to administer justice on matters of legal, constitutional and electoral nature.

And further:

Section 126 (Electoral and Constitutional Competence)

1. It is incumbent upon the Supreme Court of Justice, on legal and constitutional matters:

To review and declare the unconstitutionality and illegality of normative and legislative acts by the organs of the State;

To provide an anticipatory verification of the legality and constitutionality of the statutes and referenda;

To verify cases of unconstitutionality by omission;

To rule, as a venue of appeal, on the suppression of norms considered unconstitutional by the courts of first instance;

To verify the legality regarding the establishment of political parties and their coalitions and order their registration or dissolution, in accordance with the Constitution and the law;

To exercise all other competencies provided for by the Constitution or the law.

It is not necessary for present purposes to conduct an in-depth analysis of this juridical problem here other than to say that as long as the constitutionally-mandated court system does not exist, there are chasms in the Judiciary that should not now exist nearly two decades since liberation.

The matters assigned to the special jurisdiction of the Supreme Court of Justice go directly to the question of the integrity and legitimacy of laws and ultimately of good governance, even in the extreme case, the security of the civil peace.

The Supreme Court of Justice and the other courts mandated in the Constitution must be established. The judicial system must be complete and fully operational.

After the Supreme Court of Justice starts its functions and before the establishment of courts as laid down in Section 129, the respective competence shall be exercised by the Supreme Court of Justice and other courts of justice.

Until such a time as the Supreme Court of Justice is established and starts its functions all powers conferred to it by the Constitution shall be exercised by the highest judicial instance of the judicial organisation existing in East Timor.¹⁸¹⁹

This task is presently assigned to the Court of Appeal. A separate Supreme Court of Justice is mandated by the Constitution for good reason. A complex and sophisticated legal structure must be enacted in legislation to found the organic structure of the Supreme Court of Justice as the guardian and defender of the Constitution and the ultimate judicial authority on all questions of law arising throughout the entire national territory.

The omission to complete the Judiciary with the Supreme Court of Justice duly established poses questions for the principles of the separation of powers that contemplates a completely functional, thoroughly supported and effective judiciary. An incomplete Judiciary means that the judicial organs of sovereignty are not as institutionally strong as they

¹⁸ Constitution Section 164 (Transitional competence of the Supreme Court of Justice).

should be. This creates a disequilibrium between the Judiciary and the Executive and has implications for the status of the Courts as well as the separation of powers so fundamental in a democratic Constitution.

The Status of the Courts

The institutions of constitutional democracy have essentially been established, subject to the observations above about the Supreme Court of Justice that has not yet been constituted.

The power of the State in a democracy is separated between the Executive, the Legislature and the Judiciary. All three of these organs of State must be in equilibrium.

The Parliament is a strong institution of law-making and government program reaffirmation as the Constitution provides. The President's office has been well established and is functional as an institution within the democratic framework upon which the Constitution and the Polity are created. The Government executive administration is well established and functional.

The same may not be said unconditionally about the Judiciary, particularly in view of the absence of the Supreme Court of Justice. There is insufficient funding and resourcing of the judicial sector. There have been criminal assaults on the Judges. A strong judiciary including a strong physical institutional presence is necessary to restore equilibrium to the balance of the judicial, executive and legislative organs of the State and to stabilise and elevate the institutional authority of the Courts.

Part 4 Customary Law

Decades after independence, a major divide exists between the indigenous traditional sphere in rural areas and the modern sphere that is limited to urban regions. Traditional sources of authority and social regulation compete with formal state actors whose work is limited to the legal arenas of formal lawmaking, administration and the court system.

The Constitution provides:

Article 16 (Universality and Equality)

All citizens are equal before the law, shall exercise the same rights and shall be subject to the same duties.

No one shall be discriminated against on grounds of colour, race, marital status, gender, ethnical origin, language, social or economic status, political or ideological convictions, religion, education and physical or mental condition.

Equality before the law, all citizens subject to the same universal law of the jurisdiction, is fundamental.

A central question arising from consideration of the development of the quality of national law is customary law. The norms and practices of customary legal systems vary from one place to another within the national territory. Different rules apply to different citizens resulting from pluralism; multiple customary systems based on geographically varying location and rules. These features are a cause of great concern to modern democratic jurists.

Moreover, these customary systems are not objective, contain no provision for proper defence, tend to gender discrimination, the denial of rights, invoke the supernatural rather than reason to explain and rectify violations and are particularly objectionable in the case of the equivalent of criminal liability and the imposition of penalty.

The Constitution puts the status of the norms and customs of East Timor subject to the Constitution and any legislative regulation of customary law.

Article 2 (Sovereignty and constitutionality)

.....

.....

The validity of the laws and other actions of the State and local Government depends upon their compliance with the Constitution.

The State shall recognise and value the norms and customs of East Timor that are not contrary to the Constitution and to any legislation dealing specifically with customary law.

The following part of this study's observations on customary law and the relationship with the notion of quality law as defined in this study as irrevocably rooted in the Constitution, constitutionality and the democratic dictatorship of the majority that is expressed through the electoral processes and laws, the representation of the people by duly elected Members of Parliament, as well as the supremacy of Parliament, draws heavily upon a paper entitled "On the Occasion of the International Conference on Traditional Conflict Resolution & Traditional Justice in Timor-Leste" held in Dili, 27 June 2003.

The author adopts the analysis set out below because it accurately and thoroughly narrates the author's view — or, rather, the contemporary positivist view - on the critical issues posed for the quality of national law by customary law. It identifies the sources of the antagonism between customary law-related institutions and the formal legal system composed by the Parliament or inherited. It highlights critical problems with customary law from the perspective of constitutionality and democracy, and universal legal rights, which, if not sanctified in legislation, are vulnerable to systemic violation and cause injustice to become a social norm, always posing a challenge to the contemporary State and the positive law.

“The first laws in human civilisation were adopted based on norms regulating social interaction between individuals groups or clans and they evolved with time and with the development of societies. The norms or laws respond, or to act as a guideline, directive or as punishment to emerging practices or to attitudes which collided with common sense or were offensive to the spirit of justice or, still, clashed with moral standards in a society .

In less developed societies, laws are sets of norms that guide behaviour and acts of society; they are unwritten and based on customs and traditions. Contemporary social laws - legislation - enacted by the State are much more complex and their evolution also occurred according to individual assimilation of values of universal dimension. Whereas contemporary written laws warrant a permanent and global concept of values, traditional laws lack resolve in their expression because they are unwritten and may change according to the narrator's interpretation, although still maintaining a dynamic of its own.

Customary laws represent the stage of evolution of a society based on feudal relationships both in social and supernatural aspects; both aspects are combined with the political and economic ones and add to another which refers to castes as the lower echelons of society, slaves and those who practice witchcraft¹⁹²⁰ and whom are usually denied rights.

¹⁹ WARREN WRIGHT, “Murder and witchcraft in Timor-Leste”, *East Timor Law and Justice Bulletin* 2012, <http://www.easttimorlawandjusticebulletin>.

It is within this context that the question of traditional justice must be considered by contemporary jurists working within a modern democratic order. The relationship between customary law and international human rights standards continues to be contentious.

Traditional justice is usually enforced by traditional chiefs acting as the authority, by the elders whose experiences prevail and by the men of law. The *lia-nain* were the custodians of the *lulik* or have some link to it; this derives from the need to link that which is real to that which is supernatural in order to accord moral credibility to whichever solution is adopted.

This combination of factors ordinarily brings grave implications in the shaping of justice.

One factor arises from the status held by the agents of justice and the other from the extremely powerful influence resulting from the interpretation of the facts, usually explained by resorting to the supernatural and often denying the realistic content of the values of justice or overriding reality itself.

If the disputing parties are distant from the agents of justice, one may state ‘a priori’ that the dispute is resolved more or less impartially. I say ‘more or less’ because as with contemporary justice, ‘bonuses’ are a reality and the balance of justice may weigh in favour of those who pay more. If either the plaintiff or the accused had a previous problem with any agent of justice then one may also say that *a priori* there is no guarantee of the impartiality of justice and the supernatural will be brought in to legitimise the solution.

There are no defence lawyers involved....There is no common pattern in the sentencing or punishment; because there were no prisons.

From a contemporary perspective, traditional justice is exceedingly problematical. It is absolutely necessary to place modern laws within a context to counterbalance the confines of the interpretation of values by traditional justice, so as to clearly define the limits to which traditional justice must comply with and thus avoid trampling on the spirit of the law of a country or stepping on human rights.

Only with a judicial system at the service of the communities, will disagreements, quarrels, contradictions and conflicts be referred to

those legitimately empowered to resolve them and, thus, avoid excesses and taking justice into one's own hands; this would be a clear warning to the State of the lack of credibility in the judicial system or that it is not accessible on a daily basis and is too slow, contaminated by excessive bureaucracy and inefficiency and further compromised by insufficient resource allocation to facilitate the justice process in the formal courts.”²⁰

The consideration of traditional justice, its description and observation on its operations, is critical to the way in which the judicial system is shaped, for it will avoid the enormous gap, which is often difficult to bridge, between drafting the law and the traditional perception of the majority of the population.

It is of the utmost importance that traditional justice fit the new national democratic order. In particular, the entire system is unacceptable in terms of democratic national law where it violates the principles of the clean administration of justice unaffected by external influences, partiality, subjective interpretation or resort to supernaturalism, is inconsistent with modern human rights and dignity of all as well as equality of all citizens before a universal law as administered by a constitutionally-empowered formal Court; by impartial judges deciding cases in accordance with the applicable law and without fear or favour.

The positive State law must elucidate, clarify, supervise and redefine customary law. The clash of legal systems — the positive and customary — can not stand in a coherent legal

system. The State may not sit on its hands and permit traditional justice systems to perpetrate injustice contrary to the rule of law and modern standards of human rights and dignity. The Constitution, particularly those cited provisions, must be regarded and respected at every level of the law.

The contemporary democratic positivist State's attitude to customary law is demonstrated in the federal jurisdiction of Australia. The *Crimes Amendment (Bail and Sentencing) Act 2006* which introduced section

²⁰ On the occasion of the International Conference on Traditional Conflict Resolution & Traditional Justice in Timor-Leste held in Dili, 27 June 2003 Delivered by the then President Gusmao. Original citation 2005 ETLJ 3 archived at <https://easttimorlawjournal.blogspot.com/2012/05/on-occasion-of-international-conference.html> Accessed 2 October 2018

16A(2A) to the *Crimes Act 1914 (Cth)* qualifying the matters to which the court must have regard when passing sentence for offences against Commonwealth law. The Court must not take into account any form of customary law or cultural practice as a reason for “excusing, justifying, authorising, requiring or lessening” or “aggravating” the seriousness of the criminal behaviour.”

Part 5

Legal Education and International Technical Assistance Education

Legislative Drafting for Democratic Change and the ROCCIPI problem-solving methodology are most appropriately taught at tertiary level; to law students, to civil society, the Members of Parliament, to responsible government officials and legislative drafters. It is a theory that is a suitable inclusion in a syllabus at the University level and any continuing legal education programme.

Knowledge of this theory and the methodology will be propagated to the next generation of graduates, legal practitioners and scholars, who will in due course administer the apparatus of the State and become Legislators or further teach the Law.

Institutions of Higher Legal Learning Judicial Training Centre

This institution is both a crucial role occupant and implementing agency in the context of embedding the theory and methodology in legal learning.

Faculties of Law

The role of the Faculties of Law at the Universities is self-evident. See also Note 9 *supra*.

Technical Assistance - Foreign Legal Experts

The institutional theory of legislative drafting for democratic social change and the practical application of the problem-solving formula were developed at Boston University School of Law by Professors Seidman, Seidman and Abeysekere. The United States is the centre of the in-

tellectual elucidation of the theory and the original source of this thought paradigm. It has been successfully taught in other numerous developing countries. The text has been translated into at least 10 languages, including Indonesian.

During the implementation of the Legislative Drafting Initiative described in Part 1 in the National Parliament of East Timor and with civil society which sought to transfer knowledge and practical skills to Members of Parliament and civil society, foreign legal experts were essential as lecturers and tutors as there was no awareness of this particular scholarly approach to drafting legislation nor any existing expertise in civil society or the formal education system.

The LDI was a transnational cooperation between law faculties. The lecturers and tutors, all lawyers highly expert and experienced in this field of knowledge and practice, were drawn from the University of San Francisco School of Law and from Udayana University Faculty of Law. Australian lawyers were also involved in the design and implementation of the LDI. As noted earlier, the author was the project director of the LDI. The LDI is a reference precedent model for future interventions to guarantee the quality of national law through the advancement and application of this theory and methodology.

Future multi-institutional cross-sector cooperation is a prerequisite to a successful transformation towards the penetration of the democratic legislative drafting process into the law-making operations of the State.

International Technical Legislative Drafting Theory and Problem-Solving Methodology Assistance

International educational assistance is most likely necessary to develop the course and teach it in conjunction with the legal scholars at the Faculties with a view to the Faculties acquiring the capacity to teach the course.

Technical advisers in the Parliament in the existing legislative process who are tasked with the actual drafting of legislation in the current circumstances in East Timor might, in the first instance, engage in continuing legal education and practice in the theory and methodology provided by international technical legal assistance.

The participation of foreign lawyers may be problematical if they or their national colleagues are unable to transcend epistemological self-righteousness. Given the parochialism prevalent among some lawyers, when they are called upon to advise foreign governments, they almost invariably offer their own laws as solutions to every problem they encounter.

Despite these problems, the contribution that international legal experts can make is invaluable. An area where they do make an important contribution is in the diagnosis and assessment of the legal and political systems of recipient countries. To fully to take advantage of their skills they should form part of teams with local lawyers who should always have the ultimate responsibility for the drafting process. Foreign lawyers never lead the team.²¹²²

Apart from the longer-term educational interventions outlined in this paper at the Faculties of Law, a shorter-term recommendation is a re-implementation of the Legislative Drafting Methodology; the deployment of international advisers to assist to educate the local technical drafters in the National Parliament as well as at other critical points of reference; namely, the Government and its agencies responsible for legislation.

The Ministry of Justice and The Ministry of Legislative Reform and Parliamentary Affairs

The VIII Constitutional Government includes both the Minister of Justice and the Minister of Legislative Reform and Parliamentary Affairs whose portfolios include numerous central functions in respect of the legislative drafting and law-making processes.

Both of these Ministries are portals to the propagation of the theory as a more immediate measure than longer term objectives at tertiary level education. Both are indispensable role occupants and implementing agencies in terms of the theory and only a common comprehension and cooperation between the law intelligentsia, international legal technical assistance advisers, the Government and the Parliament would see

²¹ R. Van Puymbroeck, *Comprehensive Legal and Judicial Development: Toward an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century*, The World Bank 2000. pp 386-388.

the theory and methodology become the model against which all legislation is measured and which will eventually appear as a reasonable, practical, just and democratic legislative process to adopt as a new paradigm for law creation.

The ultimate goal is to introduce and enliven the theory into the juridical system through the:

The Sovereign Organs of the State - the Parliament and the Government;

The Higher Education system — the Faculties of Law & The Judicial Training Centre

The Society through community legal education programs effected by civil society law and justice organisations; and

The Private Legal Profession.

The Legal Profession

The legal profession is the defender of citizens' legal rights.²²²³ The legal profession is a central Role Occupant in the legislative process. They are the practitioners of the Law. Continuing legal education programs for private lawyers might include instruction on the theory and methodology. The organised lawyers are always a necessary consultative entity on significant new legislation and to assist the Government in the formulation of new legal policy and legislation.

²² Constitution Article 135 (Lawyers) 1. Legal and judicial aid is of social interest, and lawyers and defenders shall be governed by this principle. 2. The primary role of lawyers and defenders is to contribute to the good administration of justice and the safeguard of the rights and legitimate interests of the citizens.

Part 6

Language and the Law

The rule of law dictates that the law be knowable by all. The reasons are patent and do not need detailed articulation here. As a general observation, the omission to publish laws in all relevant languages, to socialise the law, particularly new laws to the majority of the population, so that it is universally comprehended and accessible, is challenging to the rule of law.

Implications for the Rule of Law

There are two aspects of this problem: First is that there is no complete database of all legislative instruments enacted since independence in official Tetum. Many laws and rules are published only in Portuguese. It has grave implications for citizens, implementing agencies and, more critically, the rule of law. The rule of law and the Constitution²³²⁴ compel the Executive to comply with the most critical language provisions in the Law that posit both Tetum and Portuguese as official languages²⁴.

Lost in Translation²⁵

Second, there is a multitude of local languages whose speakers know neither Tetum nor Portuguese but only their own language. This second aspect emerges critically in the course of the administration of justice by the Courts and increases the risk of miscarriages of justice

²³ Constitution Article 13 Tetum and Portuguese shall be the official languages in the Democratic Republic of East Timor.

²⁴ East Timor : Language and The Law Original Citation: 2009 ETLJ 9 East Timor : Language and The Law at <https://easttimorlawjournal.blogspot.com/2012/05/east-timor-language-and-law.html>. Accessed 2 October 2018; See also Progress and challenges relating to legislative developments in Timor-Leste JSMP Submission to the National Parliament 2018. Paragraph 5.

²⁵ Timor-Leste Constitution Article 106: Lost in Translation at <http://www.eas-ttimorlawandjusticebulletin.com/2018/05/constitution-article-106-lost-in.html> Accessed 2 October 2018

unless unquestionably qualified interpreters are deployed and all the necessary support made by the responsible implementing agency.

Even then, translations and interpretations of the evidentiary and legal language are not always exactly the same in meaning as the original so there will always be nuances of meaning that are lost in translation. As a bilingual lawyer, the author's own experience verifies these observations.²⁶

Observation

It is axiomatic that since both Tetum and Portuguese are the official languages, all legislative instruments must be published in both languages in the *Jornal da Republica* and widely publicised to the community by the media and community legal education programs implemented by civil society organisations and lawyers' associations throughout the entire national territory.

Highly expert qualified translators and interpreters are an indispensable prerequisite for the fair administration of justice.²⁷²⁸ Linguistic expert evidence should be adduced where there is a lack of clarity and proceedings suspended pending resolution of any obscurity in language.

Part 7 The Constitution and Constitutional Reform

There are fundamental questions arising from the general consideration of the Constitution from a democratic jurisprudential view.

The first is that the text of the Constitution was never submitted to the people.

Secondly, recent circumstances have focused attention on certain provisions of the Constitution, particularly Article 106.

The Constitution provides for its own revision.

Section 154 (Initiative and time of revision)

It is incumbent upon Members of Parliament and the Parliamentary Groups

²⁶ Errors in translation are extremely problematical, particularly in legal language. For example, Article 106(1) of the English translation of the Constitution published on the government web site reads: "1. The Prime Minister shall be designated by the political party or alliance of political parties with parliamentary majority" whereas the correct translation is "The Prime Minister is nominated by the most voted party or by the alliance of parties with parliamentary majority". [emphasis added]

²⁷

to initiate constitutional revision.

The National Parliament may revise the Constitution after six years have elapsed since the last date on which a law revising the Constitution was published.

The period of six years for the first constitutional review shall commence on the day the present Constitution enters into force.

The National Parliament, regardless of any timeframe, may take on powers to revise the Constitution by a majority of four-fifths of the Members of Parliament in full exercise of their functions.

Constitutional reform could be referred to the Law Reform Commission for initial study.

Summary

In the consideration of the matter of the development of the quality of national law, this study concludes and seeks to emphasise and explain that:

An institutional intellectual theory known as Legislative Drafting for Democratic Social Change is a guarantor of the quality of national law moving forward into the future;

The propagation of the theory and the problem-solving methodology that it formulates is a necessary prerequisite to quality national law;

A properly constituted and functional Law Reform Commission is a prerequisite to reviewing the quality of the existing national law and the continuous process of legal reformation;

The Judicial organs of State must be constituted in accordance with the Constitution and strengthened institutionally;

The conflict between customary law and positive law must be resolved;

The rule of law dictates that the law be known or knowable to all citizens in a language in which they are fluent.

Constitutional reform in accordance with its own provisions, recalling also the referendum provisions of the Constitution, remain an option for reformation should any of its provisions result in institutional instability and compromise good governance.

Bibliography & Sources

- Constitution of the Democratic Republic of East Timor* English translation
Constituição da República Democrática de Timor-Leste Portuguese text
- Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters* Kluwer
Law International ISBN 9789041197931
- Assessing Legislation — A Manual for Legislators* Ann Seidman, Robert
Seidman, and Nalin Abeysekere February, 2003 Boston, Massachu-
setts
- Legislative Drafting for Democratic Social Change* Ann Seidman, Robert B.
Seidman, and Nalin Abeysekere, (Indonesian version, 2d ed.),
ELIPS II National Library, Jakarta, 2002
- Assessing Legislation: A Manual for Legislators* Ann Seidman, Robert Seid-
man Nalin Abeysekere Edited and revised by Mark Hamilton
- Legislative Drafting Manual* Ed Glenn Sarka and Mark Hamilton Univer-
sity of San Francisco School of Law Center for Law & Global Jus-
tice September 2003
- An Exposition of Legislative Quality and its Relevance for Effective Development*
Victoria E. Aitken July 2013 Rule of Law Development Advisor,
PROLAW
- Comprehensive Legal and Judicial Development: Toward an Agenda for a Just and
Equitable Society in the 21st Century* Van Puymbroeck, R The World
Bank 2000
- Legal Reform in Developing and Transition Countries - Making Haste Slowly* J.
Faundez University of Warwick
- Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation
and Good Governance* A. Seidman, R. B. Seidman and T. W. Walde
(eds) (1999) Leiden University Press ISBN 978 90 8728 046 8
- Lawmaking for Development Explorations into the Theory and Practice of Interna-
tional Legislative Projects* Edited by J. Arnscheidt B. van Rooij and J.M.
Otto
- Crimes Act 1914 (Cth)* Australia
- Customary Law The Commonwealth Intervention* Chief Justice Martin Nor-
thern Territory JCA Colloquium 5 October 2007

Indonesian Land Administration Project Final Report on the Review of Law No 5 of 1960

1999 Wright, W.

Timor-Leste Constitution Article 106: Lost in Translation 2018 Wright, W.

East Timor : Language and The Law 2004 Wright , W

East Timor Law and Justice Bulletin East Timor Law Journal

Progress and challenges relating to legislative developments in Timor-Leste JSMP
Submission to the National Parliament 2018

Penyelesaian Masalah dan Pedoman-Pedoman Praktis Untuk Solusi-Solusi Legislatif bagi Masalah-Masalah Sosial (Denpasar Indonesia 2003, Dili Timor-Leste, 2005) Unpublished

Murder and witchcraft in Timor-Leste Wright, W East Timor Law and Justice Bulletin 2012



DIREITO DE GREVE NO ORDENAMENTO COMUNITÁRIO

JOÃO REIS

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. O Direito comunitário e o conflito laboral colectivo

Os tratados comunitários têm excluído a greve da competência reguladora da UE, continuando tal matéria a ser da competência dos Estados-membros¹.

A UE assume deste modo um princípio de neutralidade em relação ao conflito colectivo em geral e à greve em particular. Este princípio só pode ter sido assumido partindo do pressuposto de que a regulamentação da greve e do conflito colectivo é em geral indiferente ou irrelevante para a construção do mercado único.

Apesar da clareza com que o art. 153.º, n.º 5 do Tratado de Lisboa

¹ Cfr. o art. 153.º, n.º 5, do Tratado de Lisboa, que reproduz o art. 137.º, n.º 5 do Tratado de Nice, e cujo teor é o seguinte: «o disposto no presente artigo não é aplicável às remunerações, ao direito sindical, ao direito de greve e ao direito de lock-out». Para o período anterior, cfr. o art. 137.º, n.º 6 do Tratado de Amesterdão e o Acordo sobre Política Social, de 7 de Fevereiro de 1992, anexo ao Tratado de Maastricht, cuja entrada em vigor se verificou em 1 de Novembro de 1993. Na versão inicial do T.R., entre as matérias de política social a promover pela Comissão, em estreita colaboração com os Estados-membros, embora constasse o direito sindical, não figurava a greve (art. 118.º). Em conformidade com J. Leite, para a exclusão das matérias enunciadas no n.º 5 do art. 153.º do TFUE da competência da UE, são avançadas «várias explicações ..., designadamente razões de ordem histórica e cultural que fizeram das matérias em causa instituições com sintomáticas marcas nacionais e, por isso mesmo, mais resistentes a qualquer intervenção externa» (anotação ao art. 153.º do TFUE, in *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), Almedina, 2012, 673). Sobre este ponto, cfr. ainda, FRANCA BORGELLI, *O direito e a jurisprudência social comunitária*, *QL*, 9-10, 1997, 192 a 195.

exclui a competência da Comunidade do domínio da greve, separando esta inclusive do domínio da «representação e defesa colectiva dos interesses dos trabalhadores», matéria esta onde já permite a intervenção da União a título subsidiário², é de questionar se isto corresponde a uma total exclusão do direito de greve do raio de acção do ordenamento comunitário ou até a uma total ilegitimidade para que ele intervenha, directa ou indirectamente, no espaço reservado pelos ordenamentos nacionais ao conflito laboral.

Temos as maiores dúvidas que assim seja e de que assim possa ser. Para nós, o problema não reveste a simplicidade inculcada pela aparente clareza do art. 153.º, n.º 5 do TUE³. A mensagem de que a greve é sempre um fenómeno do domínio da competência exclusiva dos Estados-membros —

² Cfr. o art. 153.º, n.º 1, al. f) do Tratado de Lisboa, que corresponde ao art. 137.º, n.º 1, al. f) do T. de Nice. Para uma compreensão do art. 153.º do TFUE, entre nós, JORGE LEITE, in *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2012, 670 a 673.

³ As dúvidas começam logo em relação à matéria sindical em geral com a dificuldade de compatibilizar os artigos 153.º, n.º 5 e 156.º do TCE. A primeira disposição, com origem no n.º 6 do art. 2.º do Acordo relativo à Política Social anexado ao Tratado de Maastricht, parece contrariar a segunda, que corresponde ao art. 118.º do Tratado de Roma. O n.º 5 do art. 153.º afasta inequivocamente o direito sindical da competência da Comunidade, ao passo que o art. 156.º a pressupõe expressamente. Segundo a primeira disposição, a competência do Conselho para adoptar directivas em matéria de direito sindical está excluída, enquanto, nos termos da segunda disposição, cabe à Comissão, por via de estudos, pareceres e consultas, incentivar a cooperação entre os Estados-membros e facilitar a coordenação das suas acções no domínio do direito sindical. Embora o n.º 2 do art. 153.º mencione o Parlamento Europeu e o Conselho, deve entender-se que a exclusão de competência abrange qualquer órgão ou instituição que actue em nome da União, incluindo, naturalmente a Comissão. Esta conclusão retira-se do n.º 1 do art. 153.º, disposição que refere à competência da União e não à competência ou atribuições de qualquer dos seus órgãos. As duas disposições não se distinguem, portanto, apenas quanto aos órgãos e aos modos de intervenção previstos; a distinção vai mais longe: uma exclui e a outra inclui a mesma matéria — direito sindical — na competência da União.

o que, indiscutivelmente, resulta desta norma —, pode levar ao engano⁴.

Desde logo, porque uma coisa é vedar à Comunidade e à União uma intervenção sobre o regime da greve e outra é afirmar a irrelevância do direito de greve para o ordenamento comunitário ou a irrelevância dos regimes da greve nos direitos internos para o direito comunitário.

A experiência já nos forneceu — e tudo leva a crer que continue a fornecer — exemplos de intervenção das instituições comunitárias, legitimadas pelo direito comunitário, nos conflitos colectivos.

O TJUE já se pronunciou a propósito de um boicote de produtos agrícolas, levado a cabo em França durante vários anos e que atingiu o seu

Esta situação de incerteza e dúvida vem do passado e sobre ela o Parlamento Europeu já observou o seguinte: “... se se considerar que o texto do Tratado de Maastricht exclui da área de competência de que dispõe a Comissão para “apoiar e completar as actividades dos Estados-membros” o direito sindical de associação, tal interpretação só muito dificilmente se coadunará com a declaração constante do Tratado de Roma que incumbe à Comissão de promover uma “estreita cooperação entre os Estados-membros” no mesmo domínio. Nesta base é possível argumentar que importaria clarificar as respectivas disposições do Tratado nesta matéria” (*Greves e Acções Reivindicativas de Solidariedade nos Estados-membros da UE*, cit., 59).

E quem fala de direito sindical fala em direito de greve, porque este é, numa concepção muito divulgada, em princípio, um dos atributos ou manifestações daquele.

⁴Também para Rodière o regime é confuso. “É duvidoso — diz ele — ... que a competência comunitária não se possa estender em certos domínios”. Nas exclusões referidas no art. 153.º, apenas se deveria ver, acrescenta, «... um princípio que traduz uma vontade política». Mas este princípio não é suficiente, em seu entender, para impedir que em relação às matérias sociais excluídas possam, caso o exija a “realização do mercado interno” ou a tutela de “um objectivo do tratado”, ser adoptadas medidas comunitárias, com fundamento noutras bases jurídicas. Na verdade, como o autor exemplifica, “não é possível afirmar que a questão das remunerações — campo privilegiado da negociação colectiva — escapa inteiramente ao direito comunitário”, já que ela é relevante, no próprio tratado, para certos efeitos, como, por exemplo, o da igualdade entre trabalhadores nacionais e trabalhadores estrangeiros comunitários. Também para ele não é “certo que direito de greve e direito comunitário não possam ocasionalmente encontrar-se. A greve pode participar de um abuso de posição dominante condenada pelo direito comunitário ou de um entrave às importações de outros Estados Membros”, *Droit Social de L’Union Européenne*, L.G.D.J., 2008, 48-49.

auge em 1993⁵, e a Comissão já teve de enfrentar a greve dos transportadores rodoviários franceses em 1998⁶. Por outro lado, o Conselho já adotou um regulamento onde se alude expressamente ao direito de greve⁷ e o TJUE já foi chamado a pronunciar-se sobre os efeitos da greve e, mais lamentavelmente, das acções colectivas, sobre as liberdades fundamentais do mercado interno⁸. O Parlamento Europeu e o Conselho da União, a propósito da lei aplicável às obrigações extracontratuais, já tiveram em consideração a regulação da responsabilidade pelos danos provocados pela acção colectiva desenvolvida por trabalhadores ou empregadores, ou pelas suas organizações profissionais, onde se enquadra, inequivocamente, a responsabilidade pelos danos provocados por uma greve⁹.

Acresce que, ao nível das declarações sociais mais importantes, o direito de greve é referido em vários instrumentos comunitários, tais como a Carta Social Europeia (CSE)¹⁰, a Carta Comunitária dos Direitos

Embora o autor tenha exprimido esta sua posição em face do quadro normativo saído do Acordo sobre a Política Social, os dados pressupostos não se alteraram substancialmente até hoje. As suas observações continuam hoje pertinentes. Se algum reparo nos merece a posição deste autor, é o de que ele apenas vê a possibilidade de “encontros ocasionais” entre a greve e o ordenamento comunitário quando aquela constitui um entrave para este, e não discute a possibilidade inversa, isto é, a hipótese de próprio ordenamento comunitário tutelar a greve contra eventuais restrições ilegítimas nos direitos internos dos Estados-membros.

⁵ Cfr. o caso Comissão das Comunidades Europeias contra a República francesa, proc. C-265/95, *CJ do TCE*, 1997, I- 06959.

⁶ Tratou-se de um bloqueio de transportes terrestres, realizado na França, em Setembro de 1998, por ocasião da jornada de greve internacional da categoria dos transportadores.

⁷ Referimo-nos ao Regulamento (CE) n.º 2679/98, de 7 de Dezembro.

⁸ Sucedeu nos casos Viking (proc. n.º C-438/05) e Laval (C-341/05), decididos, respectivamente, em 11 e 18 de Dezembro de 2007.

⁹ É o que se retira do art. 9.º do Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento e do Conselho, de 11 de Julho, bem como do Considerando (27) deste regulamento.

¹⁰ Embora a CSE seja da autoria do Conselho da Europa, a sua relevância para a política social da UE é inquestionável. Sobre o conteúdo e importância da CSE, entre outros, B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, Litec, 2006, 13 a 17, P. RODIÈRE, *Droit Social de L'Union Européenne*, L.G.D.J., 2008, principalmente, 8, J.- M. SERVAIS, *Droit Social de L'Union Européenne*, Bruylant, 2008, 65-66. Para uma análise mais aprofundada, *La Carta Social Europea en la Perspectiva de la Europa del Año 2000*, Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la “Carta Social Europea”, ed. preparada por MANUEL LEZERTUA E JOSE VIDA SORIA, Granada, 1987.

Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (CCDSFT) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Se, perante conflitos sociais ocorridos num Estado-membro, as instâncias comunitárias já se viram na necessidade de intervir, é porque tais conflitos, longe de serem neutrais, podem assumir características e dimensões que os atraem para o seio do direito comunitário.

Os casos de Viking¹¹ e Laval¹², decididos pelo TJUE em Dezembro

¹¹ Tratou-se, resumidamente, de um litígio que opôs a Federação Internacional dos Trabalhadores do Transporte (FITT) e a União dos Marinheiros Finlandeses à sociedade Viking Line ABP, uma sociedade finlandesa que efectuava a ligação marítima entre Tallinn (Estónia) e Helsínquia (Finlândia), e que foi motivado pelo facto de a sociedade pretender mudar a “nacionalidade” do pavilhão de um navio de que era proprietária. Com efeito, em relação a um navio cujo pavilhão estava registado na Finlândia, país onde a sociedade proprietária tinha a sua sede, esta, invocando razões económicas, projectou registar o pavilhão na Estónia. Com esta operação, a sociedade visava subtrair-se às condições estabelecidas na convenção colectiva vigente na Finlândia, que impunha custos salariais mais gravosos para si, e celebrar uma convenção colectiva com o pertinente sindicato dos trabalhadores estonianos, aproveitando as condições para si mais favoráveis possibilitadas pelo ordenamento da Estónia. Contra esta pretensão se mobilizaram a FITT, que tem por objectivo combater os chamados “pavilhões de conveniência” – aqueles em que a propriedade e o controle efectivos de um navio se situam num Estado e o navio está matriculado noutro Estado – e o sindicato finlandês, ameaçando recorrer à greve para impedir a mudança de “nacionalidade” do pavilhão do navio e para pressionar no sentido de que a convenção colectiva a celebrar pela Viking tivesse como contraparte o sindicato finlandês, por ser neste país que a sociedade tinha a sua sede efectiva.

O sindicato finlandês tinha filiados no navio em questão e não estava vinculado à obrigação de paz laboral, uma vez que considerava ter cessado a convenção colectiva anteriormente celebrada com a sociedade Viking, o que, segundo o direito finlandês, lhe permitia promover uma greve lícita. Esta reivindicação, na medida em que o sindicato finlandês entendia que apenas ele era titular do direito à negociação colectiva e não já outros sindicatos situados no país onde o pavilhão do navio estava matriculado, levou o juiz que procedeu ao reenvio a questionar o TJCE se isto não constituía uma restrição discriminatória para efeitos do art. 43.º do TCE e do Regulamento n.º 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro.

¹² Para o que ora nos interessa, os traços mais salientes deste caso são os seguintes: uma sociedade da Letónia deslocou-se à Suécia para realizar obras no sector da construção civil. A actividade desta sociedade era realizada ao abrigo de uma prestação transnacional de serviços e materializava um destacamento internacional de trabalhadores, pelo que se enquadrava na previsão do art. 49.º do TCE e do art. 3.º da Direc-

de 2007, exemplificam o que se acaba de referir. Em ambas as situações estava em causa a compatibilidade do exercício do direito de greve, lícito segundo os respectivos ordenamentos nacionais, bem como o exercício de outra acção colectiva (boicote), com a liberdade de estabelecimento — então prevista no art. 43.º do TCE e hoje no art. 49.º do TFUE — e a liberdade de prestação de serviços — na altura consagrada no art. 49.º do TCE e hoje no art. 56.º do TFUE —, tendo o tribunal entendido que tais acções não só não escapavam ao âmbito de aplicação das pertinentes disposições comunitárias, como, no caso concreto, materializavam restrições às referidas liberdades comunitárias¹³.

O TJUE tornou claro nos dois referidos acórdãos que o exercício da acção colectiva pelos sindicatos poderá constituir um obstáculo às li-

tiva 96/71, de 16 de Dezembro. No direito sueco não existe nenhuma disposição legal a fixar o montante de salário mínimo, remetendo-se o cálculo das retribuições para a negociação colectiva. Este regime é aplicável tanto às relações laborais internas como àquelas que se desenvolvem no quadro de um destacamento internacional de trabalhadores. Nesta senda, a estrutura sindical representativa dos trabalhadores suecos nas obras em causa tentou, através de negociação, persuadir a Laval a celebrar ou a aderir à convenção colectiva da construção civil já existente no sector em causa, e a fixar as retribuições a pagar aos trabalhadores destacados. Como o regime da convenção colectiva sueca acarretava maiores custos para a Laval do que aqueles que resultavam da convenção colectiva por ela celebrada na Letónia, e como das negociações com a estrutura sindical sueca resultavam salários mais elevados para os trabalhadores destacados do que aqueles que eram efectivamente pagos pela Laval, esta não chegou a acordo. Em face disto, o sindicato sueco dos trabalhadores do sector da construção e dos trabalhos públicos promoveu uma acção colectiva de bloqueio no conjunto de locais de trabalho da Laval na Suécia, no que foi acompanhado por uma acção de solidariedade por parte do sindicato sueco dos trabalhadores de electricidade, a qual paralisou todos os trabalhos de electricidade em curso nas obras a cargo da Laval. Esta empresa deixou de exercer qualquer actividade e os trabalhadores destacados regressaram à Letónia.

¹³ Para o TJCE, “o direito das organizações sindicais de um Estado membro de desencadear tais acções colectivas é susceptível de tornar menos atraente, ou mesmo mais difícil, para as empresas a prestação de serviços no território do Estado membro de acolhimento e constitui, por este facto, uma restrição à livre prestação de serviços no sentido do art. 49 CE” (ponto 4. Do Sumário do Acórdão Laval). Para uma apreciação dos dois importantes acórdãos referidos no texto, SILVANA SCIARRA, “Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo”, *LD*, 2/2008, 245 e ss., e PATRICK CHAUMETTE, “Les actions collectives syndicales dans le maillage des libérés communautaires de entreprises”, *DS*, n.º 2 — Février 2008, 210-220).

berdades económicas reconhecidas às empresas, o qual poderá ser considerado justificado pelas instâncias jurisdicionais nacionais e comunitárias, na medida em que ele configure uma restrição em prol de exigências de tutela dos interesses dos trabalhadores que correspondam, na óptica comunitária, à tutela de um interesse geral¹⁴.

Caso isto suceda, há sempre que proceder a uma avaliação tendente a verificar casuisticamente se os efeitos restritivos da greve ou de outras acções colectivas sindicais sobre as liberdades da empresa e do mercado são necessárias e adequadas e se os resultados pretendidos com tais acções não poderiam ser conseguidos por outra via menos constringente para a liberdade económica em causa. Enfim, para que a greve constitua uma restrição lícita às liberdades do mercado interno é, antes de tudo, necessário que ela vise tutelar interesses dos trabalhadores que correspondam a interesses gerais dignos de protecção à luz do direito comunitário; mas não basta, é ainda necessário que a acção colectiva em causa passe o teste da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Mais do que, pura e simplesmente, dar relevância à acção colectiva enquanto comportamento de entidades privadas capaz de justificar um obstáculo ou restrição às liberdades do mercado, a preocupação dos acórdãos Viking e Laval centrou-se em limitar os termos em que tal relevância opera. Mais do que reforçar o reconhecimento do direito de greve, em termos substanciais, o que resulta desta jurisprudência é, em primeiro lugar, a restrição das hipóteses em que a greve pode materializar uma restrição lícita às liberdades económicas. Com ela, traça-se um

¹⁴ Como atrás foi aludido, o TJUE já reconheceu que entre as “razões imperiosas de interesse geral” se conta a protecção dos trabalhadores, desde que com tal protecção se prossigam objectivos comunitários legítimos e não se ultrapasse o que é necessário e adequado para atingir tal objectivo. Neste sentido, entre outros, vai o acórdão tirado no caso Viking, o qual, depois de reconhecer que as acções colectivas desencadeadas para pressionar a conclusão de uma convenção colectiva entre um sindicato pertencente a um Estado-membro e uma empresa pertencente a outro Estado-membro, de modo a que ela se aplique aos trabalhadores da filial da empresa situada no Estado a que pertence o sindicato, constituem restrições ao art. 43.º do TCE, logo acrescenta que «estas restrições podem, em princípio, ser justificadas a título de protecção de uma razão imperiosa de interesse geral, tal como a protecção dos trabalhadores, na condição que seja estabelecido que elas são aptas a garantir a realização do objectivo legítimo prosseguido e não vão além do que é necessário para atingir esse objectivo» (n.º 3 da decisão).

espaço de actuação da autonomia colectiva diferente daquele que era delimitado pelo ordenamento interno. E com isto redimensionam-se os limites à greve; esta passa a conhecer mais uma restrição, desconhecida até à integração comunitária, fundada nas liberdades económicas inerentes ao mercado interno, a que, tal como o TCE ontem, o TUE hoje atribui um papel cimeiro.

2. Direito comunitário e greve

Para além da possível interferência entre a greve e as liberdades essenciais do mercado comunitário, deve ser também salientado que a greve lícita é vista, em si mesma, como um bem a proteger pelo próprio direito comunitário.

Esta questão, importante para elucidar a posição do ordenamento comunitário perante a greve, deve ser vista à luz da problemática mais vasta respeitante à integração dos direitos sociais fundamentais no ordenamento comunitário¹⁵.

2.1. Período inicial

Não sofre hoje de contestação séria que na primeira fase da integração europeia as energias foram, absorventemente, canalizadas para a instauração de um mercado comum entre os Estados-membros¹⁶. Fosse

¹⁵ E é aconselhável ter sempre presente, como oportunamente nos recordam CARINCI e PIZZOFERRATO, que os «direitos sociais representam uma componente essencial dos direitos fundamentais do homem e não podem faltar num ordenamento supranacional que pretenda afirmar-se como originário, exclusivo e democrático, como o da Comunidade europeia ...», ««Costituzione» europea e diritti fondamentali», *LD/a*, XIV, n.º 2, primavera 2000, 284.

¹⁶ Entre nós, cfr. JORGE LEITE, “Uma viagem pela (História da) Comunidade Europeia”, *Fundamentos do Direito do Trabalho*, Estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França, LTr, São Paulo, Brasil, 19 e ss.; BARROS MOURA, “*Direito do Trabalho e integração económica*”, *QL*, Ano II, n.º 5, 1995, 88 e ss.; LIBERAL FERNANDES, *O Direito de Livre Circulação dos Trabalhadores Comunitários, O mercado europeu de trabalho*, in JORGE LEITE, LIBERAL FERNANDES, JOÃO REIS, *Direito Social Comunitário*, Tomo I, Cosmos, Direito, 1998, 23 e ss., J. J. ABRANTES, “*Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdão — a caminho de um Direito do Trabalho europeu?*”, *QL*, Ano VII, 2000, n.º 16, 162 e ss;

por causa da “*frigidità sociale*” de que padeciam os “pais fundadores” das Comunidades, como sustenta Mancini¹⁷, ou por uma excessiva crença nas virtualidades do livre funcionamento do mercado, como advogam outros¹⁸, o certo é que os direitos sociais fundamentais não faziam parte da agenda do Tratado de Roma.

2.2. *Acto Único Europeu*

Só a partir do Acto Único Europeu (AUE), de 1986, motivado pela necessidade de acelerar a integração económica, e por causa desta, se começou a desenhar uma autónoma política social comunitária.

A sensibilidade do AUE aos direitos sociais fundamentais ficou-se, no entanto, por uma simples referência, no seu preâmbulo, à Carta Social Europeia (CSE). Em todo o caso, a partir daqui, um forte apelo para que o fosso entre a dimensão económica e social da Comunidade fosse reduzido, não mais deixou de se fazer ouvir.

¹⁷ “Principi fondamentali di diritto comunitario del lavoro nell’ ordinamento delle Comunità europea”, in *Il Lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Padova, 1988, 26. Na convicção de MANCINI, os “*padri fondatori*” aderiram à tradição liberal, baseada na ideia de que o essencial é preservar o bom funcionamento do mercado, assente na liberdade de concorrência, pois da liberdade das trocas brotaria, naturalmente, uma propulsão para o reconhecimento e realização dos direitos sociais. Daí a ausência de uma autónoma e consistente política social nos tratados originários e da correlativa consagração de direitos sociais. Estes, quando muito, seriam, simples corolários do livre desenvolvimento das liberdades económicas. No mesmo sentido, entre outros, CARINCI e PIZZOFERRATO, “«Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali”, cit., 286.

¹⁸ Há uma corrente doutrinal significativa que contesta a adesão dos tratados constitutivos das Comunidades ao modelo do liberalismo clássico, sustentando, diversamente, que eles se inspiraram no modelo da economia social de mercado, na crença de que é da instauração de eficientes condições de concorrência que, necessariamente, resultam as condições para a prossecução de objectivos sociais. Este “optimismo” era explicado pela fase expansiva por que então passava a economia ocidental — recordemos os “trinta gloriosos anos”-, o que leva a compreender a consagração do princípio da “igualdade no progresso”, proclamado na versão original do art. 117.º do TR. Para maiores desenvolvimentos, cfr., entre outros, Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici essenziale nel processo d’integrazione Europea*, Uno Studio di Diritto Comparato e Comunitario, G. Giappichelli Editore, Torino, 180-182.

2.3. Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais

E, nesta senda, depois do falhanço da tentativa da presidência belga, em 1988, para estabelecer um texto juridicamente vinculativo sobre direitos sociais fundamentais¹⁹, surgiu, em 1989, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (CCDSFT)²⁰. Adoptada para compensar os moderados avanços sociais verificados com o AUE, esta carta representa a primeira “codificação” comunitária dos direitos sociais fundamentais. O direito de greve faz parte do elenco de direitos nela consagrados. Deu-se um passo na direcção do que já era defendido e estimulado pela OIT²¹.

Contudo, o passo não foi significativo. Simbolicamente importante, na medida em que posicionou o direito de greve ao nível dos direitos fundamentais, à Carta foi apenas atribuída a natureza de uma declaração política e, deste modo, não provocou nenhuma alteração nos tratados vigentes.

Embora o ponto possa ser discutível, parece-nos que a dimensão social da Comunidade não era a prioridade ou o objectivo central para os “pais fundadores” da Comunidade. A razão parece estar do lado daqueles que pensam, como J. Leite, que «o Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia é um monumento à fé liberal, à crença nos automatismos do mercado de cujo funcionamento defluidria, como esperavam, o bem-estar de cada um porque todos, mesmo sem o saberem, ou até sem o quererem, seriam guiados por uma mão tão invisível como sábia e ponderada. Tudo nele se encontrava, pois, preordenado à construção de um mercado comum, afinal a sua razão de ser», “Uma viagem pela (História da) Comunidade Europeia”, cit., 19-20.

¹⁹ Referimo-nos ao Memorando que, inspirado nas fontes de direito internacional, pretendia combater os efeitos sociais nefastos induzidos pela desregulamentação provocada pela aceleração da integração económica, através de um instrumento corporizador dos direitos sociais fundamentais. Esta tentativa não foi avante, diz-se, por oposição da Inglaterra. Cfr. ARRIGO, *Il diritto del lavoro, dell’Unione europea*, Tomo I, Milano, 1998, 135 e ss.

²⁰ Adoptada em consequência da deliberação do Conselho de Estrasburgo de 1989.

²¹ A doutrina da OIT sobre direitos sociais fundamentais inspirou a elaboração da CCDSFT, a CDFUE, e os capítulos sociais do direito comunitário originário. Neste sentido, O. AVILÉS, *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: Un estudio comparado*, Oficina Internacional del Trabajo — Ginebra, Mayo 2007, 20.

2.4. Acordo sobre Política Social

O Acordo sobre Política Social anexo ao Tratado de Maastricht, de Fevereiro de 1992, aumentou e reforçou as competências da Comunidade em matéria social²². Mas, para além de não ter vinculado o Reino Unido, continuou a excluir o direito de greve do âmbito das competências comunitárias. Diferentemente do Acto Único, nem sequer fez uma referência, ainda que simbólica, através da CSE, aos direitos sociais fundamentais.

2.5. Tratado de Amesterdão

O Tratado de Amesterdão, vigente a partir de 1 de Maio de 1999, consagrou inovadoramente um capítulo sobre o emprego²³ e incorporou o Acordo sobre Política Social anexo ao Tratado de Maastricht no TCE, mas, além disso, para o ponto que nos interessa, o dos direitos sociais fundamentais, introduziu alterações que não devem passar despercebidas.

Com efeito, neste tratado encontram-se duas importantes referências aos direitos sociais fundamentais, uma das quais foi inserida no quarto ponto do preâmbulo do TUE e a outra no art. 136.º do TCE (actual art. 151º do TFUE).

²²Contudo, como bem observa ORLANDINI, as «novas competências não presuponham nenhum reconhecimento dos direitos sociais em que se baseassem; foram concebidas como sectores “novos”, sobre os quais as instituições comunitárias podiam intervir, mas sem estarem vinculadas por um quadro de direitos sociais juridicamente relevante», *Sciopero e servizi pubblici essenziale* ... cit., 183. Para maiores desenvolvimentos sobre o novo quadro normativo da política social depois do TUE, cfr. M.-A. MOREAU, “*Tendances du droit social communautaire ombres et bronillard à Maastricht*”, *DS*, n.º 1 Janvier 1994, 80 e ss e RODRIGUES-PIÑERO E EMÍLIA CASAS, “*In Support of a European Social Constitution*”, cit., 38-41.

²³Cfr. O Título VIII do Tratado de Roma, introduzido pelo Tratado de Amesterdão. Deve, no entanto, ser precisado que, ao contrário do que sucedia antes, o ambicioso «objectivo keynesiano do pleno emprego é afastado, não vá Keynes ressuscitar, depois de ter sido decretada a sua “morte” ... (um elevado nível de emprego é quanto basta)», AVELÃS NUNES, “A Constituição Europeia e as políticas sociais”, em *Entre discursos e culturas jurídicas*, obr. coordenada por CANOTILHO e STRECK, *Studia Iuridica*, 89, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 241.

Pela primeira vez, no capítulo alusivo à política social comunitária, uma norma passou a referir-se, directamente, à obrigação de tanto a Comunidade como os Estados-membros terem em conta «... os direitos sociais fundamentais, tal como os enunciam a Carta Social Europeia ... e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores ...» (art. 136.º do TCE), logo, indirectamente, se passou a aludir ao direito de greve, que, como sabemos, faz parte do elenco de direitos nelas consagrado.

Esta inovação, independentemente do seu exacto significado e valor jurídico, representou claramente uma vontade de valorização da tutela dos direitos sociais fundamentais

A carência de iniciativa própria em matéria de greve por parte da Comunidade, não significa o mesmo que irrelevância do direito de greve na execução da política social comunitária. Atribuir relevância aos direitos sociais, foi justamente o que se pretendeu com a alteração introduzida pelo T. Amsterdão no então art. 136.º. Coisa diferente é apreciar o mérito do regime instituído. Na verdade, o mesmo tratado, ao obrigar a Comunidade a ter em conta os direitos sociais fundamentais numa norma e, simultaneamente, ao excluir a competência dela para tutelar alguns deles na norma seguinte, não primava, seguramente, pela coerência. A assunção séria de tais direitos requereria certamente a eliminação do n.º 5 do art. 137.º do TCE.

É, em grande parte, por causa desta incoerência, que ainda hoje a posição do ordenamento comunitário sobre a greve padece de imprecisão e ambiguidade. Esta situação prorrogou-se no ordenamento actual, onde os arts. 151.º e 153.º, n.º 5, do TFUE, correspondem, respectivamente, aos arts. 136.º e 137.º, n.º 5 do TCE.

A alteração introduzida pelo Tratado de Amsterdão no art. 136.º obriga, forçosamente, a interpretar esta norma com um sentido diferente do que ela tinha antes da sua modificação. A remissão para as duas cartas tem de ter um qualquer sentido útil. Mas atribuir-lhe, pura e simplesmente, o significado de que, doravante, a integração económica ficaria completa e unilateralmente sujeita à efectivação dos direitos sociais previstos nas duas cartas, não passaria de um optimismo ingénuo, o contrário tanto à teleologia da norma como à lógica determinante da construção comunitária.

Em sentido, inverso, conferir um simples valor programático às alterações de Amsterdão neste domínio, despido de qualquer relevo jurídico, corresponde a uma atitude minimalista, que desde logo não é a mais

conforme com os objectivos pretendidos com as alterações: reforço dos direitos sociais fundamentais. Se é o reforço destes que está em questão, e não tendo a norma, antes pelo contrário, afirmado claramente o seu sentido programático, devemos procurar retirar dela o máximo de vinculatividade possível, ainda que tal vinculatividade possa vir a ser mínima.

Quanto a nós, tal remissão comportou principalmente duas dimensões importantes. Em primeiro lugar, delimitou e concretizou quais os direitos sociais a que a Comunidade deve, no mínimo, ter em conta na prossecução da sua política social; são pelo menos aqueles que se encontram nesses dois instrumentos.

Neste sentido, a norma assumiu uma dimensão vincadamente programática. A referência aos direitos sociais das cartas visou situar e apontar um rumo aos próprios objectivos sociais a prosseguir pela Comunidade e pelos Estados-membros. O mesmo é dizer que a referência às duas cartas não se traduz num regime jurídico atributivo de direitos incondicionais aos cidadãos da União Europeia.

Em segundo lugar, a norma esclareceu um importante problema de qualificação jurídica: ela aceitou a existência no seio do direito comunitário da categoria dos direitos sociais fundamentais²⁴. No passado, o ordenamento comunitário apenas reconhecia a categoria dos direitos fundamentais tal como ela era garantida na CEDH. A partir do T. Amesterdão, para além dos direitos civis e políticos de cariz mais liberal, passaram igualmente a ter assento direitos sociais elevados à categoria primária dos direitos fundamentais. Entre eles encontra-se o direito de greve.

Esta conclusão é importante porque, a partir dela, é perfeitamente legítimo sustentar que o comprometimento da União e da Comunidade com os direitos sociais fundamentais passou a ter uma base jurídica no tratado institutivo da comunidade europeia, cuja eficácia passou a poder ser desenvolvida pelo Tribunal de Justiça. Ficou aberta a via para que os direitos sociais fundamentais possam ser integrados enquanto princípios gerais do direito comunitário.

²⁴ Com a alusão aos direitos sociais fundamentais, feita no art. 136.º do TCE, também para POCAR e VIARENGO, o que se quer dar conta é «que os direitos contidos nas cartas sociais se tornaram ... princípios fundamentais da política social da Comunidade, aos quais deverá corresponder um nível de tutela assegurado pela acção comunitária», *Diritto Comunitario del Lavoro*, cit., 281.

Apesar de o direito de greve, compreensivelmente, não constar do catálogo dos direitos fundamentais acolhidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)²⁵, a que a UE deve obediência (art. 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia), isto não legitima nenhum argumento decisivo a favor da sua exclusão do ordenamento comunitário.

Tudo leva a crer que tal exclusão se deve ao facto de este instrumento ter sido encarado pelo Conselho da Europa na perspectiva do homem-cidadão e não na do homem-trabalhador. Pois, a mesma organização, ao celebrar uma convenção sobre direitos económicos e sociais — a Carta Social Europeia²⁶ — não demonstrou nenhuma relutância em consagrar, pela primeira vez no direito internacional, o direito de greve.

2.6. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A propósito da posição do ordenamento comunitário sobre a greve, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)²⁷ merece uma referência particular e, em certa medida, decisiva.

²⁵ Esta convenção, assinada em Roma em 1950, teve pouca ou nenhuma influência sobre o direito do trabalho. Ela teve como principal intuito dar força vinculativa no espaço europeu à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, cuja eficácia se resume a uma mera declaração de princípios. Tratou-se, nas palavras de G. LYON-CAEN e A. LYON-CAEN, «... de transformar o que era uma simples declaração de princípios numa convenção obrigatória para os países europeus», *Droit social international et européen*, 7.ª ed., Pécis Dalloz, 1991, 137.

²⁶ Esta convenção internacional foi elaborada em 1961, mas só em 1991 passou a vigorar em Portugal. Ela merece ser salientada por ser o primeiro texto de direito internacional a consagrar expressamente, no art. 6.º, n.º 4, o direito de greve. Isto constituiu «uma verdadeira novação do direito internacional do trabalho», LYON-CAEN (GÉRARD E ANTOINE), cit., 141. A Carta Social Europeia foi remodelada em 3 de Maio de 1996 e aprovada pela A. República, através da Resolução n.º 64-A/2001 (cfr. DR n.º 241, Série I –A, 1.º Suplemento de 17-10-01), mas manteve inalterado o art. 6.º, n.º 4.

²⁷ Assinada em Nice, pelos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, em 7 de Dezembro de 2000. Como o seu preâmbulo faz questão em salientar, a Carta dos Direitos Fundamentais apoia-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, nos tratados comunitários e no da União Europeia, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Carta Social Europeia, na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores e na Jurisprudência do

2.6.1. *A CDFUE no período inicial*

Fora dos tratados comunitários, este instrumento internacional não gozava de eficácia jurídica vinculativa. Foi-lhe reconhecido o valor programático próprio das declarações de princípio²⁸. Contudo, para quem entenda que ela não se inseriu na via de dotar o ordenamento comunitário de uma constituição²⁹, até ao momento frustrada, terá de admitir que ela se ligou pelo menos a um processo de “fundamentalização

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

²⁸ Sobre o valor desta Carta e para a sua compreensão geral, entre nós, cfr. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Coimbra Editora, 2001. Trata-se de um estudo elaborado em nome da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por um grupo coordenado POR VITAL MOREIRA, de que faziam parte ANA RIQUITO, CATARINA VENTURA, J. VIEIRA DE ANDRADE, J. GOMES CANOTILHO E M. GORJÃO-HENRIQUES.

²⁹ O conteúdo da Carta constituía a Parte II do Tratado Constitucional Europeu, de 2004, o qual não foi adiante, como sabemos, por ter sido rejeitado em dois Estados-membros (Holanda e França). Esta “Constituição Europeia” nasceu da “Convenção sobre o futuro da Europa”, convocada pelo Conselho de Laeken, de Dezembro de 2001. Sobre esta Convenção, evidenciando, a justo título, as debilidades e incorrecções do método seguido para elaborar a “Constituição Europeia”, AVELÃS NUNES, “A Constituição Europeia e as políticas sociais”, em *Entre discursos e culturas jurídicas*, obr. cit., 237-239. Não deve, porém, confundir-se a legítima aspiração de um catálogo de direitos fundamentais juridicamente vinculativos, donde façam parte os direitos sociais fundamentais, com a existência de uma constituição europeia. Aquele não pressupõe necessariamente esta, embora o contrário, isto é, uma constituição sem direitos sociais fundamentais seja, sobretudo na Europa, algo de verdadeiramente insólito. Já em 1996, a favor de uma “constitucionalização dos direitos sociais”, entre outros, RODRIGUES-PIÑERO e EMÍLIA CASAS, “In Support of a European Social Constitution”, in *European Community Labour Law, Principles and Perspectives*, *Liber Amicorum Lord Weddeburn*, cit., principalmente, 43 e ss. Entre nós, a perspectiva de que a CDFUE se insere num processo mais vasto de “constitucionalização da União Europeia” é perfilhada por ANA M. G. MARTINS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais”, *Direito e Justiça*, vol. XV, T. 2, 2001, 206 e RUI MEDEIROS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado português*, in *Nos 25 anos da Constituição da República portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001, 17 e ss.

de direitos”³⁰.

As esperanças e a importância solene que se lhe associaram, a experiência acerca do funcionamento da construção comunitária, a relevância do seu conteúdo, o seu papel apelativo na motivação e aproximação do cidadão europeu às instituições comunitárias e aos fins da União, faziam crer, desde a sua proclamação, que ela estava destinada a desempenhar um papel importante³¹.

No essencial, a CDFUE é um instrumento modesto. «Mas esta modestia — como conclui Moura Ramos — não exclui que, sem pretender embora constituir mais do que o fruto da codificação e do desenvolvimento progressivo do sistema preexistente, a Carta não deixe de vir a inspirar, independentemente do seu valor jurídico, o quadro de valorações da jurisdição comunitária, e não venha a ter igualmente um efeito de irradiação sobre os demais mecanismos (nacionais e internacionais) de protecção dos direitos fundamentais»³².

Também à CCDSF não foi atribuída eficácia vinculativa, e isto não impediu que ela tenha constituído uma referência para a adopção de actos normativos e programas comunitários importantes. Por isso, a CDFUE foi desde o seu surgimento tida por alguns como documento «de referência constitucional da União Europeia» (Manzella)³³, doravante “iniludível” (Rodotà)³⁴, pelo menos para as instituições comunitárias favoráveis à sua incorporação nos tratados, e que se insere num «... autêntico processo constituinte de uma comunidade política supranacional

³⁰ Segundo GOMES CANOTILHO, a «incorporação de uma carta de direitos fundamentais não significa que ela transporte uma qualquer ideia de constituição europeia e de Estado europeu», “Compreensão jurídico-política da Carta”, *Carta de Direitos Fundamentais da União*, cit., 14.

³¹ Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, CATARINA VENTURA, «Contexto e justificação da Carta», in *Carta de Direitos Fundamentais ...*, cit., 39 e ss.

³² «A Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais», in *Cuardenos Europeos de Deusto* n.º 25/2001, 184-185.

³³ “Dal mercato ai diritti”, in *Riscrivere i diritti in Europa*, IL Mulino, Bologna, 2001, 29 e ss.

³⁴ «La Carta come atto politico e documento giuridico», in *Riscrivere i diritti in Europa*, IL Mulino, Bologna, 2001, 61 e ss.

pós-estatal, fundada sobre direitos ...» (S. Giubboni)³⁵.

Tão ou mais importante do que os efeitos referidos, é o papel mínimo de influenciar a jurisprudência do TJUE, que lhe é reconhecido pela própria Comissão, o que não será pouco, dado que isto “produzirá, em virtude da autoridade adquirida pelo Tribunal, um inelutável efeito conformador do sistema de valores”³⁶.

2.6.2. *A incorporação da CDFUE no Tratado de Lisboa*

As incertezas derivadas da falta de eficácia jurídica da Carta deixaram de ter sentido com a aprovação do Tratado de Lisboa, em 13 de Dezembro de 2007, o qual veio a reconhecer-lhe o mesmo valor jurídico dos tratados³⁷. Os direitos constantes da Carta foram incorporados, por remissão, no direito comunitário originário ou primário³⁸. A União não se limita agora a reconhecer os direitos constantes da CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros enquanto princípios gerais de direito comunitário, mas enquanto direitos consagrados em

³⁵ «Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea», *DLRI*, n.º 92, 2001, 4, 619.

³⁶ B. CARUSO, “Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il Diritto del Lavoro”, cit., p. 128, nota 132;

³⁷ Nos termos do art. 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do TUE. A definição do estatuto da CDFUE era um dos desafios sobre o futuro da UE constantes da Declaração n.º 23 anexada ao Tratado de Nice.

³⁸ No mesmo sentido, entre outros, L. J. QUESADA, para quem «... no seio da União Europeia, o Tratado de Lisboa situa a CDFUE no máximo nível hierárquico normativo, sem que a técnica do reenvio ... resulte menos contundente do que a técnica da integração no texto articulado do Tratado ...» “La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos Europeus de Deusto*, n.º 40/2009, 69. A decisão do Conselho Europeu da União Europeia de Bruxelas, de 21 e 22 de Junho de 2007, de não inserir a CDFUE no futuro Tratado de Lisboa, e a existência de um Protocolo que prevê restrições à aplicação desta Carta ao Reino Unido e à Polónia, levam a admitir «que se abra de novo um panorama de luzes e de sombras no que aos direitos fundamentais na União europeia se refere» (M. LLORENS, “La agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea: avance u oportunidad?”, cit., 578).

normas com um valor idêntico às dos tratados comunitários³⁹.

2.6.3. *As características da CDFUE*

Reunindo pela primeira vez num documento os direitos civis, económicos e sociais fundamentais do cidadão e do trabalhador comunitário⁴⁰, a Carta transmite um sinal evidente contra a tendência de desvalorização dos últimos em relação aos direitos civis e políticos da pessoa. Todos devem ser protegidos, porque todos fazem parte do património cultural e jurídico da Europa:

Para o que nos importa, no capítulo intitulado de “Solidariedade”⁴¹, «em caso de conflitos de interesses», o art. 28.º reconhece aos trabalhadores e empregadores, o direito de recorrer “... às acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve”⁴².

Haverá alguma inovação nesta disposição? Cremos que sim.

Em primeiro lugar, não é de desprezar nem de minorizar que o direito de greve apareça directamente acolhido entre os direitos fundamentais da União e logo numa declaração solene e de alto nível, a que, depois do Tratado de Lisboa, se reconhece um valor equiparado ao dos tratados comunitários.

Antes da CDFUE, podiam ser suscitadas algumas dúvidas sobre a

³⁹ O que, na opinião de L. DANIELE, configura um salto qualitativo em relação à versão anterior do art. 6.º, n.º 2, do TUE (cfr. “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 4/08, Giuffrè Editore, 658-659).

⁴⁰ O que não foi fácil, dada a resistência suscitada no seio da própria Convenção quanto à incorporação dos direitos sociais na Carta. Sobre as razões que «tornaram mais difícil obter um consenso sobre os direitos sociais do que sobre os direitos civis e políticos», cfr. ANA M. G. MARTINS, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais», cit., 213-214.

⁴¹ A solidariedade, como princípio fundamental do ordenamento constitucional comunitário, é realçada por vários autores, que a consideram a novidade substancial mais importante da CDFUE, o seu principal “valor acrescentado”. Neste sentido, S. GIUBBONI, “Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea”, cit., 621-623.

⁴² Para uma análise deste artigo, JORGE LEITE, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (Coordenadoras), Almedina, p. 340 e ss.

consagração do direito de greve, assim como de outros direitos sociais fundamentais⁴³, no próprio ordenamento comunitário.

É claro que uma coisa é reconhecer um direito e outra criar uma nova atribuição ou competência comunitária. Como relembra M. Braibant, «consagrar um direito não é afirmar uma competência, é ao contrário enquadrar as competências existentes»⁴⁴. Mas se assim é, separar o direito enquadrador da competência para a sua regulação, torna-se uma operação artificial; se o direito de greve, tal como os outros direitos sociais, passa a enquadrar o exercício das competências sociais comunitárias, não pode deixar de se entender que ele incide, limitando ou conformando, sobre as competências que estão atribuídas à União.

Tem, por isso, inteira razão M. Moreau, quando chama a atenção de que a «Carta de Nice obriga a que uma distinção seja operada entre o campo dos direitos fundamentais reconhecidos aos trabalhadores e o domínio autorizado de harmonização no quadro do princípio da subsidiariedade», e, na linha do que vimos defendendo, entende que é «particularmente ilógico reconhecer um direito como o direito de greve na Carta sem a possibilidade de harmonização das condições de exercício deste direito fundamental»⁴⁵.

Em segundo lugar, deve ser salientada a posição de princípio ligada à dimensão genérica dos direitos fundamentais. O direito de greve, incorporando um valor de escalão superior, deve ser tomado em conta em

⁴³ É certo que antes da Carta de Nice, em virtude das cartas sociais anteriores (CSE e CCDSFT), as dúvidas não faziam muito sentido em relação ao reconhecimento da relevância para a União dos direitos sociais fundamentais; elas eram cabidas essencialmente em relação aos termos e ao significado a atribuir a essa relevância. Como bem observa, M. MOREAU, «era claro antes da promulgação da Carta dos direitos fundamentais que a União estava vinculada por estes diferentes textos. Mas as fórmulas empregadas no Tratado de Maastricht no art. 136 («conscients de», «having in mind») deixavam uma dúvida forte sobre a força real que podiam ter estes direitos sociais fundamentais na elaboração do direito comunitário», «Les droits fondamentaux des travailleurs na União Europeia», in *Mondialisation, Travail et Droits Fondamentaux*, sous la direction de I. Daugareilh, Bruylant, 2005, 63.

⁴⁴ Citado por M. MOREAU, « Les droits fondamentaux des travailleurs na União Europeia », in *Mondialisation, Travail et Droits Fondamentaux*, sous la direction de I. Daugareilh, Bruylant, 2005, 64.

⁴⁵ «Les droits fondamentaux des travailleurs na União Europeia», in *Mondialisation, Travail et Droits Fondamentaux*, cit., 63.

toda a actividade comunitária e, além disso, deve ser protegido enquanto um valor autónomo⁴⁶. Porém, como sucede com outros direitos fundamentais, ele não é reconhecido de forma absoluta ou ilimitada, mas dentro dos limites estabelecidos no ordenamento comunitário e nos direitos e práticas nacionais.

As restrições ao direito de greve devem respeitar sempre o seu núcleo essencial e apenas são justificadas pela necessidade de respeitar os objectivos efectivos «de interesse geral reconhecidos pela União» e a «protecção dos direitos e liberdades de terceiros», nos termos do art. 52.º da CDFUE, o qual deve ser lido conjugadamente com o art. 28.⁹⁴⁷.

Estes limites parecem pouco ou nada acrescentar àqueles que resultam dos ordenamentos nacionais.

Contudo, adiciona-se mais um importante limite à greve, o qual, por definição, é alheio aos ordenamentos nacionais. Trata-se, como é evidente, daquele que se refere ao respeito pelos “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União”, onde podem constar, desde logo, aqueles que são prosseguidos por políticas de competência exclusiva ou concorrente da União. Neste caso, a greve terá de respeitar as exigências comunitárias provenientes de tais objectivos.

Em todo o caso, o que sobreleva é o alcance geral da protecção conferida à greve. Ela não é reconhecida neste ou naquele sector, podendo desenrolar-se nos termos e limites fixados pelos direitos dos Estados-membros.

A atribuição de natureza jurídica vinculativa à CDFUE significará que a União pode regular os direitos sociais fundamentais? Terminará a falta de competência da União para tomar iniciativas no domínio da greve?

Ainda que só nos termos do princípio da subsidiariedade, um mínimo de coerência normativa apontaria para uma resposta positiva. Dir-se-ia que a União e a Comunidade não poderiam deixar de ter competência num domínio em que estão obrigadas a respeitar e a promover, o dos direitos sociais fundamentais. Seria nesse caso um paradoxo atribuir competência exclusiva aos Estados-membros para regular direitos

⁴⁶ Como bem salienta M. Moreau, «torna-se inconcebível que a União possa vincular-se num sentido contrário ao destes direitos e liberdades», *Idem*, 69.

⁴⁷ Neste sentido, cfr. as conclusões n.ºs 75 e 76 do Advogado-Geral Mengozzi no caso Laval (proc. C- 341/05).

que também à União cabe tutelar. Esta lógica argumentativa conduz, porém, a um puro engano. Na verdade, tal como já sucedia na projectada Constituição europeia, o Tratado de Lisboa dissipa todas as dúvidas a este respeito.

Na realidade, o art. 6.º, n.º 1, do TUE, que, como vimos, reconhece eficácia jurídica à CDFUE, convive com o n.º 5 do art. 153.º do mesmo diploma, ou seja, confirmando o regime do T. Amesterdão, a referência aos direitos sociais fundamentais enunciados na CSE e na CCDSFT, feita no art. 151º do TUE, não suprime a falta de competência da União para regular o direito de greve. A ambivalência e ambiguidade quanto à questão da competência continuam.

A União continua, tal como no passado, a deter uma competência subsidiária nos domínios enumerados nos arts. 151º e 153.º, n.º 1, onde existem afloramentos de alguns princípios fundamentais sociais, mas não para adoptar medidas sobre o regime da greve.

Uma quarta observação é cabida a propósito do ângulo com que esta carta encara a greve⁴⁸. Em termos sistemáticos, esta aparece regulada no capítulo alusivo à solidariedade.

Com efeito, a greve, o direito à contratação colectiva e a acção colectiva em geral, são perspectivados como instrumentos ou meios de solidariedade⁴⁹, ao lado de outros direitos laborais, tais como os de informação e consulta (art. 27.º)⁵⁰, de acesso aos serviços de emprego (art. 29.º), de protecção em caso de despedimento sem justa causa (art. 30.º),

⁴⁸ A inserção do direito de greve na CDFUE, é vista, por alguns autores, como uma «... real inovação». Neste sentido, M. MOREAU, «Les Droits Fondamentaux des Travailleurs dans L'Union», cit., 69.

⁴⁹ A necessidade de promover a solidariedade e de o direito se abrir cada vez mais a ela vai aumentando com o crescimento da crise social. A solidariedade não é hoje uma questão exclusivamente ética ou moral; é também uma delicada questão jurídica. Como observa, sensatamente, ADRIANO MOREIRA, «A fronteira da pobreza que ultrapassou o Mediterrâneo, o crescente número de idosos dependentes, de pessoas carentes, de abandonados, e, muito relevantemente, de jovens sem futuro visível, fazem da solidariedade uma das ideias-força do direito contemporâneo» («A garantia dos direitos e a solidariedade», *Diário de Notícias*, de 31/05/2011).

⁵⁰ Sobre este artigo, JÚLIO GOMES, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (Coordenadoras), Almedina, p. 331 e ss.

o direito a condições saudáveis, seguras e dignas de trabalho (art. 31.º), a uma limitação da jornada de trabalho e ao repouso periódico e anual (art. 31.º), à proibição do trabalho infantil (art. 32.º), à conciliação entre a vida familiar e profissional (art. 33.º) e à segurança e assistência social (art. 34.º).

A solidariedade pretendida não se resume, todavia, aos direitos de extracção laboral; estende-se ainda à protecção da família (art. 33.º), do ambiente (art. 37.º), dos consumidores (art. 38.º) e ao combate contra a exclusão social e a pobreza (art. 34.º).

Ou seja, vista na sua globalidade e complexidade, a Carta transmite claramente a mensagem de que os seus cinco capítulos — dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade e cidadania — formam uma unidade, cujo centro de aglutinação é a pessoa humana⁵¹.

Uma quinta observação prende-se com a concepção acerca das próprias relações colectivas de trabalho. Como vimos, os tratados comunitários têm separado a «representação e defesa colectiva dos interesses dos trabalhadores ...» (art. 153.º, n.º 1, al. f) do TUE) e a defesa de interesses por via da greve (art. 153.º, n.º 5, do TUE). A União deve, de acordo o princípio da subsidiariedade⁵², apoiar e completar a acção dos Estados no primeiro domínio, mas não já no segundo, onde a sua competência aparece excluída. Nesta arquitectura jurídica, a greve e o direito sindical surgem distanciadas das outras formas de representação e defesa colectiva de interesses dos trabalhadores, nomeadamente do direito de contratação colectiva.

Enveredando por um modelo próximo da Carta Social Europeia, a CDFUE trata na mesma disposição o direito de greve e o direito à negociação colectiva, como que a indiciar a existência de uma estreita conec-

⁵¹ O que de resto é claramente evidenciado no segundo parágrafo do preâmbulo da Carta; diz ele: «Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade ... Ao instituir a cidadania da União ... coloca o ser humano no cerne da sua acção».

⁵² Entendido tanto na óptica da partilha de competências entre a Comunidade e os Estados-membros — subsidiariedade vertical-, como na perspectiva de indicar a fonte normativa mais apropriada — subsidiariedade horizontal. Acerca deste duplo sentido, SUPLOT e outros, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Perspectivas Laborais 1, Associação de Estudos Laborais, Coimbra Editora, 2003, 216.

xão entre eles, ou melhor, a exprimir que, segundo a sua perspectiva, deve existir uma ligação estreita entre a composição consensual dos interesses colectivos e o recurso a acções colectivas, incluindo a greve.

Curiosamente e numa perspectiva diferente da OIT, o art. 28.º da CDFUE deixa o direito sindical de fora, aparecendo este direito acolhido no capítulo das liberdades, como uma dimensão do direito de reunião e de associação (art. 12.º)⁵³. Com esta arrumação, a mensagem parece ser a de que a negociação colectiva e a acção colectiva pertencem aos trabalhadores ou às suas organizações e não exclusivamente às associações sindicais. Estas não são, pois, concebidas como titulares exclusivas do direito de negociação colectiva e de greve.

Por último, a norma faculta a adopção de acções colectivas «aos níveis apropriados». Embora esta expressão esteja referenciada directamente ao direito de negociação colectiva⁵⁴, parece-nos razoável supor que ela abrange igualmente o direito de greve. Faz todo o sentido que assim seja, pois, ao admitir-se a celebração de convenções colectivas aos níveis mais apropriados, e sabendo nós que esse nível tanto pode coincidir com o território de um Estado-membro, como ter um âmbito menor ou maior, seria um tanto incompreensível que o mesmo âmbito não fosse reconhecido à acção colectiva de protesto ou de reivindicação.

Por conseguinte, por esta “porta”, o conflito transnacional ou o supranacional encontram uma base de reconhecimento no art. 28.º da CDFUE.

Em resumo, não é exagerado ver na Carta dos Direitos Fundamentais uma tomada de posição geral do ordenamento comunitário sobre a greve. E a posição é esta: a greve é um direito fundamental para a União Europeia.

Para o reconhecimento desta natureza jurídica não é alheia a qualificação da greve feita nos Estados membros, nem a obrigação de respeito

⁵³ Para uma análise do direito de reunião no direito português, cfr. o interessante estudo de JORGE LEITE, “O Direito de Reunião Sindical na Empresa”, *Boletim do Conselho Distrital de Coimbra — Ordem dos Advogados*, (Separata n.º 1 do Boletim n.º 12 de Dezembro de 2001), 1-14.

⁵⁴ A contratação colectiva europeia deve ser considerada, pelo menos a partir do T. Amsterdão, como uma nova fonte material de direito comunitário. Neste sentido, CARINCI e PIZOFERRATO, cit., 287-288.

pelos direitos fundamentais a cargo da União. Mas, com a CDFUE, o que sobretudo há a salientar é que o direito de greve foi confirmado no patamar dos valores e bens fundamentais da própria União, facto a que dificilmente o direito comunitário poderá ficar imune, sob pena de se tornar dissonante com o património cultural e jurídico europeu.

3. Um direito com um regime frágil e variável

Do que se referiu, decorrem, pelo menos, dois corolários importantes, os quais constituem outros tantos problemas para o regime da greve na actualidade.

Em primeiro lugar, na realização da política social comunitária, resalta a obrigação de a União e os Estados-membros respeitarem os direitos sociais fundamentais, entre os quais se inclui a greve. Trata-se, insistentemente, de uma verdadeira obrigação e não de uma mera orientação a seguir pelas autoridades comunitárias e nacionais. Estas gozam, naturalmente, de discricionariedade na realização dos objectivos sociais plasmados no ordenamento comunitário, mas já não lhes deve ser reconhecida semelhante discricionariedade quanto à observância dos direitos sociais fundamentais⁵⁵.

Contudo, a assunção desta obrigação não teve correspondência adequada na atribuição de competência à União para regular a greve. O regime do art. 153.º, n.º 5 do TFUE exemplifica inequivocamente esta situação.

Abre-se aqui um fosso entre o objectivo de tutelar a greve no ordenamento comunitário e os meios predispostos pelo mesmo ordenamento para a obtenção deste objectivo.

O art. 153.º, n.º 5 do TFUE, dada a natureza de direito social fundamental reconhecida ao direito de greve, não está ajustado ao desenvol-

⁵⁵ Por isso, embora perfilhando uma perspectiva de “constitucionalização” dos direitos sociais fundamentais a que não aderimos, certa doutrina considera, com alguma razão, que se deve distinguir entre os objectivos prosseguidos pela política da União e os seus “princípios constitucionais”. Neste sentido afirma MANZELLA que a previsão e a consecução de «... um objectivo entram na discricionariedade política da União. Já a conformação aos “princípios constitucionais” “... constitui um vínculo que cria em contrapartida um direito à sua observância”, “Dal mercato ai diritti”, *in Riscrevere i diritti in Europa*, Manzela, Melograni, Paciotti, Rodotà, Il Mulino, Bologna, 2001, 39.

vimento verificado no aprofundamento da construção comunitária. Ele reflecte uma fase da construção comunitária inicial, em que o conflito colectivo e a greve eram perspectivados exclusivamente numa óptica nacional. Actualmente, ela já não corresponde ao actual aprofundamento do mercado comunitário, onde, como vimos, é possível o aparecimento de conflitos laborais obstaculizadores da livre concorrência e das liberdades em que esta se funda.

Para além de não corresponder ao estado actual da integração económica, o art. 153.º, n.º 5, também não corresponde à “Europa dos direitos” reafirmada pela CDFUE. Com efeito, numa linha de reforço dos direitos da pessoa, do cidadão e da solidariedade, e numa concepção de integração comunitária que não se reduza aos mercados, o direito de greve faz hoje parte, como vimos, do elenco dos direitos fundamentais assumidos pelo ordenamento comunitário. A greve deixou de assentar exclusivamente nos direitos nacionais para passar a ter sede também no ordenamento comunitário.

Por conseguinte, a falta de competência da União para regular a greve torna-se dificilmente compreensível, já que não é razoável que se lhe tenha atribuído a tutela de um direito sem, concomitantemente, a dotar de meios eficazes para a assegurar.

Em segundo lugar, quanto ao regime da greve no ordenamento comunitário, para além do que resulta da sua natureza de direito fundamental, alguma coisa, ainda que não muito, se pode adiantar.

A ideia de que os chamados direitos de “segunda geração” não são veros direitos, mas essencialmente “aspirações jurídicas”, não tem aqui cabimento. O argumento, bastante usado, retirado da dimensão positiva de tais direitos, isto é, de que a realização deles pressupõe e implica prestações por parte da autoridade pública, com sentido em relação a alguns direitos, não pode ser importado para o domínio da greve. Esta materializa essencialmente um direito negativo, o qual vincula as Instituições da União a não invadir o espaço reservado à greve aquando da actuação das suas políticas.

Conjugando os arts. 28.^{o56} e 52.º, resulta, desde logo, que o direito de

⁵⁶ Foi no art. 6.º da Carta Social Europeia e nos pontos 12 a 13.º da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais que este artigo se inspirou. Neste sentido, cfr. ANA RIQUITO e outros, *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., p. 139. Particularmente no que respeita à greve, o art. 28.º baseou-se no art. 6.º, n.º 4 da

greve é reconhecido “de acordo com o direito comunitário e com as legislações e práticas nacionais”, e depois que as restrições ao seu âmbito devem assegurar o seu “conteúdo essencial”. Tal como sucede em relação aos demais direitos garantidos pela Carta, as restrições ao âmbito do direito de greve estão sujeitas a requisitos de ordem formal e material.

A restrição deve ser prevista por lei (art. 52.º, n.º 1). Tendo a Carta por destinatários dos direitos garantidos quer as Instituições e os órgãos da União, quer os Estados-membros (art. 51º), a referência à lei, como acto normativo por excelência nos ordenamentos nacionais, faz todo o sentido apenas em relação aos últimos destinatários. Já o mesmo não se pode dizer quanto às instâncias comunitárias, uma vez que a lei não consta entre os instrumentos normativos desenhados no ordenamento comunitário⁵⁷.

Ao princípio da reserva de lei, acresce uma cláusula limitativa geral de ordem material que se desdobra em dois requisitos diferentes: (a) a restrição só pode fundamentar-se em “objectivos de interesse geral reconhecidos pela União”, (b) ou então na “necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros” (art. 52, n.º 1). Por seu turno, numa perspectiva bem conhecida nos ordenamentos nacionais, as limitações aos direitos ou liberdades fundamentais obedecem aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade⁵⁸.

Embora se possa vislumbrar um núcleo comum a observar pela

Carta Social Europeia e no ponto 13 da Carta Comunitária, que por comodidade se transcreve: «O direito de recorrer a acções colectivas em caso de conflito de interesses inclui o direito de greve, sob reserva das obrigações decorrentes das regulamentações nacionais e das convenções colectivas».

⁵⁷ A alusão a este acto normativo inexistente no direito comunitário é, com razão, apelidada de “referência excêntrica” por CARUSO. Cfr. «Il conflitto collettivo post-moderno ...» cit., 127, nota 130.

⁵⁸ A Carta vem deste modo consolidar a jurisprudência do TJUE em matéria de restrições aos direitos fundamentais. Para esta, e usando, a título exemplificativo, a formulação de um Acórdão de 13 de Abril de 2000, «segundo jurisprudência bem assente, podem ser introduzidas restrições ao exercício desses direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, desde que essas restrições correspondam, efectivamente, a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, face a esses objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável, susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos», proc. C-292/97, ponto 45, cit. In ANA RIQUITO e outros, *Carta de Direitos Fundamentais da União*, anotação ao art. 52.º, 153.

União e pelos Estados-membros, constituído a partir da titularidade do direito, do campo de incidência da greve e do conjunto de restrições permitidas, ainda assim fica uma apreciável margem de liberdade para a densificação do direito, bem como para fixar as suas precisas restrições, o que é suficiente para permitir uma significativa variabilidade do conteúdo do direito de greve no ordenamento comunitário.

A diversidade de regimes sobre o direito de greve, de acordo com as particularidades nacionais, é, pois, uma nota marcante. Daqui resulta uma dificuldade séria para o direito comunitário: não existe uma noção comunitária de greve e muito menos um regime uniformizado ou mesmo harmonizado sobre a greve no ordenamento comunitário.

4. O papel do Tribunal de Justiça da União Europeia

No quadro comunitário actual está hoje excluída a densificação do regime da greve por via da adopção de actos normativos. Mas, diversamente, está plenamente aberta a via para uma intervenção criativa da jurisprudência comunitária, a qual, aliás, nem sequer constitui um corte com a experiência passada⁵⁹. Perante o correspondente “bloco normativo” comunitário, o TJUE estará bem posicionado para proceder ao “balanceamento” de direitos, requerido por uma eventual tensão ou colisão da greve com outros direitos ou liberdades.

Para que isto suceda, tem de se verificar, porém, uma mudança de rumo na orientação jurisprudencial.

O TJUE tem demonstrado grande abertura para, ao abrigo do seu

A fundamentação da restrição aos direitos consagrados na CDFUE não reproduz a fundamentação das limitações aos direitos previstos na CEDH. Segundo este instrumento, os direitos nele consignados podem ser sujeitos a restrições, desde que sejam “previstas por lei” ou então que sejam tidas por “medidas necessárias numa sociedade democrática”, limites este, como se vê, bem menos precisos e restritos do que os admitidos na CDFUE.

⁵⁹ Esta metodologia é ainda confortada pela experiência daqueles ordenamentos internos — como, por exemplo, o francês e o italiano —, onde o regime da greve foi, no essencial, construído pela jurisprudência.

“método de interpretação teleológica”⁶⁰, elaborar um conjunto de princípios gerais de direito comunitário, extraídos, numa formulação bem conhecida, “das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, bem como dos instrumentos internacionais respeitantes à protecção dos direitos do Homem nos quais os Estados-membros cooperaram ou aderiram”, onde incluiu, ainda antes da sua consagração nos tratados, o respeito dos direitos fundamentais do Homem⁶¹.

E nesta honrosa via, os direitos fundamentais do Homem valem para todo o domínio do direito comunitário, primando, enquanto fonte superior, sobre o direito comunitário derivado, e desempenham um papel proeminente na interpretação das regras comunitárias. A sua força vinculativa não depende da sua expressa consagração nos tratados e não abrange somente a União, mas também os Estados-membros, quando estes actuam no domínio comunitário⁶².

É necessário que a inclusão de um direito na categoria dos direitos fundamentais não dependa, exclusiva ou essencialmente, da sua consagração na CEDH⁶³, donde não constam, como atrás vimos, nem o

⁶⁰ Também para MOURA RAMOS, «... o Tribunal avançou soluções que ... confirmaram a sua natureza de instituição comunitária que se procurou mover por uma interpretação finalista e teleológica dos preceitos cuja guarda lhe estava confiada», *Das Comunidades Europeias à União Europeia*, Coimbra Editora, 1994, 93.

Foi esta interpretação teleológica que possibilitou o recurso pelo Tribunal aos preâmbulos dos tratados ou às suas disposições preliminares — como sucedeu, por exemplo, no Ac. Walrave, de 12 de Dezembro de 1974 (Recueil, 1405) —, assim como a atribuição de relevância jurídica a disposições, como as recomendações da Comissão e do Conselho, desprovidas de força vinculativa. Foi o que sucedeu, por exemplo, com o Ac. Grimaldi, de 13 de Dezembro de 1989, Recueil, 4407. Sobre os principais métodos (o político, o da enunciação expressa e o jurisdicional) de protecção dos direitos fundamentais ao nível da União, cfr., entre nós, M. LUÍSA DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, cit., 11 e ss.

⁶¹ Recordemos, entre outros, os acórdãos do TJUE, de 12 de Novembro de 1969, no caso Stauer, proc. n.º 26/69, CJ do TJCE, 419; de 17 de Dezembro de 1970, no caso Internationale Handelsgesellschaft, proc. n.º 11/70, CJ do TJCE, 1125; de 18 de Junho de 1991, no caso Ert, proc. n.º 260/89, CJ do TJCE I-2925.

⁶² Neste sentido, ROBIN-OLIVIER, «La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam», cit., 613.

⁶³ Cfr., entre outros, MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, cit., principalmente, 170.

direito de greve, nem a generalidade dos direitos sociais fundamentais⁶⁴.

Durante muito tempo, nenhuma decisão do TJUE consagrou a noção de direito social fundamental. Por outro lado, poucas têm sido as vezes que as cartas sociais do Conselho da Europa e da Comunidade têm sido chamadas para inspirar as decisões do TJUE. E mesmo assim, quando tal sucedeu, elas foram consideradas normalmente como simples elementos suplementares de interpretação ou argumentação, e raramente como fontes depositárias de direitos sociais fundamentais⁶⁵.

Com uma perspectiva deste tipo, nunca os direitos sociais poderiam valer como autênticos direitos fundamentais, nem poderiam ascender à categoria de princípios gerais de direito comunitário. É preciso, em consonância com o crescimento gradual da sua importância no direito comunitário, que eles sejam assumidos seriamente pelo TJUE.

O critério de qualificação não pode residir exclusivamente na CEDH, com manifesta desvalorização do preâmbulo⁶⁶ e do 151º do TFUE, e das cartas sociais de 1961, de 1989 e de 2000. A CDFUE é a este respeito significativa, pois ela constitui um exemplo bem ilustrativo de que os direitos nelas consagrados não se filiam apenas na CEDH mas também noutras fontes inspiradoras⁶⁷. Há que retirar todas as conse-

⁶⁴ Mesmo depois da CDFUE, como afirma ORLANDINI, «... a referência prioritária do Tribunal de Justiça para identificar os “princípios gerais do ordenamento comunitário”, continua a ser a CEDH», *Sciopero e servizi pubblici essenziale ...*, cit., 202.

⁶⁵ Acerca da invocação da CSE, de 1961, a propósito da interpretação da noção de formação profissional, cfr. o caso *Blaziot/Université de Liege*, proc. n.º 24/86, Acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, CJ do TJCE, ponto 17, p. 379, e antes o caso *Defrenne/Sabena (Defrenne III)* proc. n.º 149/77, Acórdão de 15 de Junho de 1978, ponto 28, Rec. 1375. A CCDSFT foi, ao que sabemos, invocada no caso *Reino Unido/Conselho*, processo n.º 84/94, Acórdão de 12 de Novembro de 1986, CJ do TJCE, I-5755.

⁶⁶ Onde, para além da referência aos direitos do Homem, se dá conta do “apego” da União aos «... sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989».

⁶⁷ Também para o A.-G. MENGOZZI, a CDFUE é expressão de que o «significado particular» atribuído pelo TJCE à CEDH não implica a desconsideração de outras fontes inspiradoras dos direitos fundamentais (ponto 67 das conclusões tiradas no Ac. Laval). Apesar desta posição demonstrar uma abertura maior do que era usual no passado, ainda assim deve questionar-se porque é que a CEDH há-de ocupar o lugar de fonte inspiradora prioritária.

quências da recepção da CDFUE pelo TUE, isto é, de lhe ter sido atribuído o mesmo valor jurídico dos tratados (art. 6.º, n.º 1).

É necessário que a o TJUE se comporte em relação aos direitos sociais com uma atitude idêntica aquela que assumiu em relação aos direitos do Homem⁶⁸. Só assim se enriquecerá o conceito de cidadania⁶⁹, entendido como algo de que fazem parte não apenas os tradicionais direitos civis, políticos e económicos, mas também os direitos de estirpe social⁷⁰.

Não se vê que a CDFUE não possa ser invocada pelo TJUE para assegurar os direitos nelas previstos e, conseqüentemente, para cimentarem novos princípios gerais de direito comunitário. A atribuição aos direitos reconhecidos nesta carta da mesma eficácia jurídica reconhecida aos tratados comunitários, insere-se na via do reforço dos direitos sociais fundamentais.

É evidente que a via que se acaba de propor para os direitos sociais fundamentais tem maiores dificuldades do que aquela que foi seguida relativamente aos direitos fundamentais do Homem. Diversamente destes, muitos direitos sociais fundamentais pressupõem e implicam

⁶⁸ A ausência de disposições normativas sobre direitos humanos nos tratados institutivos, não impediu a sua consagração paulatina por ação da jurisprudência do TJCE. Neste sentido, MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, cit., 165 e ss., e M. LLORENS, “La agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea: avance u oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Comunitario*, n.º 27, Madrid, 2007, 577, especialmente nota 10.

⁶⁹ Sobre as virtualidades e as dificuldades operatórias do conceito de cidadania social europeia, cfr. A. SUPIOT e outros, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., 224-226. Sobre a origem e sentido da noção de cidadania da União, cfr. M. RAMOS, “Maastricht e os direitos do cidadão europeu”, in *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, cit., 323-358 e, mais recentemente, “A cidadania da União: caracterização, conteúdo e desenvolvimento”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135.º, n.º 3939, Julho-Agosto 2006, 352-368.

⁷⁰ «De facto — como diz acertadamente Sabina dos Santos —, o conteúdo mínimo do conceito de cidadania não se basta com a garantia de defesa e protecção de direitos de conteúdo económico e político. O reconhecimento no tratado de um conjunto de direitos sociais fundamentais do cidadão europeu permitiria preencher de conteúdo o conceito de cidadania, ao mesmo tempo que reduzia o desequilíbrio entre as dimensões social e económica do mercado», *Direito do Trabalho e Política Social na União Europeia*, Centro de Informação Europeia Jacques Delors, Principia, 1999, 129.

uma intervenção activa por parte dos Estados e da Comunidade. Eles possuem, como em geral é salientado, uma estrutura positiva que demanda às autoridades, para a sua real efectivação e protecção, determinadas prestações; não são, em geral, direitos negativos destinados a defender a liberdade individual contra ilegítimas intromissões dos poderes públicos⁷¹.

Desta diferente natureza e estrutura do direito não pode, porém, extrair-se nenhum impedimento de princípio contra a sua consagração como direitos fundamentais e, muito menos contra o direito de greve. A necessidade de o Estado fornecer certas prestações para que o direito efectivamente se cumpra, não tem impedido, aliás, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja jurisprudência, em matéria de protecção de direitos humanos, é tida, frequentemente, como critério decisivo para o TJUE qualificar um direito como fundamental, de proteger este tipo de direitos.

O direito de greve é essencialmente um direito de liberdade, cuja realização não reclama nenhuma prestação social por parte do Estado.

O quadro acabado de descrever, marcado por uma clara desvalorização dos direitos sociais fundamentais, incluindo a greve, sofreu uma significativa alteração com os acórdãos Viking e Laval, podendo mesmo, a propósito da posição do TJUE sobre a natureza da greve, falar-se, em certo sentido, numa “reviravolta” jurisprudencial, onde se regista uma certa aproximação à posição que temos vindo a sustentar.

Com efeito, nestes dois acórdãos, o tribunal qualificou o direito a recorrer à acção colectiva, incluindo o direito de greve, como um direito fundamental social, invocando como bases jurídicas a CSE e a CCDSF mencionadas no art. 136.º do TCE, a CDFUE de Nice e a convenção n.º 87 da OIT sobre a liberdade sindical⁷².

⁷¹ Sobre a caracterização geral dos direitos sociais fundamentais, cfr. na doutrina lusa, entre outros, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 473 e ss., VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed. Almedina, 2001, 371 e ss. e J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2000 383 e ss.

⁷² Neste sentido, reza o fundamento 43 do Ac. Viking: «... convém relevar que o direito de recorrer a uma acção colectiva, incluindo o direito de greve, é reconhecido tanto por diferentes instrumentos internacionais aos quais os Estados membros cooperaram ou aderiram, tais como a carta social europeia ... expressamente mencionada no artigo 136 CE, e a convenção n.º 87 relativa à liberdade sindical e à protecção sindi-

Vale isto por dizer que o direito de greve, assim como mais genericamente o direito à acção colectiva, não deve ser visto apenas como um princípio geral de direito do trabalho, mas também verdadeiramente como um princípio geral de direito comunitário, o que, sem dúvida, reforça e enaltece o seu significado jurídico no seio do ordenamento comunitário⁷³.

Digno de nota é também o facto de nestes acórdãos o TJCE recor-

cal, adoptada em 9 de Julho de 1948 pela Organização Internacional do Trabalho, como por instrumentos elaborados pelos ditos Estados membros ao nível comunitário ou no quadro da União, tais como a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores ... igualmente mencionada no artigo 136 CE, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ...». Este fundamento foi posteriormente reproduzido no fundamento 90 do Ac. Laval. Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, *vide* P. RODIERE, “Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective”, *RTD eur.* (1), janv.-mars 2008, 54 e 55.

A propósito da qualificação do direito de greve como direito fundamental, fala Caruso em “histórico reconhecimento”, salientando que ele passa a constituir um «traço identitário do ordenamento comunitário», citado por G. ORLANDINI, “Autonomia collettiva e libertà economica ...”, *cit.*, 278.

⁷³ A partir do reconhecimento do direito de greve enquanto direito fundamental, conclui o A.-G. Mengozzi que «o que se trata ... não é unicamente de um «princípio geral do direito do trabalho», como tinha já sido admitido pelo Tribunal numa jurisprudência relativamente antiga relacionada com o contencioso da função pública comunitária, mas também de um princípio geral do direito comunitário, no sentido do artigo 6.º, parágrafo 2, UE. Este direito deve pois ser protegido na Comunidade» (fundamento 78, das conclusões do A.-G. no caso Laval).

É justamente este reconhecimento e as suas respectivas consequências que tornam os acórdãos em apreciação marcos históricos na evolução da jurisprudência social do TJUE. «Eles têm o interesse maior — diz P. RODIERE — de marcar tanto um como o outro, nos mesmos termos, o reconhecimento pelo Tribunal de justiça das Comunidades europeias do direito a acções colectivas — direito de greve — enquanto direito fundamental revestindo o carácter de um princípio geral de direito comunitário» (“Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective”, *cit.*, 47).

Acerca da configuração jurisprudencial da acção colectiva como princípio geral de direito do trabalho, cfr. os acórdãos de 8 de Outubro de 1974 (proc. 175/73, *Union syndicale e.a./Conseil*, *Rec.* p. 917, ponto 14 e proc. 18/74, *Syndicat general du personnel des organismes européens/Commission*, *Rec.* p. 933, ponto 10), e de 18 de Janeiro de 1990 (processos C-193/87 e C- 194/87, *Maurissen et Union syndicale/Cour des comptes*, *Rec.*, p. I-95, ponto 13).

dar que a União não visa apenas a construção de um mercado interno sem obstáculos à livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas, mas igualmente a promoção de um elevado nível de emprego e protecção social, e a melhoria das condições de vida e de trabalho, ou seja, que deve existir uma compatibilização entre as suas finalidades económicas e as suas finalidades sociais⁷⁴.

Apesar das sombras que envolvem a jurisprudência resultante destes dois acórdãos, é difícil não ver nela um passo em frente, porventura pequeno, em relação ao reforço dos direitos sociais dos trabalhadores, mais especificamente em relação ao direito de greve. É certo que do reconhecimento do carácter fundamental do direito de greve não se retiraram consequências importantes quanto à avassaladora vertente economicista e de mercado do processo de integração económica⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. os fundamentos 78 e 79 do Ac. Viking, os quais foram reproduzidos nos fundamentos 104 e 105 do Ac. Laval; neste último pode ler-se: «Tendo a Comunidade ... não somente uma finalidade económica mas igualmente uma finalidade social, os direitos resultantes das disposições do tratado relativas à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais devem ser postos em balanço com os objectivos prosseguidos pela política social, entre os quais figuram, tal como resulta do art. 136.º CE, nomeadamente a melhoria das condições de vida e de trabalho, permitindo a sua igualização no progresso, uma protecção social adequada e o diálogo social».

Para alguns autores, um dos aspectos importantes destes dois acórdãos relaciona-se com a concepção por eles perfilhada “sobre as relações entre Europa económica e Europa social”. Neste sentido, para P. RODIERE, eles parecem perfilhar «... uma igualdade de princípio entre objectivos sociais e objectivos económicos, a qual, ainda que já presente na jurisprudência passada do Tribunal de Justiça, merece ser notada», *ibidem*, 49. Trata-se de um ponto controverso. Que existe uma revalorização da dimensão social, parece evidente. Que se possa ver nos acórdãos o acolhimento de uma concepção igualitária de princípio entre o económico e o social, parece-nos exagerado. É de reconhecer, no entanto, que eles enfileiram na concepção daqueles para quem o «sucesso da União Europeia passa por um fortalecimento da sua dimensão social ...» (JOSÉ J. ABRANTES, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdão”, cit., 172).

⁷⁵ Deve ser observado que da qualificação como direito fundamental, feita pelo TJCE, não parece ter resultado consequências jurídicas diferentes das que resultariam caso o direito de greve não fosse considerado fundamental. Nesta última hipótese, desde que o direito de greve fosse reconhecido pelo ordenamento onde ele se exerce, e, portanto, fosse um comportamento lícito dos privados, o natural é que o TJUE, na argumentação a que já nos habituou, em abstracto o incluisse dentro da categoria das “razões imperativas de interesse geral” e, depois de apreciar os efeitos da greve sobre

Os acórdãos parecem até pregar uma “partida de mau gosto” à greve: primeiro reconhecem-lhe uma natureza fundamental e logo depois sujeitam-na à lógica implacável das liberdades fundantes do mercado interno. Mas ainda que assim seja, o reconhecimento da natureza fundamental do direito de greve, contra dúvidas do passado, abre, objectivamente, um promissor filão para a descoberta de novos equilíbrios entre os direitos de conteúdo económico e os de conteúdo social.

A densificação do regime da greve por via jurisprudencial não supre, evidentemente, as debilidades de que fomos dando conta.

A vinculação aos direitos sociais fundamentais, enquanto princípios gerais de direito comunitário, não acarreta, como vimos, a atribuição de competência à União no domínio da greve.

Acresce que, independentemente do que prescrevem os direitos nacionais, enquanto princípios gerais do direito comunitário, os direitos sociais fundamentais somente vinculam os Estados-membros na medida em

as regras do mercado interno, admitisse a existência de um obstáculo justificado à liberdade de circulação de serviços e de estabelecimento, já que, mesmo que ele não tivesse uma natureza fundamental para o direito comunitário, o direito de greve continuaria a prosseguir um objectivo legítimo à luz do direito comunitário. Neste sentido vai também a opinião de G. ORLANDINI, “Autonomia collettiva e libertà economica ...”, cit., 281.

que estes actuem no domínio próprio do ordenamento comunitário⁷⁶.

Por último, a intervenção judicial não evita uma grande incerteza quanto ao conteúdo material dos direitos sociais reconhecidos. Isto resulta do natural grau de generalidade de um direito enquanto princípio geral, bem como da técnica da remissão para as legislações e práticas nacionais com vista a determinar o conteúdo do direito. Mas tem ainda a ver com a possibilidade de o direito social fundamental poder ter no seio do ordenamento comunitário um conteúdo não coincidente com aquele que possui nos ordenamentos nacionais ou em outras fontes internacionais, como, por exemplo, na CSE. É bem provável que, tal como sucedeu com a recepção dos direitos fundamentais constantes da CEDH, os direitos sociais sejam tutelados sob a condição de não colidirem com a “estrutura e os objectivos da Comunidade”⁷⁷.

Deste modo, o que é verdadeiramente crucial para que uma greve constitua um obstáculo legítimo às liberdades económicas essenciais do mercado interno não é a sua qualificação de direito fundamental para o ordenamento comunitário ou nacional, mas é ser considerada, na perspectiva do direito comunitário, como meio ao serviço de uma “exigência imperativa de interesse geral”. Quer dizer, a greve não é protegida enquanto tal, mas quando, e só quando, é destinada à “protecção de uma razão imperiosa de interesse geral”.

Relativamente a este ponto, é significativo que no Ac. Viking, depois de se ter salientado a natureza fundamental deste direito para o ordenamento comunitário, a sua parte dispositiva nada refira a propósito da natureza do direito de greve, limitando-se apenas a proclamar que as restrições para a liberdade de estabelecimento provenientes das acções colectivas dos trabalhadores «... podem, em princípio, ser justificadas a título de protecção de uma razão imperiosa de interesse geral, tal como a protecção dos trabalhadores, na condição de que seja estabelecido que elas são aptas a garantir a realização do objectivo legítimo prosseguido e não vão além do que é necessário para atingir este objectivo» (ponto 3).

Bem diferente seria reconhecer, em homenagem à natureza fundamental do direito, que as liberdades de mercado não podem vulnerar o núcleo essencial do direito de greve ou, numa perspectiva mais ambiciosa e respeitadora dos ordenamentos nacionais, que não podem aumentar os limites ao direito de greve, tal como eles são estabelecidos nos ordenamentos dos Estados-membros.

⁷⁶ Cfr. o art. 51.º, n.º 1, da CDFUE, e ainda o Ac. Kremzov, de 29 de Maio de 1997, proc. N.º 299/95, *CJ do TJCE* I- 2629.

⁷⁷ Recorde-se, por exemplo, o Ac. *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de Fevereiro de 1970, o qual, depois de ter aceite a recepção material da obrigação de respeito dos direitos fundamentais e a sua inerência ao direito comunitário, logo explici-

Se assim for, é real o risco de serem as liberdades básicas do direito da concorrência a enquadrarem os direitos sociais fundamentais e não estes a enquadrarem aquelas. A “Europa dos negócios” continuará a sobrepor-se à “Europa dos direitos”.

O receio, manifestado por vários sectores doutrinários, de que os direitos reconhecidos na CDFUE fiquem subordinados «... às condições e limites decorrentes do respeito pelo funcionamento de “um mercado interno em que a concorrência seja livre e não falseada», em obediência a «... um deus que tudo resolve, ainda que à custa de “sacrifícios humanos”: o deus-mercado» (Avelãs Nunes)⁷⁸, passará a ser plenamente justificado.

No quadro de uma refundação das relações entre o Estado e o trabalho, e inspirada numa «concepção global dos direitos sociais, assente na solidariedade», ganha por isso todo o sentido a proposta, feita no chamado “Relatório Supiot”, de que «a União Europeia deveria empenhar-se em garantir os direitos sociais fundamentais a nível europeu. Seria útil constitucionalizar estes princípios básicos, que se encontram já parcialmente reconhecidos na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais»⁷⁹. Esta proposta tem ainda mais sentido depois da incorporação da CDFUE no direito primário.

tou que a «... salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições comuns aos Estados membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade», Col., 1969-1970, 625.

⁷⁸ “A Constituição Europeia e as políticas sociais”, cit., 245.

⁷⁹ *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, A. SUPLOT e outros, Perspectivas Laborais 1, Associação de Estudos Laborais, Coimbra Editora, 2003, 332-333.

APANÁGIO DO UNIDO DE FACTO SOBREVIVO NO DIREITO DE MACAU

MANUEL TRIGO

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Resumo: Após um breve enquadramento geral e da referência à oportunidade do tema, trata-se do apanágio do unido de facto sobrevivivo no regime anteriormente em vigor, isto é, na vigência do Código Civil Português em Macau. Posteriormente faz-se referência à evolução do regime da união de facto e do direito a alimentos do unido de facto sobrevivivo no Direito Português. A seguir, após o seu breve enquadramento no regime da união de facto, na vigência do Código Civil de Macau, salientando a relevância da previsão deste direito de alimentos por morte dos unidos de facto na evolução da protecção da união de facto no sistema jurídico, em que desempenhou um papel paradigmático, refere-se a revisão do seu tipo de protecção especial em função do novo enquadramento da atribuição de relevância à união de facto, designadamente da previsão de condições gerais de relevância e dos tipos especiais de relevância e de efeitos. Por fim, procuram-se configurar os traços essenciais do seu regime no ordenamento jurídico de Macau, desde a sua natureza e o seu fundamento aos sujeitos e objecto, do seu exercício às causas da sua cessação.

Palavras-chave: União de facto, alimentos, apanágio, unido de facto sobrevivivo.

1. Introdução: enquadramento e oportunidade

Na sequência de outros estudos sobre os alimentos em geral e os alimentos em especial e o casamento, incluindo o apanágio do cônjuge sobrevivivo¹, e para os quais remeteremos, em razão da matéria e da sua integração sistemática, pretendemos tratar agora dos alimentos ou apanágio do unido de facto sobrevivivo no ordenamento jurídico de Macau².

A união de facto, ou união de vida em comum análoga à dos cônjuges, foi objecto de regulação autónoma no Código Civil de Macau ao lado das relações jurídicas familiares, mas não numa lei em especial como em outros sistemas jurídicos, sem prejuízo da sua relevância e protecção no ordenamento jurídico³.

¹Respectivamente, MANUEL TRIGO, *Dos alimentos em geral*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, BFDUM, N.º 35, Ano XVIII, 2014, pp. 319 e ss, e *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, in Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, CFJJ, 2018, pp. 405 e ss, para além da referência devida aos alimentos nas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, na colecção *Textos Jurídicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, e a bibliografia neles citada.

²Sobre a união de facto em Macau, além de MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, Capítulo IV, pp. 411 e ss, e o antecedente estudo *Condições de relevância jurídica civil da união de facto*, pp. 15 e ss, e AO IEONG SEONG, *Efeitos patrimoniais da união de facto em Macau*, pp. 63 e ss, PAULA CORREIA, *Dissolução da união de facto inter vivos e mortis causa*, pp. 79 e ss, Teresa Leong, *Prova da união de facto*, pp. 117 e ss (também publicados in Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 207 e ss), e DUARTE SANTOS, *O sexo dos membros da união de facto no Direito de Macau*, pp. 139 e ss, todos in Contribuições jurídicas sobre a união de facto e Direito sobre a Terra em Macau e Moçambique, Coordenado por Wei Dan e Orquídea Massarongo Jona, Universidade de Macau, 2011; ver ainda ANTÓNIO KATCHI, *A união de facto no novo Código Civil*, Revista Perspectivas do Direito, n.º 7, 2000, Gabinete para a Tradução Jurídica, pp. 43 e ss, XIA YINLAN, *Estudo comparativo da «união de facto» em Macau e da «união de facto» no Continente Chinês*, Administração, Revista de Administração Pública, N.º 50, Vol. XIII, 2000-4.º, pp. 1237 e ss, e WANG WEI, *Recepção e evolução do regime da união de facto em Macau*, BFDUM, N.º 40, em vias de publicação.

³O Código Civil de Macau foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto, tendo entrado em vigor em 1 de Novembro, nos termos do seu art. 2.º, n.º 1,

Como sucede em Portugal, em que, além da protecção no Código Civil desde a Reforma de 1977, a união de facto é objecto de uma lei de protecção, para além da protecção em diversos diplomas, códigos e leis avulsas⁴.

Em Timor-leste a união de facto é relevante e protegida no Código Civil de 2012, em outros códigos e leis avulsas, mas não em matéria de apanágio do unido de facto sobrevivente, como aliás sucedia no Código Civil Português de 1966, que na sua versão inicial vigorou em Timor-leste até à sua revogação em 1975⁵. Embora o seja em outras matérias, como para efeitos de transmissão do direito ao arrendamento por morte, no art. 1027.º, n.º 1, al. e), a favor de *pessoa, de sexo diferente que, com o falecido, coabitasse maritalmente*, ou no âmbito da atribuição do exercício conjunto por acordo do poder paternal, como *pais não unidos pelo matrimónio que vivam maritalmente*, no art. 1786.º, do Código Civil de Timor-leste; todavia, no sistema jurídico timorense, ainda não se considerou que a união de facto merecesse ser objecto de protecção especial em lei avulsa.

Porém, a *união de facto* não deixa de ser relevante na ordem jurídica timorense, e de merecer protecção ou ter relevância para diversos efeitos, como em matéria processual civil ou do regime da função pú-

de acordo com a redacção que lhe foi dada pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 27 de Setembro.

⁴O Código Civil Português foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, e tornado extensivo a Macau pela Portaria n.º 22869, de 4 de Setembro de 1967, publicada no BOM n.º 46 (2.º Suplemento), de 23 de Novembro de 1967. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, pelo qual se procedeu à reforma de 1977, igualmente tornado extensivo a Macau, foi publicado no BOM n.º 14 (Suplemento), de 13 de Abril de 1978, juntamente e por determinação do Despacho Normativo n.º 79/78, de 14 de Fevereiro, antes publicado no Diário da República n.º 58, de 10 de Março de 1978. A união de facto foi objecto de institucionalização, numa lei que *Adopta medidas de protecção das uniões de facto*, pela Lei n.º 135/99, de 23 de Agosto, revogada e substituída pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que foi alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, e pela Lei n.º 6/2016, de 29 de Fevereiro.

⁵O Código Civil de Timor-leste de 2012 foi aprovado pela Lei n.º 10/2011, de 14 de Setembro, para entrar em vigor 180 dias após a sua publicação. Segundo o 17.º, n.º 1, da mesma Lei, foi revogado o Código Civil Indonésio, recebido e em vigor no ordenamento jurídico timorense nos termos do disposto no art. 1.º da Lei n.º 10/2003, de 7 de Agosto, e em vigor desde Dezembro de 1975, em que cessou a sua vigência o Código Civil Português na sua versão inicial de 1966, em vigor desde 1 de Janeiro de 1968, nos termos da já citada Portaria n.º 22869, de 4 de Setembro de 1967.

blica⁶, e a *união estável ou união conjugal estável*, como é também designada, constitui uma das formas de vida em comum objecto de atenção especial no âmbito da *reforma em curso em matéria relativa ao quadro legal do casamento*⁷, em face do *direito a constituir e a viver em família*, consagrado na

⁶O que não sendo agora objecto de estudo, e não estaríamos em condições de prosseguir com segurança, mas seria de exemplificar, resulta, designadamente, do previsto no *Código de Processo Civil*, entre os casos de impedimento, no art. 87.º, entre as pessoas em economia comum (“i) Quando esteja em situação prevista nas alíneas anteriores pessoa que com o juiz viva em economia comum.”), ou como fundamento de recusa de depor, no art. 547.º, n.º 1 (“d) Quem *conviver, ou tiver convivido, em união de facto em condições análogas às dos cônjuges* com alguma das partes na causa, bem como os pais daqueles e vice-versa.”), bem assim do *Regime das licenças e das faltas dos trabalhadores da Administração Pública*, aprovado pelo Decreto-Lei do Governo n.º 40/2008, no art. 14.º, em que se trata da *Licença de luto*, em cujo n.º 2 se prevê “2. A mesma regra é aplicável em caso de falecimento de familiar de cônjuge ou *de pessoa que viva há mais de dois anos em união de facto*.”, ou ainda, no *Regime jurídico dos funcionários de justiça e dos serviços das secretarias dos Tribunais, do Ministério Público e da Defensoria Pública*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2009, em cujo art. 56.º, se prevê que “2. É ainda vedado aos oficiais de justiça: a) Exercer funções no tribunal ou juízo em que sirvam magistrados judiciais ou do Ministério Público *a que estejam ligados por casamento ou união de facto, parentesco ou afinidade em qualquer grau da linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral;*” (itálico nosso).

⁷Como propõe a Comissão para a Reforma Legislativa e do Sector da Justiça (CRL) (http://crl.gov.tl/sites/tlcrf/files/docs/2017/per_p.pdf), no documento intitulado “Política e estratégia da reforma legislativa e do setor da justiça em Timor-leste, Proposta”, de 2017, de que se cita um excerto (itálico nosso):

“3.1.3. Código Civil - Casamento

Sobre a aplicação das normas reguladoras do casamento constantes do Código Civil (em vigor desde 2012) constatou-se que, à exceção do casamento católico, não têm sido celebrados casamentos civis nem casamentos barlaqueados monogâmicos em território nacional por falta de aprovação por lei de normas sobre o registo civil (processo preliminar do casamento em especial), nem mesmo existe a possibilidade legal de admissão de celebração ou reconhecimento de outras formas de casamento religioso ou *de uniões conjugais estáveis* por não estarem previstos em lei substantiva civil ou com efeitos na lei civil, *mantendo-se como desafios*, nomeadamente:

- A regulamentação urgente do registo civil do casamento celebrado em Timor-Leste;

- O estudo das modalidades de casamento e *das relações conjugais prevalecentes na sociedade timorense, bem como a sua relevância no que se refere à proteção legal, enquanto formas constitutivas da família*, em face dos princípios constitucionais da liberdade religiosa e de culto e da igualdade perante a lei, que guiam no sentido de um *futuro reconhecimento pela lei civil do casamento religioso não católico e da união conjugal estável?*.”

Constituição da República Democrática de Timor-leste⁸, como em outros sistemas jurídicos, designadamente em Portugal⁹ e na Região Admi-

⁸Recorde-se a propósito o já referido por JAIME VALLE, *O casamento na ordem jurídica timorense actual: perspectivas de evolução*, referenciado in I Congresso do direito de língua portuguesa, Coordenação [de] Jorge Bacelar Gouveia/ [autores] Adriano Moreira [et. al.]. - Coimbra: Almedina, [2010], 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>.

“A família é versada no Título referente aos Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, no artigo 39.º, epígrafado “família, casamento e maternidade”. A sua importância é claramente enfatizada pela formulação escolhida pelo legislador constituinte para a consagrar: Diz o artigo 39.º, n.º 1, que “o Estado protege a família como célula base da sociedade e condição para o harmonioso desenvolvimento da pessoa”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que “todos têm o direito a constituir e a viver em família”. (...)

A Constituição timorense combina assim, no seu artigo 39.º, a garantia institucional da família (no n.º 1) com os direitos subjectivos de constituir família e de viver em família (no n.º 2). (...)

Perante este quadro, poderá perguntar-se, (...), para que modelo familiar aponta a Constituição timorense.

É certo que, das diversas formas de constituir família, a Constituição apenas refere, no artigo 39.º, o casamento. No entanto, nada na Constituição inculca que apenas pelo casamento se pode constituir família. O casamento é uma das formas de constituir ou estruturar a família, não precludendo a existência de outras, como a união de facto. (...)

Assim sendo, parece que a Constituição timorense não veda, antes acolhe a possibilidade da consagração da união de facto, como é também indiciado pela prescrição da igualdade de direitos e de protecção das crianças nascidas fora do matrimónio, contida no seu artigo 18.º, n.º 3.

Pode, pois, concluir-se que a Constituição timorense adopta um conceito alargado de família, abrangendo em primeiro lugar a que resulta do casamento – a família conjugal –, mas abrindo também a possibilidade de outras formas de estruturação das relações familiares.”

⁹Atente-se à formulação do art. 36.º da Constituição da República Portuguesa, “1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”, e onde, sobretudo, com base no direito de constituir família, e ainda do direito à igualdade e não discriminação, e da não discriminação em razão do sexo e da orientação sexual, consagrados no art. 13.º da mesma, se fundou o desenvolvimento da relevância e da protecção da união de facto de pessoas de sexo diferente e de pessoas do mesmo sexo, bem assim do casamento de pessoas do mesmo sexo. Sobre a união de facto e a constituição, ver FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE

nistrativa Especial de Macau da República Popular da China¹⁰.

E, por isso, o tema não deixará de interessar, designadamente *de iure constituendo*, ao sistema jurídico timorense, e para comparação com os regimes de protecção da união de facto em que se consagra o direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo.

2. Regime anterior do apanágio do unido de facto sobrevivivo no Direito de Macau

A previsão do apanágio do unido de facto sobrevivivo foi introduzida no Código Civil anteriormente em vigor em Macau em 1977¹¹, no art. 2020.º, que previa o seguinte, sob a epígrafe *União de Facto*:

OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução e Direito Matrimonial*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2003, em tradução para publicação em Língua Chinesa, e por isso se justifica a sua citação, e 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, respectivamente, 2003, pp. 99 e ss e pp. 161 e ss, e 2008, pp. 51 e ss e 115 e ss, e a mais recente 5.ª Edição, 2016, pp. 55 e ss (União de facto), em especial pp. 60 a 64, e pp. 130 e ss (2.º princípio: Direito de constituir família). Ver também JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lições, 4.ª Edição, AAFDL, 2013, pp. 98 e ss (O regime constitucional das matérias que são objecto do Direito da Família); e ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4.ª Edição revista, 2007, pp. 599 e ss, e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II*, Coimbra Editora, 2005, pp. 391 e ss.

¹⁰Atente-se igualmente à formulação do art. 38.º, parágrafo 1.º, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), “*A liberdade de contrair casamento e o direito de constituir família e de livre procriação dos residentes de Macau são legalmente protegidos.*”, onde, sem os desenvolvimentos acabados de referir, a questão não deixa de se colocar (ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume I*, Capítulo I, 1.5.1. *Direito de constituir família*, pp. 61 e ss e 69 e ss, e *Volume II*, Capítulo IV, pp. 411 e ss, ANTÓNIO KATCHI, *A união de facto no novo Código Civil*, pp. 43 e ss, e mais recentemente JOÃO ALBUQUERQUE, *A concepção sobre o casamento, a família e a procriação que a legislação de Macau normativiza*, e *A abertura da Lei Básica a diversas concepções sobre o casamento, a família e a procriação*, ambos os textos *in* Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., respectivamente, pp. 3 e ss e pp. 41 e ss.

¹¹Pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, na designada Reforma de 1977 do Código Civil Português, em vigor em Macau até 31 de Outubro de 1999, já referido.

1. *Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º.*

2. *O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão.*

3. *É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior.*

Sobre este enunciado, de especial relevo para o regime da união de facto, quer como enunciado de *uma noção de união de facto* quer das *condições da sua relevância*, e ainda de *um dos seus efeitos especiais*, em casos de direito a alimentos por morte, muito determinou o desenvolvimento do regime da união de facto, também no ordenamento jurídico de Macau¹².

Começemos por recordar o pensamento do legislador histórico expresso no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro¹³:

“Finalmente, concede-se àquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, *vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges o direito de exigir alimentos da herança do falecido*, se os não puder obter do seu cônjuge ou ex-

¹²Exemplificativamente, em Portugal, ao nível legislativo, contribuindo decisivamente para a designação de *união* e dos seus *membros* e dos *requisitos* da união de facto, com a elaboração doutrinária suscitada e reflectida na bibliografia indicada e na jurisprudência analisada, designadamente, por esses Autores, quer sobre o Direito de Portugal quer sobre o Direito de Macau.

¹³Integrado num parágrafo sobre as alterações em matéria de alimentos com o seguinte conteúdo prévio (itálico nosso, no texto e em nota):

“São três, fundamentalmente, *as alterações introduzidas no regime dos alimentos*.

Em primeiro lugar, prolonga-se durante toda a menoridade do alimentando a obrigação de alimentos dos tios em relação aos sobrinhos e impõe-se ao padrasto e madrasta a obrigação de alimentarem o enteado menor que esteja ou tenha estado no momento da morte do cônjuge a cargo deste [artigo 2009.º, n.º 1, alíneas e) e f)].

Em segundo lugar, no caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, permite-se ao tribunal conceder alimentos, excepcionalmente e por motivos de equidade, ao cônjuge que a eles em princípio não teria direito (por ter sido declarado único ou principal culpado na sentença ou por ter pedido o divórcio ou separação com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro), considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal (artigo 2016.º, n.º 2).”

-cônjuge, descendentes, ascendentes ou irmãos. Não se foi além de um esboço de protecção, julgado ética e socialmente justificado, ao companheiro que resta de *uma união de facto que tenha revelado um mínimo de durabilidade, estabilidade e aparência conjugal*. Foi-se intencionalmente pouco arrojado. Havia que não estimular as uniões de facto.”

Podiam ser estabelecidos alimentos por testamento (cfr. art. 2014.º), como se previa especialmente no n.º 2 do art. 2196.º, al. b), e contrariando a regra da nulidade da disposição a favor de pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, prevista no n.º 1 do mesmo artigo, considerando como válida a disposição que se limitasse a assegurar alimentos aos beneficiários¹⁴.

Perante esta previsão especial da lei podia verificar-se que esta disposição convencional de alimentos ficasse aquém ou fosse além da obrigação ou do direito de alimentos previsto no art. 2020.º, pelo que, no primeiro caso, podia o unido de facto sobrevivivo pedir alimentos com esse fundamento, e, no segundo caso, não havendo fundamento para o mesmo pedido, esses alimentos podiam não só satisfazer as necessidades do sobrevivivo mas até pretender manter ao unido de facto sobrevivivo o padrão de vida semelhante ao da vida em união de facto¹⁵.

Quanto à *noção de união de facto*, a partir do enunciado do n.º 1 do art.

¹⁴É a seguinte a versão integral deste artigo dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 Novembro:

“Artigo 2196.º (Cúmplice do testador adúltero)

1. É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério.

2. Não se aplica o preceito do número anterior:

a) Se o casamento já estava dissolvido, ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão;

b) Se a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário.”

Por sua vez, era a seguinte a versão integral desse artigo dada pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966:

“Artigo 2196.º (Cúmplice do testador adúltero)

É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, salvo se o casamento já estava dissolvido ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens à data da abertura da sucessão.”

¹⁵Como refere JOSÉ ANTÓNIO FRANÇA PITÃO, *Unões de Facto e Economia Comum*, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2011, pp. 265 e 266.

2020.º, considerou-se união de facto a vida em condições análogas às dos cônjuges de pessoas que no momento da morte de pessoa não casada ou não separada judicialmente de pessoas e bens vivia em condições análogas às dos cônjuges.

Quanto ao *direito a exigir alimentos da herança do falecido*, ou *apanágio do unido de facto sobrevivivo*, vejamos brevemente o seu regime, quanto aos seus *pressupostos*: quanto aos sujeitos, obrigado e beneficiário, a sua graduação em caso de concurso de direitos a alimentos e, entre outros aspectos, o seu objecto ou âmbito, a caducidade por não exercício e as causas de cessação.

Quanto ao seu regime, na perspectiva dos *pressupostos* ou *requisitos*, podemos recorrer à síntese seguinte¹⁶, sem prejuízo da análise e das considerações subseqüentes sobre algumas das questões:

“A concessão do direito a alimentos ficou, realmente, dependente da verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

a) Que o membro da união de facto falecido, à custa de cuja herança os alimentos serão pagos, não seja casado à data da sua morte ou que, sendo casado, se encontre nessa altura separado judicialmente de pessoas e bens. Quer isso dizer, por conseguinte, que a prestação alimentícia só pode ser exercida, neste caso, em relação à herança do *companheiro* ou *companheira*, que tenha falecido no estado de solteiro, viúvo, divorciado ou de separado judicialmente de pessoas e bens (não contra a herança de pessoa casada, ainda que separada de facto);

b) Que o requerente dos alimentos tivesse *vivido maritalmente*, há mais de dois anos, à data da morte do hereditando, com este;

c) Que a convivência marital entre eles se tenha processado «em condições análogas às dos cônjuges»;

d) Que o requerente não tenha possibilidade de obter os alimentos de que carece, nem do seu cônjuge ou ex-cônjuge, nem dos seus descendentes, ascendentes ou irmãos;

e) Que o direito seja exercido dentro dos dois anos subseqüentes à data da morte do autor da sucessão;

f) Que a necessidade do alimentando se refira aos meios de subsistência estritamente necessários para viver, e não para manter o padrão

¹⁶De PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume V*, Coimbra Editora, 1995, Anotação ao artigo 2020.º, p. 620.

de vida que o requerente e o falecido mantiveram durante a união de facto, como se depreende, aliás, logo da simples localização sistemática da norma – colocada, não nas adjacências do direito matrimonial ou à sombra do recíproco dever de assistência conjugal, mas no coração do título do Código que trata dos «alimentos», no sentido técnico-jurídico da expressão.”.

Nesta síntese, as alíneas a) e b) referem-se aos sujeitos e à duração da união, a alínea c) à própria vida em união de facto, a alínea d) à necessidade dos alimentos e à graduação do direito, a alínea e) ao prazo de exercício e de caducidade, e a alínea f) ao próprio objecto do direito.

Para além de, *quanto aos sujeitos*, não ser entendimento comum o referido, e, diferentemente, ser entendido que não era exigido que o unido de facto falecido não fosse casado e separado de facto, ou que a união de facto não fosse adulterina, como veremos adiante ao tratar do regime em vigor actualmente, *quanto ao objecto*, o entendimento referido, sendo comum, não nos parece imperativo, quer porque devesse prevalecer melhor entendimento, *como o de garantir uma situação razoável, de manutenção condigna com o estatuto de vida da união havida, ainda que inferior ou abaixo do padrão de vida durante a união*¹⁷. Nem a solução se justificava com fundamento no desfavor da união de facto em relação ao casamento, nem com a mesma inserção sistemática, pois o mesmo sucedia em relação ao casamento, mas a conceber por analogia com o casamento, uma vez que se trata de relações análogas às dos cônjuges e na medida em que a analogia o imponha no caso concreto segundo a equidade.

Quanto a *outros aspectos do seu regime*, não especialmente previsto, aplicava-se o regime geral, designadamente no que respeita ao cumprimento e à exigibilidade judicial da prestação, à sua duração, não limitada, à sua alteração e à sua cessação, com as devidas adaptações.

Quanto às *causas de cessação*, além da caducidade, conforme o n.º 3, é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior,

¹⁷Segundo uma formulação que adoptámos para o apanágio do cônjuge sobrevivente, *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, cit., p. 433 (ver p. 418), na senda da orientação definida para os alimentos por divórcio por PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, cit., 2003, p. 742 (pp. 741 e 742), e 2008, pp. 697 (pp. 696 e 697). A estas questões voltaremos com mais algum desenvolvimento adiante ao tratarmos do regime actualmente em vigor.

ou seja, o art. 2019.º, que previa que cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento, que também pode suceder, e, por adaptação, para a união de facto, se fosse casado e separado judicialmente de pessoas e bens, com a cessação do casamento, ou mesmo em caso de bigamia, se casar, ou ainda se tiver vivido em união de facto e estabelecer nova união de facto, ou, por fim, se se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral¹⁸. Pese embora a não consideração consensual deste entendimento e a discussão se centrar sobre a indignidade ou não do comportamento moral pelo simples facto do estabelecimento de uma união de facto ou de nova união de facto, concordando que se poderia enquadrar na indignidade do comportamento por viver em união de facto, quando se pretendia excluir o direito com esse fundamento, entendemos que deveria relevar em si mesmo, como incompatível com os efeitos da união de facto anterior, tal como o novo casamento é incompatível com os efeitos do anterior, como veremos oportunamente, ao tratar adiante da cessação do apanágio do unido de facto sobrevivivo segundo o regime em vigor.

3. Breve referência à evolução do regime da união de facto e do direito a alimentos do unido de facto sobrevivivo no Direito Português

Sem previsão no Código Civil de 1966, foi com a Reforma de 1977, subsequente à aprovação da Constituição da República Portuguesa de

¹⁸Sobre o regime no direito anterior, ver também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, V, cit., Anotação ao Artigo 2020.º, p. 620 (e 613 e ss, e 573 ess.), FRANÇA PITÃO, *Unões de Facto e Economia Comum*, cit., pp. 261 e ss, e PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 2003, em geral sobre a união de facto, n.ºs 42 e ss, pp. 100 e ss, e em especial sobre o direito de apanágio, pp. 131 e 132, e 2008, n.ºs 15 e ss, pp. 51 e ss, e em especial, pp. 84 e 85, e em particular sobre a cessação da obrigação alimentar no casamento, 2003, n.º 283, alínea f), pp. 750 a 752, e 2008, n.º 258, alínea j), pp. 705 a 707, e ainda 2016, n.º 15 e ss, pp. 55 e ss, em especial pp. 87 a 91, e n.º 258, al. j), pp. 785 a 787.

Ver ainda SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: Entre o facto e o direito*, Coleção Teses, Almedina, 2005, e em especial sobre estas questões, pp. 572 a 578, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lições, cit., em geral sobre a união de facto, e em especial sobre a sua cessação por morte, pp. 651 e ss e 668 e ss.

1976, que o direito de apanágio foi consagrado, como uma das medidas de protecção da união de facto, objecto de múltiplas reflexões doutrinárias e decisões jurisprudenciais, algumas das quais já referidas ao caracterizar o regime correspondente que anteriormente vigorou em Macau.

Mais de uma década depois foi a união de facto objecto de uma lei que *Adopta medidas de protecção da união de facto*, a *Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto*, em cujo art. 1.º se estabelece que:

“1. A presente lei regula a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos.

2. Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto.”

Pressupõe a definição de união de facto e não prejudica, portanto, o direito de apanágio do unido de facto sobrevivente previsto na lei civil e, sem respeitar ao direito de apanágio, convoca a sua previsão como parte da hipótese da norma de protecção, ao prever-se no art. 6.º, com epígrafe “Regime de acesso às prestações por morte”, n.º 1, o seguinte:

“Beneficia dos direitos previstos nas alíneas f) e h) do artigo 3.º da presente lei quem reunir as condições previstas no artigo 2020.º do Código Civil, decorrendo a acção perante os tribunais civis.”¹⁹.

Tratava-se ainda da união de pessoas de sexo diferente, prevendo-se, designadamente, no art. 2.º as excepções ou factos impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei, no art. 3.º os efeitos, no art. 4.º sobre a casa de morada de família e residência comum, no art. 5.º sobre as alterações ao regime do arrendamento urbano respeitantes à transmissão do arrendamento por morte, e o art. 6.º sobre o regime de acesso às

¹⁹Consta dos números seguintes:

“2 - Em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, o direito às prestações efectiva-se mediante acção proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição.

3 - Não obsta ao reconhecimento da titularidade do direito às prestações a inexistência ou insuficiência dos bens da herança para atribuição da pensão de alimentos.

4 - O direito à prestação pode ser reconhecido na acção judicial proposta pelo titular contra a herança do falecido com vista a obter a pensão de alimentos, desde que na acção intervenha a instituição competente para a atribuição das prestações.

5 - O requerente pode propor apenas acção contra a instituição competente para a atribuição das prestações.”

prestações por morte.

Aquela Lei foi revogada pela *Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio*, também *Lei de protecção das uniões de facto*, mas que, pressupondo a definição de união de facto, *vem proteger as uniões de pessoas de sexo diferente e de pessoas do mesmo sexo*, não distinguindo deliberadamente, nos termos do seu art. 1.º:

“1 - A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos.

2 - Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum.”

Por sua vez, mantendo com alterações o art. 2.º, as excepções ou factos impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei, e prevendo no art. 3.º os efeitos, no art. 4.º a protecção da casa de morada de família e residência comum, e no art. 5.º a transmissão do arrendamento por morte, no art. 7.º sobre a adopção e no art. 8.º sobre a dissolução da união de facto, além de continuar a prever-se no art. 6.º, com alterações relevantes, sob a epígrafe “Regime de acesso às prestações por morte”, no n.º 1, que:

“Beneficia dos direitos estipulados nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, no caso de uniões de facto previstas na presente lei, quem reunir as condições constantes no artigo 2020.º do Código Civil, decorrendo a acção perante os tribunais cíveis.”²⁰

Posteriormente foi objecto de alteração pela *Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto*, que procedeu à sua republicação integral, começando por estabelecer no seu art. 1.º, e *definindo união de facto*:

“1. A presente lei adopta medidas de protecção das uniões de facto.

2. A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.”

Procedeu-se ainda a *alterações várias*, mantendo-se no art. 2.º os factos impeditivos, acrescentando-se o art. 2.º-A sobre a prova da união de

²⁰Consta apenas do n.º 2 o seguinte:

“2 - Em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, ou nos casos referidos no número anterior, o direito às prestações efectiva-se mediante acção proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição.”

facto, e prevendo no art. 3.º os efeitos, no art. 4.º sobre a protecção da casa de morada da família em caso de ruptura, no art. 5.º sobre a protecção da casa de morada da família em caso de morte, bem assim no art. 6.º, sobre o regime de acesso às prestações por morte, além do art. 7.º sobre a adopção, excluindo a adopção conjunta os unidos de facto do mesmo sexo, e do art. 8.º sobre a dissolução, incluindo por morte.

Atente-se em especial ao previsto no art. 3.º, sobre os *Efeitos, civis e não civis*, de protecção da união de facto:

“1 - As pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas na presente lei têm direito a:

a) Protecção da casa de morada da família, nos termos da presente lei;

b) Beneficiar do regime jurídico aplicável a pessoas casadas em matéria de férias, feriados, faltas, licenças e de preferência na colocação dos trabalhadores da Administração Pública;

c) Beneficiar de regime jurídico equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças;

d) Aplicação do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares nas mesmas condições aplicáveis aos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens;

e) Protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei;

f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei;

g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei.”²¹.

²¹Prosseguindo nos números seguintes:

“2 - Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum.

3 - Ressalvado o disposto no artigo 7.º da presente lei, e no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de

E a seguir, de especial interesse para o direito de apanágio do unido de facto sobrevivo que, nos termos do art. 6.º, n.º 1, prevê que:

“O membro sobrevivo da união de facto beneficia dos direitos previstos nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, independentemente da necessidade de alimentos e da exigência a terceiros.”.

E ainda, que foi apenas com esta Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto²², que se alterou o regime da união de facto e do apanágio do cônjuge sobrevivo previstos no Código Civil com a alteração do redacção do art. 2020.º, mantendo a epígrafe *União de Facto*:

1. *O membro sobrevivo da união de facto tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido.*

2. *O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão.*

3. *É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior.*

Quanto a este artigo altera-se apenas o seu n.º 1, *mantendo-se a epígrafe quando se justificaria a sua alteração, e subtraindo-se a anterior noção e a previsão dos requisitos da união de facto*²³, mantendo-se apenas (que o

direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável independentemente do sexo dos seus membros.”.

²²Cujo Sumário é o seguinte:

“Primeira alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, que define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, 53.ª alteração ao Código Civil e 11.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, que aprova o Estatuto das Pensões de Sobrevivência.”.

Sobre as alterações a esta Lei, além da bibliografia citada, ver GUILHERME DE OLIVEIRA, *Alterações à Lei das uniões de facto em Portugal*, in Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 727 e ss, publicada anteriormente na *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, N.º 14, pp. 139 a 153 (<http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-Lei-23-2010.pdf>).

Note-se que, entretanto, fora reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio.

²³E a referência, designadamente, a “Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges (mantendo-se apenas tem direito a

membro sobrevivente da união de facto) *tem direito a exigir alimentos da herança do falecido*, passando os requisitos a constar, em parte, do arts. 1.º e 2.º da Lei que *Adopta medidas de protecção da união de facto*.

Mais, também se *alteram os requisitos da atribuição do direito de apanágio ao unido de facto sobrevivente*, na medida em que se altera a ordem de graduação, afastando-se a precedência da obrigação de alimentos dos familiares previstos no art. 2009.º, a que se segue a obrigação de alimentos dos herdeiros pelos bens da herança, e por fim o Estado por prestações sociais. Agora o unido de facto sobrevivente pode pedir as prestações sociais por morte do unido de facto falecido sem ter de provar a necessidade de alimentos e de os exigir de terceiros; pode e deve pedir alimentos da herança do falecido antes de os poder exigir de um dos familiares previstos nas alíneas a) a e) do art. 2009.º.

Também foi alterado o art. 496.º do Código Civil, n.ºs 2, 3 e 4, prevendo a *atribuição do direito de indemnização por danos não patrimoniais ao unido de facto sobrevivente*, que deve ser apurado e tido em conta para apurar as necessidades do unido de facto sobrevivente.

Alterou-se ainda o art. 2019.º, relativo à cessação da obrigação alimentar, para o qual se remete no art. 2020.º: “Em todos os casos referidos nos artigos anteriores, cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento, *iniciar união de facto* ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral.”.

Por fim, a este momento, a Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro, procedeu à última alteração à lei que *Adopta medidas de protecção da união de facto*, e que, designadamente, “Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares”²⁴.

Sem prejuízo de outros desenvolvimentos que aqui não podem ter lugar, e de outras avaliações, remetendo para a melhor doutrina²⁵:

exigir alimentos da herança do falecido), se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º.”.

²⁴ E, continua o respectivo sumário, “procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro.”.

²⁵ Como, entre o mais, conclui GUILHERME DE OLIVEIRA, *Alterações à Lei da União de facto em Portugal*, in Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais

“As alterações do regime jurídico da união de facto foram modestas. (...) o direito português continua a ser daqueles que atribui menos efeitos jurídicos à união de facto. Apenas se consagram soluções de tipo “assistencial” que um Estado moderno tem de adoptar qualquer que seja a opção de vida escolhida pelos cidadãos.

O regime jurídico da união de facto continua a não conter normas sobre o regime da união, invalidades da constituição, regimes de bens, administração de património, ilegitimidades de disposição, responsabilidades por dívidas para além da pequena regra referida, proibição de contratos, regulação de participação em sociedades, extinção para além do art. 8.º da Lei n.º 7/2001, e efeitos sucessórios.”

4. Apanágio do unido de facto sobrevivo no Direito de Macau

4.1. Apanágio do unido de facto sobrevivo no contexto da atribuição de relevância jurídica à união de facto

A previsão do art. 2020.º do Código Civil anteriormente em vigor também teve relevo especial no ordenamento de Macau.

Com base nesta previsão se estabeleceu o tipo de união de facto juridicamente relevante em geral ou as condições gerais de relevância, ou em especial mais adoptado, como se pode verificar na lei, para além do próprio direito de apanágio, para o *regime dos trabalhadores da administração pública*, prevendo-se que “Aqueles que não sendo casados ou, sendo-o, se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens e vivam, há mais de dois anos, em condições análogas às dos cônjuges são havidos como cônjuges para efeitos do presente diploma”²⁶, e para a *transmissão do di-*

em Língua Portuguesa, cit., p. 744. Sobre a evolução do regime da união de facto e das relações familiares, além do estudo citado, ver PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 2016 pp. 55 e ss, DUARTE SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito Português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 412 a 420, e a síntese de CRISTINA DIAS, *Evolução recente do Direito da Família em Portugal - I*, in Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 748 a 750 (745 e ss).

²⁶ No art. 5.º (União de facto), n.º 1, do ETAPM, Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de

*reito ao arrendamento por morte*²⁷ que se trate de “Pessoa que com ele viva há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges, quando o arrendatário não seja casado ou esteja separado judicialmente de pessoas e bens.”, e *no âmbito do regime de acidentes de trabalho ou doença profissional*, prevendo-se que “Para efeitos do disposto neste artigo, é equiparada a cônjuge a pessoa que tenha vivido em união de facto com a vítima nos termos do artigo 2020.º do Código Civil.”²⁸.

Ainda agora pode relevar, embora, por determinação da lei, as remissões para normas revogadas se devam fazer para as correspondentes normas do novo Código Civil²⁹, e nos termos da qual a remissão para o art. 2020.º corresponderá em regra ao previsto nos arts. 1471.º e 1472.º quando se refere às condições gerais de relevância, mas já será para o art. 1862.º do Código Civil em vigor quando se trate de remissão para o art. 2020.º do Código Civil anteriormente em vigor relativa ao apanágio ou às condições especiais de relevância do apanágio do cônjuge sobrevivente, sem prejuízo de se deverem autonomizar as remissões para normas tipificadoras de condições especiais de relevância previstas na lei civil, como agora sucede para a transmissão do arrendamento por morte, ou em lei especial, como o regime dos trabalhadores da administração pública³⁰.

Dezembro, com as alterações subsequentes (a ver em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/89/51/estatuto.asp>).

Prevê a seguir: “2. O trabalhador deve prestar declaração sob compromisso de honra sobre a verificação dos pressupostos da união de facto e apresentar todos os meios de prova, quer de natureza documental quer testemunhal ao seu alcance.”.

²⁷ No art. 104.º, n.º 5, alínea e), do Regime do Arrendamento Urbano, na Lei n.º 12/95/M, de 14 de Agosto, entretanto revogada, e integrado este regime no Código Civil.

²⁸ No art. 50.º, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 40/95/M, de 14 de Agosto, que Aprova o regime jurídico da reparação por danos emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

²⁹ Nos termos do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto:

“Artigo 4.º (Remissões para normas revogadas) Todas as remissões feitas em diplomas legais anteriores à entrada em vigor do novo Código Civil para a legislação revogada mencionada nos n.ºs 1 e 3 do artigo anterior consideram-se feitas para as disposições correspondentes do novo Código.”.

³⁰ Já assim referíamos nas *Lições de Direito da Família e Sucessões*, cit., II, 4.6.4. Efeitos da união de facto dependentes da verificação cumulativa de condições especiais, c) Direito de apanágio do unido de facto, pp. 517 e 518, e nota 548, e 4.5.3. Efeitos da

união de facto desde o momento da sua cessação por morte dos unidos de facto, pp. 490 a 496.

Prevê-se agora como relevante para a transmissão do direito ao arrendamento por morte, no art. 1043.º, n.º 1, e), que se trate de “Pessoa que com ele vivesse em união de facto na casa arrendada há mais de 1 ano, independentemente da condição exigida na alínea b) do n.º 1 do artigo 1472.º” do Código Civil.

No caso previsto no Decreto-Lei n.º 40/95/M, de 14 de Agosto, já citado, de *reparação por danos emergentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais por morte*, a remissão deve entender-se para as condições gerais de relevância, tendo natureza indemnizatória e não dependendo do direito a alimentos por morte (cfr. n.ºs 1, 2 e 3, al. a), e n.º 10 do art. 50.º).

Já no caso previsto no caso no art. 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 36/97/M, de 8 de Setembro, que *Define o regime da concessão de pensões de preço de sangue e de pensões por serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade* (2. A pensão de que seja titular pessoa que vivia em união de facto é atribuída após trânsito em julgado da sentença que fixe o direito a alimentos e é devida desde o mês seguinte ao do requerimento até à cessação do direito a alimentos.), *se trata do direito a alimentos por morte* e, mesmo na ausência de referência ao art. 2020.º do Código Civil anterior, deve a remissão corresponder ao previsto no art. 1862.º. Em contratate, *união de facto*, na previsão do art. 4.º, “1. São requisitos especiais de aquisição do direito a qualquer das pensões previstas no presente diploma: a) Quanto ao cônjuge sobrevivente, não separado judicialmente de pessoas e bens: – Viver com o falecido, à data da morte, ou, em caso de separação de facto, não ter dado motivo à separação; – Não viver em união de facto.” deve determinar-se pelas condições gerais de relevância, previstas nos arts. 1471.º e 1472.º, mas independentemente do prazo de duração, nos mesmos termos do previsto no art. 1860.º do Código Civil actualmente em vigor.

Quanto ao direito a pensão de sobrevivência, atribuído ao unido de facto nos termos do art. 271.º, n.º 1, al. a) do ETAPM, por equiparação ao cônjuge, por determinação do art. 5.º do ETAPM, nos mesmos termos se determinam as condições especiais para a qualificação do unido de facto sobrevivente, a integrar com o regime das condições gerais de relevância previstas na lei civil, tal como para efeitos do *Regime de Previdência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos*, aprovado pela Lei n.º 8/2006, o unido de facto se inclui no art. 18.º, n.º 2, alínea “5) Quem nos termos da lei geral aplicável aos trabalhadores da Administração Pública seja equiparado ao cônjuge.”

Em geral, sobre os direitos dos trabalhadores da Administração pública, ver JOSÉ ANTÓNIO PINHEIRO TORRES, *A relação de emprego público em Macau*, Macau, 2000, em particular pp. 71 e ss, e, em especial, sobre alguns destes regimes, ver VIRGÍLIO VALENTE, *A família no regime jurídico da função pública da RAEM*, e TERESA LEONG, *Prova da união de facto*, cit., sobre a *União de facto no ETAPM*, ambos in *Estudos de Direito da Família e Menores*, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., respectivamente, pp. 593 e ss e pp. 211 a 212 (pp. 207 e ss).

Por outro lado, não se admitindo disposições por morte de natureza contratual (cfr. art. 1868.º), e podendo haver disposições testamentárias de alimentos (cfr. art. 1855.º e o art. 1570.º)³¹, embora sem previsão especial, como sucedia no regime anterior, o regime legal, nesta medida supletivo, continua a ter grande relevância, ainda que tenha sido objecto de alteração.

Agora deixou de ser necessário prever expressamente, por ter deixado de se prever a nulidade geral das disposições a favor de pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, em que se excepcionava a nulidade se a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário, na alínea b) do n.º 2 do art. 2196.º do Código Civil anteriormente em vigor, e previu-se antes a validade das disposições favor do tutor, curador, administrador legal de bens e protutor, bem assim de médicos, enfermeiros e ministros do culto quando, além de outros previstos expressamente na lei, se trate do unido de facto do testador (nos termos dos arts. 2029.º e 2030.º do Código Civil de Macau)³².

³¹ Este artigo mantém o conteúdo do correspondente artigo 2014.º do Código Civil anteriormente em vigor, sendo o seguinte:

“Artigo 1855.º (Outras obrigações alimentares)

1. À obrigação alimentar que tenha por fonte um negócio jurídico, são aplicáveis, com as necessárias correcções, as disposições deste capítulo, desde que não estejam em oposição com a vontade manifestada ou com disposições especiais da lei.

2. As disposições deste capítulo são ainda aplicáveis a todos os outros casos de obrigação alimentar imposta por lei, na medida em que possam ajustar-se aos respectivos preceitos.”

Sobre as outras obrigações alimentares pode ver-se MANUEL TRIGO, *Dos alimentos em geral*, BFDUM, N.º 35, pp. 358 e ss, e Lições de Direito da Família e Sucessões, III, cit., pp. 14 e 15 (e sobre a sucessão testamentária e contratual, pp. 264 e ss e 278 e ss); Ver ainda PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, V, cit., pp. 605 e 606.

³² É a seguinte a redacção dos actuais arts. 2029.º e 2030.º do Código Civil de Macau, divergindo dos correspondentes arts. 2192.º, 2194.º, 2195.º e 2196.º do Código Civil anteriormente em vigor:

“Artigo 2029.º (Tutor, curador, administrador legal de bens e protutor)

1. É nula a disposição feita por interdito ou inabilitado, a favor do seu tutor, curador ou administrador legal de bens, ainda que estejam aprovadas as respectivas contas.

O *direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo* consta de igual modo do Código Civil de Macau, no título relativo aos alimentos e das suas disposições especiais (Livro IV, Direito da família, Título V, Dos alimentos, Capítulo II, Disposições especiais).

Porém, prevendo-se no actual art. 1862.º, tem aqui como epígrafe *Apanágio do unido de facto sobrevivivo*, já não *União de facto*, que é agora epígrafe do Capítulo II do Título II, Disposições gerais, do Livro do Direito da família.

De facto, se, como vimos antes, a previsão correspondente do art. 2020.º do Código Civil anteriormente em vigor em Macau constituía uma previsão especial e modelar que se foi tornando paradigmática da união de facto, contendo uma *noção de união de facto* ou *uma das noções de referência e as condições de relevância da união de facto*, o mesmo agora é dispensável, uma vez que a *união de facto foi institucionalizada e definida e foram estabelecidas as suas condições de relevância* no Código Civil nos termos dos arts. 1471.º e 1472.º, nesse capítulo da *União de facto*, do primeiro título das *Disposições gerais do Direito da Família*, ao lado e a seguir às *Relações jurídicas familiares*.

A *união de facto* é definida no art. 1471.º, sob a epígrafe *Noção*:

União de facto é a relação havida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges.

E as suas *Condições gerais de relevância*, como se intitula a epígrafe, para efeitos desta lei, ou *condições gerais de relevância civil*, como as designamos, integrando as condições gerais previstas no artigo anterior, estabelecem-se no art. 1472.º, que prevê o seguinte:

2. É igualmente nula a disposição a favor do protutor, se este, na data em que o testamento foi feito, substituía qualquer das pessoas designadas no número anterior.

3. É, porém, válida a disposição a favor das mesmas pessoas, quando se trate de descendentes, ascendentes, colaterais até ao terceiro grau, cônjuge ou unido de facto do testador.”;

“Artigo 2030.º (Médicos, enfermeiros e ministros de culto)

1. É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador, ou do ministro de culto que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela.

2. A nulidade estabelecida no número anterior não abrange:

a) Os legados remuneratórios de serviços recebidos pelo doente;

b) As disposições a favor das pessoas designadas no n.º 3 do artigo anterior.”.

1. *Salvo disposição legal em contrário, só se considera relevante para os efeitos estabelecidos no presente Código a união de facto de pessoas que:*

- a) *Sejam maiores de 18 anos;*
- b) *Não se encontrem em qualquer das condições referidas nas alíneas b) e c) do artigo 1479.º e no artigo 1480.º; e*
- c) *Vivam na situação descrita no artigo anterior há, pelo menos, 2 anos.*

2. *Na contagem do tempo da vida em união de facto observar-se-ão as seguintes regras:*

a) *Se a coabitação se tiver iniciado durante a menoridade de um ou de ambos os unidos de facto, o prazo só se conta a partir da data em que a mais jovem tenha atingido a maioridade;*

b) *Se qualquer dos unidos de facto tiver sido casado, o prazo só se conta a partir da separação de facto.*

Em síntese³³, consideramos que a união de facto civilmente relevante em geral é a relação havida entre duas pessoas de sexo diferente que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges, maiores de 18 anos, há pelo menos 2 anos, que não sejam dementes, interditos ou inabilitados por anomalia psíquica, que não estejam casados, ou sendo casados sejam separados de facto, ou não vivam em união de facto com outra pessoa, e não sejam parentes na linha recta nem no segundo grau na linha colateral.

O regime dos alimentos consta do Título V, *Dos alimentos*, com dois capítulos, *I Disposições gerais* e *II Disposições especiais*, tratando sucessivamente do regime geral e do regime especial dos alimentos, capítulo segundo este em que se estabelecem os direitos de apanágio, começando pelo *apanágio do cônjuge sobrevivente* (art. 1859.º) e a *cessação da obrigação alimentar* (art. 1860.º), em relação aos alimentos com fundamento no casamento, aplicável com as devidas adaptações à união de facto, incluindo *ex novo* o *apanágio dos filhos sobreviventes* (art. 1861.º), e dando continuidade à previsão anterior, sobre a união de facto e o direito a alimentos por morte, naturalmente, com a previsão do *apanágio do unido de facto sobrevivente* (art. 1862.º), e por fim, integrando aqui os *alimentos à mãe não unida por matrimónio* (art. 1862.º).

³³ MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, Capítulo IV, União de facto, cit., p. 448 (ver pp. 411 e ss). O itálico da citação dos arts. 1471.º e 1472.º, bem assim, a seguir, do art. 1862.º, é da nossa iniciativa, naturalmente.

Pelo seu interesse especial neste contexto, transcrevemos de seguida integralmente, o *Artigo 1862.º (Apanágio do unido de facto sobrevivivo)*:

1. *Tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo autor da sucessão, nos termos do artigo 1859.º, quem à data da morte deste se encontrasse a viver com ele em união de facto há pelo menos 4 anos, desde que o unido de facto não estivesse casado ou estivesse separado de facto há mais de 4 anos.*

2. *O direito do unido de facto a exigir alimentos gradua-se abaixo do direito a alimentos que o cônjuge do falecido, estando este casado à data da morte, ou os filhos deste tenham sobre os rendimentos dos bens da herança.*

3. *O direito a que se refere o número anterior caduca se não for exercido nos 2 anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão.*

4. *O apanágio deve ser registado, quando onere coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo.*

5. *O direito a alimentos previsto neste artigo cessa nos casos mencionados no artigo 1860.º, aplicado com as necessárias adaptações, e ainda se o unido de facto, estando casado à data da morte do seu companheiro, restabelecer a comunhão conjugal.*

Esta previsão do direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo constitui um tipo especial de protecção da união de facto, entre os previstos no Código Civil e em outros códigos e leis avulsas, que se caracteriza pelo estabelecimento de requisitos especiais de relevância.

A institucionalização e protecção da união de facto dá-se no Código Civil de 1999, atribuindo-se relevância e protegendo-se a posição jurídica dos unidos de facto, *mortis causa*, e nesta, incluindo, pela atribuição de direitos sucessórios (no art. 1985.º), sendo objecto de revisão o regime de apanágio do unido de facto (no art. 1862.º), e ainda atribuindo ao unido de facto sobrevivivo o direito de indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima (no art. 489.º), assegurando a transmissão da posição por morte do arrendatário (no art. 1043.º), e *inter vivos*, incluindo a admissibilidade da adopção conjunta (art. 1828.º) e da procriação assistida com dador e prevendo uma presunção de paternidade do unido de facto (art. 1725.º), mas também por isso, e em parte, diferentemente de um sistema em que a união de facto é objecto de protecção em lei especial, continuando a confiar a outras leis a sua relevância e a sua protecção.

Designadamente a sua protecção social por morte, que é assegurada pelos regimes especiais de segurança social, de acidente de trabalho ou

doença profissional, e de pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados, já referidos a propósito da determinação do tipo de união de facto relevante, e que, embora conexos com o regime de apanágio, não constituem objecto deste estudo. Mas que desde logo relevam para o seu regime, na medida em que as prestações sociais dependem ou não da prévia atribuição de alimentos por morte, ou estes daquelas, e para o apanágio do unido de facto em especial, que passou a ser devido em regra sem precedência de outros alimentos legais³⁴.

Agora, antes concluir, neste aspecto, também o legislador do Código Civil de Macau se pronunciou expressamente sobre a orientação de política legislativa adoptada para o regime da união de facto e dos alimentos, no contexto das relações familiares e sucessórias, e aos limites da sua intervenção, embora não apenas como um mero *esboço de protecção, pouco arrojada*, em que *havia que não estimular as uniões de facto*, em que reconhecia o direito de apanágio do unido de facto, como sucedera em 1977, mas agora reconhecendo o aumento da relevância social da união de facto e a exigência de intervenção legislativa, indo mais além, pela sua *institucionalização e protecção*, sem prejuízo do respeito pela *liberdade de não vinculação excessiva, designadamente por analogia sistemática com o casamento*, mas ainda assim, nos termos seguintes:

“Outro dos institutos sobre que nos debruçámos foi o da união de facto. Duas notas prévias são, no entanto, aqui necessárias.

Em primeiro lugar, quer-se deixar claro que o sistema não misturou ou confundiu a figura da união de facto com outras realidades como a do concubinato, antes as perspectivou como realidades distintas, pelo que *a regulamentação da primeira nada tem a ver com a regulamentação de outros tipos de relações de facto com eventual relevo jurídico*.

Em segundo lugar, sublinha-se o *carácter extremamente comedido com que se*

³⁴ Para além da referência já feita ao regime de segurança social dos trabalhadores da administração pública, em relação à relevância das relações familiares e da união de facto nas relações de trabalho privado e das relações fiscais, ver, respectivamente, MIGUEL QUENTAL, *Breves notas sobre o regime jurídico da segurança social em Macau*, BFDUM, N.º 17, Ano VIII, 2004, pp. 95 e ss, e *O Direito da Família na Lei das relações de trabalho*, pp. 577 e ss, e LUÍS PESSANHA, *O enquadramento da família do Direito Fiscal de Macau*, pp. 631 e ss, e *A consideração fiscal da família no sistema fiscal de Macau*, pp. 657 e ss, todos in *Estudos de Direito da Família e Menores*, Textos Originais em Língua Portuguesa, citado.

atribuiu relevância à união de facto no Código Civil actual.

Se é certo que foi criado um modelo que supletivamente conforma os pressupostos de relevância da união de facto (...), a verdade é que uma vez preenchida essa hipótese os seus reflexos não se traduziram na equiparação dos efeitos dessa relação ao casamento. Muito pelo contrário, para poderem ser imputados efeitos à união de facto continua-se a fazer depender os mesmos de norma que especialmente os atribua a essa relação.”³⁵ E continuou:

“Mas, se tudo isso nos pareceu correcto, considerou-se igualmente que não nos deveríamos demitir de analisar as consequências que, ainda assim, haveriam que ser dadas a realidades sociais – como a da união de facto – que apresentam tendência para aumentar à medida que as sociedades se vão abrindo e, conseqüentemente, vão perdendo a capacidade de agregar os cidadãos à volta de um único modelo fixo estruturante das suas relações em sociedade.

Daí que nos parecesse exigível conformar um enquadramento jurídico mínimo a essa instituição social, fazendo-o, contudo, através de um modelo que pudesse ser socialmente aceite, já que estamos conscientes de que o Código não deve ser um exercício de vanguardismo ético que afronte as populações em nome de hipotéticas revoluções de mentalidades.”

Passos significativos foram dados então, indo além de outros sistemas jurídicos a essa data, quer do ponto de vista formal, quanto à codificação, quer substancial, quanto a algumas das soluções adoptadas, para uns excessivas e para outros insuficientes, não se tendo dado desenvolvimentos posteriores significativos no âmbito da relevância civil da união de facto, bem assim em matéria de alimentos, sem prejuízo da evolução havida, como vimos, por amostra, em outros sistemas jurídicos, ou em outros domínios do próprio sistema jurídico de Macau, como sucedeu

³⁵ Como refere o Coordenador do Projecto do Código Civil, LUÍS MIGUEL URBANO, na *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. XLV a XLVII (itálico nosso). Ver também o *Parecer n.º 2/99*, da Comissão Eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos projectos relativos aos códigos civil, processual civil e comercial, sobre o *Projecto do Código Civil de Macau* (números 96 a 100) (disponível em: <http://www.al.gov.mo/file/lei/codigo/civil/po/2.htm>).

no âmbito social ou assistencial, incluindo dos alimentos a idosos³⁶. Mas tendo de nos limitar ao proposto, importa, pois, tratar do regime do apanágio do unido de facto sobrevivivo.

4.2. Regime do apanágio do unido de facto sobrevivivo

O direito a apanágio do unido de facto sobrevivivo, a sua natureza, o fundamento, os pressupostos, o sujeito activo, o seu objecto, os sujeitos passivos ou obrigados e, entre outros aspectos, a caducidade por não exercício e as demais causas de cessação, e a sua graduação em caso de concurso de direitos a alimentos, é o que vamos tratar de seguida.

O direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo é um *direito a alimentos por morte do unido de facto falecido pelos rendimentos dos bens deixados, direito pessoal de conteúdo patrimonial*, como os demais apanágios, e constitui um *encargo especial sobre a herança* a cumprir pelos herdeiros e legatários e seus subadquirentes.

Ora, sendo a união de facto uma relação duradoura que pode cessar em vida de ambos, na ausência de um dever legal de alimentos, se fossem devidos alimentos em vida entre os ex-unidos de facto, por convenção ou por obrigação natural, se como tal fossem prestados, com a morte ou a declaração de morte presumida extingue-se essa obrigação.

Como a união de facto é uma relação de facto, diferentemente do casamento, não subsiste apesar da separação de facto, separação de facto (como cessação da vida em comum sem intenção de a reestabelecer por pelo menos um dos seus membros; cfr. art. 1638.^o) que é causa de rup-

³⁶Estes na Lei n.º 12/2018, Regime jurídico de garantias dos direitos e interesses dos idosos, em que começa por se reforçar e a obrigação legal dos alimentos familiares, confirmando a retoma das obrigações tradicionais de solidariedade familiar, como referem, para um regime homólogo, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 2016 pp. 109. No âmbito social, referir-se o Regime da Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 4/2010, e recordem-se os já referidos Regime de Previdência dos Trabalhadores dos Serviços Públicos, aprovado pela Lei n.º 8/2006, o Regime do subsídio a atribuir a indivíduos e a agregados familiares em situação de carência económica, aprovado pelo Regulamento Administrativo n.º 6/2007, e o Regime do prémio de antiguidade e dos subsídios de residência e de família, aprovado pela Lei n.º 2/2011.

tura da união de facto, e se a união de facto cessa em vida de ambos não constitui causa de uma obrigação legal de alimentos *inter vivos*. Poderá ter outros efeitos, incluindo a atribuição de um direito de indemnização pela ruptura, ou pelo exercício do direito de ruptura em situação de abuso de direito³⁷.

Mas pode constituir uma obrigação de alimentos *mortis causa*, que tem como pressuposto a ruptura da união de facto por morte, o apanágio do unido de facto sobrevivivo (art. 1862.º), sendo que não se admitem pactos sucessórios entre unidos de facto (cfr. art. 1868.º), embora se admitam disposições testamentárias a favor de unidos de facto, mesmo de alimentos (cfr. arts. 2029.º e 2030.º e 2103.º).

Se forem prestados alimentos pelos herdeiros ou legatários, ainda que pelos rendimentos dos bens deixados, sê-lo-ão eventualmente a título gratuito ou em cumprimento de uma obrigação natural. Pode verificar-se que os filhos do falecido prestem alimentos à companheira do falecido, por exemplo, após dois ou três anos de união, e que a queiram beneficiar mesmo sem se sentirem vinculados por um dever de justiça, ou que a queiram beneficiar por se sentirem vinculados por um dever de justiça em relação a quem tratou como mãe o irmão mais novo e o pai doente durante os três anos e meio de união de facto que antecederam o seu falecimento, e sacrificou a sua vida pessoal e profissional e agora carece de alimentos (convertível em obrigação legal de alimentos, cfr. n.º 3 do art. 488.º).

Quanto ao *fundamento* do direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo, tal como o do cónjuge sobrevivivo³⁸, é a solidariedade imposta por uma relação de vida em comum, ou a solidariedade para-familiar, ou familiar para certos efeitos, de relação de vida em comum análoga à dos cônjuges havida entre o falecido e o sobrevivivo³⁹.

³⁷Ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, cit., pp. 489 e 490, como já defendiam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, 2003, pp. 128 e 129, 2008, pp. 80 e 81, e 2016, p. 93.

³⁸Ver MANUEL TRIGO, *Dos alimentos em geral*, cit., pp. 325 e ss, e *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, cit., pp. 432 e ss.

³⁹Sobre a natureza da união de facto, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, cit., pp. 525 a 529. Note-se que a relevância atribuída ao unido de facto para o momento da sua ruptura, *maxime* por morte, tem aqui uma expressão paradigmática e esta não deixa de ser um dos seus índices da sua equiparação ao casa-

Quanto ao *sujeito activo*, o unido de facto sobrevivivo, além das condições gerais exigidas nos arts. 1471.º e 1472.º, já referidas, tem direito a ser alimentado quem à data da morte deste se encontrasse a viver com ele em união de facto há pelo menos 4 anos, desde que o unido de facto sobrevivivo não seja casado ou estivesse separado de facto há mais de 4 anos (cfr. n.º 1 do art. 1862.º).

Primeiro, requer-se que a união de facto cesse por morte, certa ou presumida, que se trate de unido de facto sobrevivivo, e, obviamente, que não seja caso de morte simultânea (cfr. arts. 65.º e 101.º).

Segundo, exige-se uma especial duração da união de facto, pois só tem esse direito quem à data da morte do unido de facto falecido se encontrasse a viver com ele em união de facto há pelo menos 4 anos, alargando-se o prazo de vida em união de facto como condição da sua relevância para este efeito, portanto.

Diferentemente do regime geral de relevância ou das condições gerais de relevância, exige-se aqui que a união de facto dure há pelo menos 4 anos, e não apenas que vivam em união de facto há, pelo menos, 2 anos (cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 1472.º), *um mínimo de estabilidade, durabilidade e aparência conjugal mais exigente do que se exigia* se exigia antes, e que agora passou a ser duração que se exige em geral.

Exige-se tanta duração mínima da união para este efeito como para ser sucessor legítimo, nos termos do art. 1985.º, que prevê que, na falta do cônjuge, descendentes e ascendentes, é chamado à sucessão quem à data da morte do autor da sucessão se encontrasse a viver com ele em união de facto há pelo menos 4 anos.

Porém, exigindo-se para atribuir direito a alimentos por morte a mesma duração da união que se exige para atribuir o direito de suceder como sucessor legítimo, embora se aproximem as condições de relevância, passa a exigir-se uma maior duração da união de facto para este efeito, ou uma *exigência excepcional de existência de uma grande estabilidade da relação*, em oposição à maior relevância em geral atribuída à união de

mento e da sua progressiva consolidação como relação familiar, como fazem realçar PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 2016, pp. 56 e ss, em especial pp. 64 a 67, que concluem que a união de facto é uma relação *a caminho de consolidar a natureza de relação familiar*.

facto⁴⁰.

Terceiro, exige-se que *o unido de facto sobrevivivo não seja casado ou que o unido de facto sobrevivivo sendo casado estivesse separado de facto há mais de 4 anos*.

Enquanto estiver casado, em vida do cônjuge tem o direito a alimentos do outro cônjuge (arts. 1856.º e 1536.º) e por morte do cônjuge falecido é em regra seu herdeiro legítimo e legitimário (cfr. art. 1971.º e ss e 1994.º e ss) e poderá ainda, nos termos do art. 1859.º, ter direito de apanágio.

Por um lado, trata-se aqui da separação de facto apenas, pois deixou de se admitir a separação judicial de pessoas e bens desde a entrada em vigor deste Código Civil, embora havendo separação judicial de pessoas e bens se deva considerar relevante⁴¹, mas não releva a simples separação de bens.

Por outro lado, assim se esclarece inequivocamente a opção da lei,

⁴⁰Note-se a justificação dada pelo Coordenador do Projecto do Código Civil, ainda que a propósito dos efeitos sucessórios, LUÍS MIGUEL URBANO, na *Breve Nota Justificativa*, cit. pp. L e LI:

“Advirta-se ainda que, para que este efeito seja atribuído à união de facto – bem como para efeitos do direito a alimentos por morte de um dos unidos de facto (O direito a alimentos em benefício da pessoa com quem o falecido vivia em união de facto em condições análogas às dos cônjuges já se encontrava regulado ao nível do Código Civil de 1966, ainda que em termos não coincidentes com os que constam do novo Código.) –, se pressupôs a existência de uma grande estabilidade na relação, traduzida no facto de a lei criar para estes casos a exigência excepcional de que a união de facto dure há pelo menos 4 anos.

Aliás, se nos é permitido regressar um pouco atrás, diríamos que estes dois efeitos – posição sucessória como herdeiro legal e titularidade do direito a alimentos por morte – são os dois únicos grandes reflexos ou efeitos positivos derivados da união de facto em matéria patrimonial.

No demais, a união de facto não envolve para as partes da relação a constituição de uma qualquer comunhão de bens ou situação similar, nem sequer cria uma obrigação recíproca de alimentos no período em que dure a relação ou tão pouco no período posterior ao rompimento em vida da relação.”

⁴¹Nos termos do art. 33.º do Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto, que prevê que às separações judiciais de pessoas e bens existentes à data da entrada em vigor do novo Código Civil ou sujeitas a processo pendente nessa data aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime do Código Civil de 1966. Sobre a questão, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, I, cit., pp. 47 e ss e 55 e ss, e II, cit., pp. 303 e ss, em particular, pp. 313 e ss.

de exigir uma união de facto por quatro anos e a ausência de casamento, ou em caso de casamento de exigir a separação de facto igualmente por quatro anos, e ainda, por esta via, de se excluir a interpretação invocada em face do regime anterior de que se exigia uma união de facto não adúlterina⁴².

Quarto, o unido de facto sobrevivente há-de ainda ter necessidade de alimentos, o que depende também do âmbito desses alimentos, se do mínimo necessário ou do mínimo decente até à manutenção do padrão de vida existente na união de facto, a ver de seguida.

A *necessidade de alimentos*, além de existir, depende também de não os poder obter de outros obrigados prioritários, quer convencionais quer eventualmente legais. Não se prevê agora, como antes, quem tem direito a alimentos se os não puder obter nos termos gerais de outros obrigados legais a alimentos⁴³, pelo que na falta de outra indicação legal tem esse direito antes dos outros credores legais de alimentos dos herdeiros e legatários, mas devendo, entre direitos de apanágio, respeitar a ordem especial de graduação dos apanágios em caso de concurso sobre os bens da herança (no n.º 2 do art. 1862.º).

A necessidade de prestação de alimentos ao unido de facto sobrevivente não se estabeleceu como uma continuação da obrigação legal de ali-

⁴²De se excluir a exigência de uma união de facto não adúlterina e de que não bastava a duração da união de facto e a cessação do casamento ou o início da separação judicial de pessoas e bens, independentemente da cessação do casamento ou do início da separação de facto terem decorrido há mais de dois anos, como defendiam Pires de Lima e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, V, cit., pp 625 e 626, em oposição ao sufragado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Março, BMJ, N.º 355, p. 392, e aos Autores citados. Pela sustentação desta interpretação já perante o regime anterior, ver PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 2003, pp. 83 e 84, e 2008, pp. 131 e 132, considerando que “basta que à data da morte o falecido não fosse casado ou estivesse separado de pessoas e bens, embora o seu casamento só se tivesse dissolvido por morte ou divórcio há menos de dois anos”, confirmada em 2016, p. 96, e França Pitão, *União de Facto e Economia Comum*, cit., pp. 174 e 176.

⁴³O que se prevê no art. 2020.º, n.º 1, parte final, Código Civil anteriormente em vigor (“tem direitos a alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) e d) do art. 2009.º”); o que também deixou de se prever na redacção actual do n.º 2 do art. 2020.º Código Civil Português, dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto.

mentos em vida, como existia entre o cônjuge ou entre ascendentes e descendentes, (cfr. arts. 1859.º a 1861.º).

O unido de facto sobrevivo poderá obter alimentos dos obrigados voluntários, se os houver e nas condições acordadas, como poderá e deverá a seguir exigir o direito de apanágio dos rendimentos dos bens da herança deixados pelo falecido, e só posteriormente poderá procurar obter alimentos dos obrigados legais, nos termos do art. 1850.º, e pela ordem indicada.

Quinto, o unido de facto sobrevivo não tem de não ser sucessor, nem de ter repudiado a sucessão, e mesmo quando seja sucessor legítimo (cfr. art. 1985.º), ou mesmo quando seja sucessor testamentário (cfr. art. 2029.º e 2030.º), ou ainda mesmo quando seja credor voluntário de alimentos estabelecidos por testamento (cfr. art. 1855.º), desde que não suficientes para assegurar as necessidades alimentares, pode o unido de facto pedir alimentos.

Quanto ao seu *objecto*, e tendo presente o que se acabou de referir, continua a fazer sentido o entendimento de que esta obrigação *não visa manter o padrão de vida na união de facto*, porém também aqui entendemos que não é obrigatório ou imperativo que se limite aos *alimentos necessários para assegurar o mínimo de subsistência*, pois *podrá ir além desse mínimo até onde seja razoável, de manutenção condigna do padrão de vida na união de facto, por decisão segundo a equidade, por analogia com o regime do apanágio do cônjuge sobrevivo*, estabelecido este por referência ao critério de fixação dos alimentos do ex-cônjuge por divórcio, por aplicação analógica do previsto na parte final do n.º 2 e no n.º 3 art. 1857.º; e, excepcionalmente não seria de excluir que se pudesse dever *manter o padrão de vida* havido durante a união de facto segundo a equidade⁴⁴.

Quanto aos *sujeitos obrigados*, serão *os herdeiros e os legatários a quem te-*

⁴⁴Como defendemos para o apanágio do cônjuge sobrevivo, MANUEL TRIGO, *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, cit., p. 433 (e nota 59). Dando um exemplo próximo, também o unido de facto sobrevivo terá direito a alimentos em medida condigna com o padrão de vida da união de facto se o unido de facto falecido que deixou uma fortuna colossal a um herdeiro, quando aquele dedicou toda a vida aos dois, sacrificando a sua vida pessoal e profissional, eventualmente excluído à hora da morte por influência do herdeiro, e que carece de alimentos, e que lhe podem ser prestados. Defendendo esta posição para o Direito Português, PEREIRA COELHO e GUI-LHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 2016, p. 69. E que

nham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respectivo valor, nos termos do art. 1859.º, ou seja, para este efeito do seu n.º 2, obrigados a prestar alimentos pelos rendimentos dos bens deixados pelo unido de facto falecido autor da sucessão.

Porém, não respondem pessoalmente os herdeiros e os legatários, pessoalmente com o seu património, nem mesmo os próprios bens, nem todos os bens da herança, respondem os herdeiros e legatários com os rendimentos dos bens deixados pelo unido de facto falecido autor da sucessão.

Note-se que o unido de facto sobrevivente, tal como o cônjuge sobrevivente, tem direito a alimentos sobre os rendimentos dos bens deixados, a ser pagos pelos herdeiros e legatários *na proporção do valor dos bens que lhes tenham sido transmitidos, não do rendimento desses mesmos bens, mas sempre dentro do limite dos rendimentos dos bens que cada um receber*⁴⁵.

Quanto à *questão da responsabilidade dos herdeiros e legatários pelos rendimentos dos bens deixados em proporção do valor incluir ou não os bens legados*⁴⁶, deve a mesma ser enquadrada no âmbito mais amplo da responsabilidade dos bens da herança pelos encargos da herança.

Ora, os apanágios são encargos especiais da herança que crescem

julgamos dever ser levada ainda mais longe, excepcionalmente, segundo a equidade, como referimos.

⁴⁵ Como defendem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, V, cit. em Anotação ao art. 2018.º do Código Civil Português, correspondente ao art. 1859.º do Código Civil de Macau, pp. 614 e 617, e FRANÇA PITÃO, *Unões de Facto e Economia Comum*, cit., pp. 171 a 173.

⁴⁶ Posta por FRANÇA PITÃO, *Unões de Facto e Economia Comum*, cit., pp. 172. Porém, a argumentação apresentada, sobre o “facto de os legatários serem sucessores privilegiados (artigos 2068.º e 2070.º, n.º 1 do Código Civil), não podendo ser afectados rendimentos dos bens legados para alimentar o companheiro sobrevivente, até porque estes bens são “retirados” daquela porção de que o autor da sucessão pode dispor livremente [a quota disponível]”, embora em nota considere, “Devendo, no entanto, considerar-se como excepção a este princípio os chamados legados por conta da legítima e legados em substituição da legítima. (...)”, não nos parece procedente, dada a ordenação dos encargos da herança. Além disso, em relação aos herdeiros e aos herdeiros legitimários não faria sentido serem sobrecarregados em relação aos legatários voluntários. Afinal os legados que sejam puras liberalidades, tal como o é a própria sucessão, não deixam de estar limitados pela liberdade de disposição, e de responder pelos encargos da herança.

aos encargos normais e devem ser graduados entre si e entre os demais encargos da herança. Sendo que os legatários são também beneficiários da herança, pois, nos termos previstos no art. 1906.º, os legados são os últimos dos encargos a satisfazer com bens deixados na herança, os legatários também respondem com os rendimentos dos bens da herança pelos apanágios.

Estão obrigados os herdeiros e legatários e os subadquirentes dos bens da herança, prevendo-se, como *condição de eficácia* em relação a terceiros, no n.º 4 do art. 1862.º, que o apanágio deve ser registado, quando onere coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo, uma vez que recai sobre os bens como *obrigação real*, quer sobre os herdeiros e legatários, quer mesmo em relação aos subadquirentes⁴⁷, gozando os credores de alimentos, nos termos da al. e) do art. 700.º, de hipoteca legal sobre os bens.

Este direito depende de exercício atempado, sendo que *por não exercício dá-se a sua caducidade*, estabelecendo-se no n.º 3 do art. 1862.º que o direito a que se refere o número anterior caduca se não for exercido nos 2 anos subsequentes a data da morte do autor da sucessão. Trata-se do único caso em que a lei prevê um prazo de caducidade.

Quanto a *outros aspectos do seu regime*, não especialmente previsto, designadamente no que respeita à sua determinação por acordo ou por via judicial, ao cumprimento voluntário e os modos de os prestar, à execução judicial, às garantias, podendo ser pedidos alimentos provisórios ou definitivos, sem prejuízo da sua alterabilidade ao longo da sua duração, devemos remeter para o regime geral estabelecido na lei civil, designadamente dos arts. 1844.º a 1853.º, e processual civil, designadamente dos art. 344.º e ss e 389.º e ss quanto a alimentos provisórios e definitivos, em procedimento cautelar e em processo ordinário, e dos arts. 958.º e ss quanto à execução especial por alimentos, com as necessárias adaptações⁴⁸.

⁴⁷ Como em relação aos outros apanágios, começando com o do cônjuge sobrevivente, como já referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, V, cit., em Anotação ao Artigo 2018.º, nota 4, pp. 615 e 616.

⁴⁸ Podendo ver-se, MANUEL TRIGO, *Dos alimentos em geral*, cit., pp. 348 e ss, e *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, cit., pp. 417 e ss e 421 e ss, para o caso de divórcio, na parte adaptável para este efeito, e a bibliografia citada.

O direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo também depende da *não existência de causas da sua cessação ab initio*, que serão *causas de exclusão do direito a alimentos* se existirem quando o direito for exercido, não se estabelecendo um prazo de caducidade ou uma duração limitada, sem prejuízo da oportunidade de ponderação sobre a sua limitação, que nos parece defensável, mantendo-se por ora sujeita a termo indeterminado⁴⁹.

Ora, quanto à sua *cessação*, conforme o n.º 5 do art. 1862.º, o direito a alimentos previsto neste artigo cessa nos casos mencionados no artigo 1860.º, aplicado com as necessárias adaptações, e ainda se o unido de facto, estando casado à data da morte do seu companheiro, restabelecer a comunhão conjugal. Trata-se das causas gerais e das causas especiais de cessação do direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo.

Assim, *primeiro*, cessa pelas *causas gerais* de cessação da obrigação alimentar previstas no art. 1860.º, ou seja, *cessa o direito a alimentos se o alimentado contrair casamento, passar a viver em nova união de facto, independentemente da duração desta, ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral*.

Se, tratando-se de apanágio do cônjuge sobrevivivo cessaria se o alimentado contrair novo casamento, em princípio, *sendo o unido de facto não casado, o direito de apanágio do sobrevivivo em relação à herança do falecido cessaria pela celebração de casamento*. Como aliás cessaria a união de facto se fossem ambos vivos e as relações existentes na sua dependência, designadamente de contribuição para encargos comuns. Com a celebração de casamento o unido de facto sobrevivivo constituiria uma relação de comunhão de vida conjugal incompatível tanto com a união de facto anterior como com o direito de apanágio fundado na relação de vida da união passada.

Por outro lado, se, tratando-se de apanágio do cônjuge sobrevivivo cessaria o direito se o cônjuge sobrevivivo passasse a viver em união de facto, independentemente da duração desta, *o direito de apanágio do unido de facto sobrevivivo cessaria se este passasse a viver em nova união de facto*; sendo livre a ruptura da união em vida dos unidos de facto, é também livre o

⁴⁹ Como defendemos, para a duração da obrigação de alimentos no caso de divórcio, cfr. *Sobre os alimentos em especial e o casamento, cit.*, pp. 424 e ss, e a bibliografia citada.

estabelecimento de nova união pelo titular do direito de apanágio, porém, tal como a nova relação é incompatível com a anterior também o é com este direito fundado na sua relação de união de facto passada.

Em ambos os casos, *a constituição de uma nova comunidade de vida conjugal* ou *a constituição de uma comunidade de vida análoga à conjugal* faz cessar a obrigação de alimentos e presumir a desnecessidade de alimentos pelos rendimentos dos bens deixados pelo unido de facto falecido⁵⁰.

⁵⁰ Ainda que pudesse razões haver para a sua continuidade em qualquer dos casos, como no âmbito do apanágio do cônjuge sobrevivente admite VAZ SERRA, *Obrigação de alimentos*, Boletim do Ministério da Justiça (BMJ), N.º 108, Julho, 1961, p. 79, final da nota 93, e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, V, cit., pp. 617 a 618, que defendem essa solução, mais própria das concepções indemnizatórias do direito a alimentos, que não é o caso no direito português, também segundo o seu entendimento.

No regime anterior só se previa a primeira hipótese, não a de passar a viver em união de facto, embora assim se devesse considerar, em nosso entender, mesmo com recurso a “indignidade alimentar” ou à “desnecessidade alimentar”, embora não por indignidade moral, mas só pelo comportamento de passar a viver em união de facto, como já referimos oportunamente.

Ver PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 2003, cit., pp. 124 a 126, e, 2008, cit., pp. 76 a 79, 2016, cit., pp. 87 a 91, e FRANÇA PITÃO, *Unões de Facto e Economia Comum*, cit., pp. 176 e 177. Referem aqueles Autores (2016, cit., pp. 88 e 89):

“Os dados legais não abonavam a solução afirmativa. (...).

Na “indignidade” ou na “indignidade resultante do comportamento moral”, previstas nas duas primeiras disposições, caberão, p. ex., a prática da prostituição ou a exploração de uma casa de passe. Mas a união de facto não cabe manifestamente em qualquer das formulações referidas (59). Viver em união de facto não é uma indignidade”. É uma opção de vida, manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, embora, como dissemos, o direito possa e deva estabelecer diferenças entre o casamento e a união de facto, justificadas pela diversidade de situações. Não deve deixar de notar-se, porém, como deste modo a união de facto é *favorecida* em relação ao casamento, o qual faz cessar o direito do credor de alimentos ou do pensionista, nos termos das referidas disposições. O argumento de que a união de facto, ao contrário do que acontece com o casamento, é por natureza *precária* não basta para justificar a solução, que pode dissuadir as pessoas de casar, preferindo viver em união de facto para não perderem a pensão. O ac. da Rel. de Évora de 4.10.2001 (60) decidiu que a pessoa que vive em união de facto com outrem não pode reclamar do seu ex-cônjuge o pagamento de alimentos, por aplicação *análoga* do art. 2019.º CCiv quando este se refere ao casamento. A solução afigura-se-nos duvidosa de *iure constituto*, mas

Segundo, como se prevê em especial na segunda parte do n.º 5 do art. 1862.º, *cessa ainda se o unido de facto, estando casado à data da morte do seu companheiro, restabelecer a comunhão conjugal*, ou ainda, como se imporia por análogas razões, e mesmo por remissão para o art. 1860.º, onde se previa a cessação, se contrair novo casamento e onde caberia o estabelecimento da comunhão do casamento.

Neste caso, por identidade de razões, sendo o unido de facto sobrevivente casado e separado de facto e titular do direito de apanágio, se restabeleceu a vida conjugal, tal como se extinguiria a união de facto, também cessaria o direito de apanágio, de igual modo se presumindo a sua desnecessidade, não apenas pela reconstituição da comunhão conjugal, mas também pela preferência jurídica do casamento.

O mesmo valeria no caso de celebrar novo casamento, nos casos em que se possa configurar a celebração sem que o anterior tivesse sido dissolvido, designadamente em desrespeito do impedimento matrimonial de bigamia (cfr. arts. 1479.º a 1504.º e ss) e em caso de declaração de morte presumida (cfr. art. 102.º). Em caso de casamento anulado e de o cônjuge de boa fé ter direito a alimentos, também cessa o direito a alimentos se casar de novo ou passar a viver em união de facto (arts. 1858.º e 1860.º).

Também *cessa o direito de apanágio do unido de facto sobrevivente se este se tornar indigno pelo seu comportamento moral*, nos termos da parte final do art. 1860.º, por determinação do n.º 5 do art. 1862.º; o que deve ser apurado pelo seu comportamento não só em relação ao unido de facto falecido como também em relação aos seus herdeiros e legatários assim como a terceiros subadquirentes obrigados a prestar alimentos e se impõe também de acordo com o previsto na al. c) do n.º 1 do art. 1854.º que prevê as causas gerais de cessação da obrigação alimentar. Só relevam os factos posteriores ao reconhecimento do direito a alimentos⁵¹.

cremos que, de *iure condendo*, uma alteração da lei que neste ponto equiparasse ao casamento a união de facto seria plenamente justificada.”

Creemos que o Tribunal da Relação de Évora se aproximava da melhor solução. Entretanto, na solução actual, já se prevê essa solução, cessando a obrigação alimentar *se iniciar união de facto*, na redacção dada ao art. 2019.º, do Código Civil Português, pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto.

⁵¹ Como defendemos para o caso de indignidade alimentar em relação ao comportamento do cônjuge sobrevivente, em *Sobre os alimentos em especial e o casamento, cit.*, p.

Para além *desta causa de indignidade especial*, também por *indignidade geral, quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado*, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 1854.º, cessa a obrigação do devedor, designadamente pelos factos que constituem indignidade sucessória (cfr. arts. 1874.º e 2003.º).

Viver em união de facto ou passar a viver em união de facto não são manifestações de indignidade do beneficiário pelo seu comportamento moral, e não são por isso causas de indignidade pessoal, mas perante o direito a alimentos devido pela herança do ex-cônjuge ou do ex-unido de facto, na relação entre eles é causa de cessação da obrigação de alimentos, agora expressa, pelo que não deveria antes ou independentemente de previsão da lei ser causa de indignidade para este efeito, mas de inexigibilidade da prestação de alimentos com fundamento numa relação anterior que afastara deliberadamente, como vimos a propósito da cessação resultante do estabelecimento de nova união de facto.

Pelas *causas gerais de cessação da obrigação de alimentos*, também cessará o direito de apanágio do unido de facto sobrevivente *pela morte do alimentado*, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 1854.º, como cessa igualmente por *declaração de morte presumida*, porque tem os mesmos efeitos que a morte, tratando-se da ausência sem notícias, em que se presume a falta de intuito de manter a vida em comum (cfr. arts. 100.º e ss e 1854.º, n.º 1, al. a)); mas *não cessa a obrigação de alimentos pela morte do obrigado ou dos obrigados*, herdeiros ou legatários, que devem ser prestados pelos rendimentos dos bens por ele deixados, ainda que pelos subadquirentes.

E ainda cessará essa obrigação e esse direito, nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 1854.º, *enquanto aquele que os receba deixe de precisar deles*, porque passe a ter rendimentos próprios do trabalho ou de bens próprios entretanto adquiridos, designadamente por doação ou sucessão, ou receba alimentos prestados por outrem, designadamente alimentos prestados por outros obrigados voluntários, ou prestados voluntariamente por outros obrigados legais independentemente da ordem de graduação, como os prestados por um irmão ou irmã do unido de facto sobrevivente, ou passe a receber prestações sociais que não recebia, ou que entretanto tenha requerido e tenham sido concedidas.

Ou ainda, eventualmente, *enquanto aqueles que os não presta não possam*

434; e *Dos alimentos em geral*, cit., pp. 354 e ss (pp. 432 a 436).

continuar a prestá-los, não por impossibilidade pessoal, mesmo por morte, uma vez que recai sobre os rendimentos dos bens, mas exactamente por *impossibilidade real*, pela perda dos bens, pela diminuição ou cessação dos rendimentos dos bens, pois embora respondam os herdeiros ou legatários ou os subadquirentes na proporção do valor dos bens, o que os onera com a prova de não haver rendimentos ou rendimentos suficientes e com a sua normal e diligente administração, pode vir a suceder, e em parte ou no todo terem de responder os obrigados subsequentes (cfr. art. 1850.º, n.º 3).

Para o exercício do direito de apanágio do unido de facto sobrevivente, dentro do prazo de 2 anos subsequentes a morte do autor da sucessão, deve o mesmo, como interessado, sucessor ou não, proceder ao pedido de alimentos aos obrigados para apuramento do seu direito, provando a sua necessidade e os demais pressupostos. Quando seja sucessor, sucessor legal (cfr. arts. 1972.º e 1985.º), ou sucessor testamentário (cfr. arts. 2016.º e ss), é razoável condicionar a atribuição de alimentos à partilha da herança, pois só terá direito a apanágio se após a partilha ainda tiver necessidade de alimentos.

Podem os obrigados opor a não verificação dos pressupostos, porém, quando verificados, os mesmos devem satisfazer as obrigações de alimentos por apanágio sobre os bens com prioridade em relação a outras obrigações alimentares pessoais, pois aqueles são credores preferenciais sobre os bens onerados com esta obrigação real.

Havendo concurso de direitos de apanágio a sua graduação é estabelecida pela lei, prevendo o n.º 2 do art. 1862.º que o direito do unido de facto a exigir alimentos gradua-se abaixo do direito a alimentos que o cônjuge do falecido, estando este casado à data da morte, ou os filhos deste tenham sobre os rendimentos dos bens da herança.

Sendo os direitos de apanágio encargos especiais sobre os bens deixados na herança do unido de facto falecido, devem integrar-se e ser satisfeitos pela ordem prevista nos art. 1906.º e 1908.º; devendo graduar-se após os encargos legais existentes ou emergentes da própria sucessão, devendo responder os rendimentos dos bens deixados após a liquidação dos encargos normais da herança, mas antes da satisfação dos legados que são eles próprios disposições de bens deixados e liberalidades que só podem ser satisfeitas após a satisfação dos encargos legais,

uma vez que se trata de encargos voluntários estabelecidos pelo autor da sucessão. Havendo legados legais deveriam os mesmos ser satisfeitos previamente segundo a ordem legalmente estabelecida.

Assim, satisfeitos os encargos com a liquidação da herança, previstos no art. 1906.º, prevalecem os direitos de apanágio sobre os rendimentos dos bens da herança em relação a outros direitos de alimentos em que os herdeiros e legatários sejam obrigados, e entre os direitos de apanágio, conforme o n.º 2 do art. 1862.º, o direito de apanágio do unido de facto é satisfeito em último lugar.

Os unidos de facto, sendo sucessores legítimos, quando o forem nos termos previstos (cfr. arts. 1972.º e ss e 1985.º), *não gozam de um direito de atribuição preferencial do direito de habitação da casa de morada, nem do direito de uso do recheio na partilha*, como sucede com o cônjuge sobrevivente (cfr. arts. 1942.º a 1944.º), *mas poderão ter direito ao arrendamento da casa de morada*, seja titulada em compropriedade, para além da parte que lhes caiba na divisão, se necessário, ou exclusiva do falecido, por analogia com o previsto no art. 1648.º em caso de divórcio⁵², o que deve ser determinado como questão prévia, para ponderação da necessidade de alimentos e da possibilidade de os prestar (cfr. arts. 1844.º e 1845.º).

Se o unido de facto beneficiar da transmissão por morte do direito ao arrendamento, como previsto no art. 1043.º, n.º 1, al. e) (e n.º 2, al. c) e n.ºs 4 e 5), deverá o facto ser tido em conta como modo de satisfazer as suas necessidades e eventualmente das suas possibilidades, por subarrendamento, mas considerando igualmente os seus encargos com a renda.

Se o unido de facto tivesse sido declarado morto presumido e regressar, também cessa o direito de apanágio, por cessação de causa, podendo a união de facto ser restabelecida ou não, sendo que no primeiro caso seria retomada a vida em comum com a livre e natural contribuição para os encargos de vida em comum (cfr. arts. 109.º e n.º 5 do art. 1862.º). No segundo caso, de não restabelecimento da união de facto, e sendo os bens entregues ao regressado, cessaria o direito a apanágio, eventualmente quando pudesse ser mais necessário ao ex-unido de facto. Pode questionar-se se a obrigação de alimentos não deveria subsistir como obrigação dos rendimentos dos bens da herança do ex-unido de facto regressado por razões de equidade, desde que tenha possibilidade de os prestar,

⁵² Como defendemos nas *Lições de Direito da Família e Sucessões*, cit., II, pp. 490 e 491.

pois para o unido de facto não ausente tudo se passa como se o ausente declarado morto presumido não regressasse. Neste caso, a obrigação de alimentos que beneficiava o unido de facto sobrevivente deveria subsistir como obrigação legal de alimentos do unido de facto morto presumido regressado⁵³.

⁵³Se decide regressar para afastar o apanágio do unido de facto doente ou velho e incapaz de prover ao seu sustento, pode questionar-se se a cessação não se daria em abuso do direito de ruptura. Sendo em geral livre e lícita a ruptura da união de facto, a situação é equiparável à da ruptura do casamento em caso de declaração de morte presumida por divórcio, em que a lei considera que por regresso do ausente se considera o casamento dissolvido (cfr. art. 102.º); na medida em que o regresso sem restabelecimento da vida em comum consuma a dissolução da união de facto *inter vivos* após a morte presumida, e por isso, com base nos mesmos critérios se deveriam poder manter os efeitos da morte presumida sobre aquela união de facto. Ou seja, o regresso sem retoma da vida em comum apenas confirma os efeitos da declaração da morte presumida para aquela união de facto já extinta, sujeita a condição legal do eventual regresso, que se confirma extinta por não retoma da vida em comum, aqui não por morte certa, mas *inter vivos* por efeito da declaração de morte presumida. Sem prejuízo de se dever atender às necessidades do regressado e de as mesmas influenciarem os termos da obrigação, da sua redução ou mesmo de serem causa da sua extinção.

AS IMPLICAÇÕES EM PAÍSES TERCEIROS DO REGIME GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA UNIÃO EUROPEIA: A SUA EXTRATERRITORIALIDADE

GRAÇA CANTO MONIZ¹

*Cocoordenadora do “Observatório para a Proteção de Dados Pessoais”
Investigadora do CEDIS*

RESUMO: a vocação extraterritorial do regime geral de proteção de dados pessoais é um tema discutido desde a adoção da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Com efeito, a revogação deste diploma e a sua substituição por um novo, o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, trouxe um novo alento a um debate que já é antigo. Este texto é um contributo para essa discussão tendo, sobretudo, dois objetivos: apresentar o conceito de extraterritorialidade e aplicá-lo ao regime em estudo. Cumpridos estes dois objetivos posso responder à pergunta central deste texto: quais são as implicações em países terceiros do regime geral de proteção de dados pessoais da União Europeia?

Palavras-chave: União Europeia; Proteção de dados pessoais; Extraterritorialidade

Introdução

Há muito que a doutrina discute o âmbito de aplicação extraterrito-

¹ Doutoranda na NOVA Direito, cocoordenadora do “Observatório para a Proteção de Dados Pessoais” e investigadora do CEDIS. Este artigo foi escrito com o apoio financeiro da “Fundação para a Ciência e Tecnologia”.

rial do regime geral de proteção de dados pessoais da União Europeia (“UE”)². O debate ganhou novas proporções com dois acontecimentos recentes: a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) conhecida como *Google Spain*³ e a adoção, pela UE, do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (“RGPD”)⁴, aplicado desde Maio de 2018, que revoga a Diretiva 95/46/CE (“Diretiva”)⁵. É, sobretudo, a este segundo acontecimento que dedicarei as linhas que se seguem. Começo por caracterizar o regime geral de proteção de dados pessoais da UE (1) e, posteriormente, delimito o conceito de extraterritorialidade (2) que aplicarei àquele regime (3).

Tendo presente as notícias avançadas por alguns meios de comunicação social a respeito do impacto do RGPD além das fronteiras da UE⁶, o objetivo deste texto é, essencialmente, identificar em que situações tal se verifica e quais as implicações para os agentes económicos de países terceiros. Porém, devo sublinhar que não tratarei de todas essas implica-

² V., *inter alia*, YVES POULLET, “Transborder Data Flows and Extraterritoriality: the European Position”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2, 2007, 141; JOSHUA BAUCHNER, “State Sovereignty and the Globalizing Effects of the Internet: A Case Study of the Privacy Debate”, *Brooklyn Journal of International Law*, 26, 2000-2001, 696; LEE BYGRAVE, “Determining Applicable law pursuant to European Data Protection Legislation”, *Computer Law & Security Review*, 16, 2000, 252; LOKKE MOEREL, “Back to basics: when does EU data protection law apply?”, *International Data Privacy Law*, 1, 2, 2011, 97 e “The long arm reach of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?”, *International Data Privacy Law*, 1, 1, 2011, 30; Grupo de Trabalho do artigo 29, “Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites”, maio de 2002.

³ Acórdão do TJUE, *Google Spain*, Caso C-131/12, maio de 2014.

⁴ Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

⁵ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁶ V., por exemplo, “Yes, the GDPR Will Affect Your U.S.-Based Business”, *Forbes*, 4 de dezembro de 2017 ou “Impact of the EU General Data Protection Regulation on Asian Businesses”, *CPO Magazine*, 11 de novembro de 2016.

ções, excluindo, por razões de tempo e de espaço, o regime das transferências para países terceiros desta análise. Com efeito, limitar-me-ei ao âmbito de aplicação territorial ou geográfico traçado explicitamente pelo legislador nos artigos 4.º da Diretiva 95/46 e 3.º do RGPD.

1. Breve caracterização do regime geral de proteção de dados pessoais da UE: da Diretiva ao RGPD

O regime geral de proteção de dados pessoais corresponde ao conjunto de normas de Direito da União Europeia (“DUE”) previsto no RGPD e, anteriormente, na Diretiva 95/46/CE (“Diretiva”). Em extrema síntese, na origem da reforma que culminou com a adoção do RGPD, iniciada em 2009⁷ pela Comissão Europeia, encontram-se, sobretudo, dois fatores:

- (i) a Diretiva 95/46/CE, sendo uma Diretiva, não era diretamente aplicada no ordenamento jurídico dos Estados-membros, como acontece com um Regulamento⁸. Portanto, aquele diploma carecia de transposição, com alguma margem de manobra, pelo legislador nacional de cada Estado-membro. Esta circunstância resultou em divergências na transposição da Diretiva e, conseqüentemente, níveis de garantia e de sancionamento bastante variados dentro da União;
- (ii) Adicionalmente, com o passar do tempo, verificaram-se alterações significativas ao nível tecnológico e social com conseqüências para a atualidade e eficácia daquele diploma, como é o caso da computação em nuvem ou das práticas de criação de perfis (“profiling”).

Da conjugação destas circunstâncias resultou uma reforma que,

⁷ A reforma referido em texto teve início num longo processo de consulta pública que decorreu entre junho e dezembro de 2009, cuja informação e documentação se encontra disponível em https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2009/consulting_0003_en, consultado no dia 11 de Novembro de 2018.

⁸ JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, 199.

entre outros contributos, culminou com a adoção do RGPD⁹. Seja como for, de qualquer um destes diplomas, que constituem as fontes principais do regime estudado, decorre que, uma vez apurado que certo tratamento de dados pessoais cabe no respetivo âmbito de aplicação, sobre o “utilizador de dados pessoais”¹⁰, seja um “responsável pelo tratamento” (“RT”) ou um “subcontratante” (“ST”), recai um conjunto de imposições.

Antes de explicar esse âmbito de aplicação, identifico de seguida as mais importantes características ou traços particulares deste bloco normativo, partindo, em especial, das soluções contidas no RGPD: generalidade (1.1.), “europeização” (1.2.) e natureza (1.3.).

1.1. Generalidade

A primeira característica deste bloco de normas é a sua índole *geral*. Por conseguinte, o mesmo distingue-se da legislação aplicável aos tratamentos de dados pessoais realizados em setores específicos ou conexos com certas atividades como é o caso da Diretiva “E-Privacy”¹¹, da Diretiva aplicável ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais¹² ou do Regulamento aplicável aos

⁹ Os detalhes dos objetivos e da motivação que conduziu a esta reforma encontram-se desenvolvidos em duas comunicações da Comissão Europeia: “Uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia”, novembro de 2010 e “Proteção da privacidade num mundo interligado. Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI”, janeiro de 2012.

¹⁰ A expressão é usada em AEDF, CdE, SEPD, *Handbook on European data protection law*, 2018, 101.

¹¹ Diretiva 2002/58/CE do PE e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

¹² Diretiva (UE) 2016/680, do PE e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

tratamentos de dados realizados por instituições europeias¹³.

1.2. A “europeização” da proteção de dados pessoais

A segunda característica do regime em análise resulta da sua *origem*, isto é, da “europeização” de certos domínios normativos. O chavão da “europeização” é usado em vários sentidos dos quais destaco o mais óbvio: a influência do Direito da União Europeia (“DUE”) na homogeneização do direito interno dos Estados-membros¹⁴.

O domínio da proteção de dados pessoais foi objeto desse movimento por força de dois instrumentos de direito derivado da UE, primeiro a Diretiva e, mais recentemente, o RGPD. Paralelamente, a consolidação da europeização desta matéria verificou-se também ao nível do direito originário da UE: desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e da Carta dos Direitos Fundamentais (“CDFUE”) que esta “política pública” da UE sofreu uma alteração significativa com o reforço de uma dimensão jusfundamental. Quer isto dizer que a proteção de dados pessoais é, na UE, um direito fundamental *autónomo* do direito ao respeito pela vida privada e familiar, assim consagrado tanto na CDFUE, no artigo 8.^{o15}, bem como no Tratado de Funcionamento da UE, no artigo 16.^{o16}.

¹³ Regulamento 45/2001, do PE e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados.

¹⁴ ALEXANDRE PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, 2008, 344.

¹⁵ Onde se pode ler: “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

¹⁶ Aí se dispõe que: “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-

Por conseguinte, além de uma dimensão económica, inicialmente com mais peso, resultante da necessidade de garantir a livre circulação dos dados pessoais para a construção de um mercado interno dentro da UE¹⁷, a proteção de dados pessoais “emancipou-se”¹⁸ e ganhou vida própria, uma vida jusfundamental.

1.3. Natureza e substantividade própria: interdisciplinaridade, índole regulatória e lógica de prevenção de riscos

No que respeita à *natureza* do regime em apreço a doutrina tem apelado à sua emancipação ou especialização científica¹⁹. Com efeito, a este regime deve reconhecer-se uma *substantividade própria* e uma natureza complexa que se expressa em três elementos que o conformam: interdisciplinaridade (1.3.1.), índole regulatória (1.3.2.) e lógica de prevenção de riscos (1.3.3.).

1.3.1. Interdisciplinaridade

O primeiro fator que contribui para a complexidade deste regime é a sua *interdisciplinaridade*. A doutrina tem vindo a constatar que, nos dias de hoje, a paradigmática distinção entre Direito Público e Direito Privado, segundo uma lógica de oposição, se encontra ultrapassada²⁰. Sublinha-se, sobretudo, a reduzida utilidade desta oposição para “encaixar” as situa-

Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes. As normas adotadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 39.º do Tratado da União Europeia”.

¹⁷ CE, “Proteção da privacidade num mundo interligado. Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI”, de 25 de janeiro de 2012, 9.

¹⁸ A expressão é de Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, policopiado, 2015, 785.

¹⁹ F. CALVÃO, *Direito* cit., 33.

²⁰ PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2005, 271.

ções da vida que são cada vez mais complexas e que exigem soluções multifacetadas²¹.

Mas isto não quer dizer que, no regime estudado, não é possível identificar aqui e ali indícios de direito administrativo, por exemplo nas normas dirigidas às autoridades de controlo, conferindo-lhes incumbências de supervisão, bem como disposições de direito privado, como o direito de indemnização (artigo 82.º), o contrato celebrado para efeitos de transferências de dados pessoais (artigo 46.º, n.º 3) ou até de direito processual civil e administrativo (artigos 78.º e 79.º). Em todo o caso, não sendo possível isolar cada um destes elementos e traçar uma separação fictícia para efeitos de classificação deste regime, o melhor entendimento²² é o de que o mesmo integra normas de vários ramos, representando o “fenómeno da interconexão, sobreposição ou mistura de normas de Direito Público e normas de Direito Privado”²³. Enfim, como sintetiza FILIPA CALVÃO, o objeto da proteção de dados pessoais “reclama uma especialização que as disciplinas tradicionais não são capazes de oferecer”²⁴.

1.3.2. Índole regulatória

Porventura uma perspetiva mais útil para abordar a natureza da matéria aqui analisada é a sua índole regulatória, congregando formas específicas de “regulação”, como a “co-regulação” ou a “auto-regulação publicamente regulada”, e indicadores de uma estratégia de *prevenção de riscos* associados ao tratamento de dados pessoais.

O conceito de “regulação” compreende-se à luz do “Estado Regula-

²¹ MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, AAFDL, 2014, 308.

²² CHRISTOPHER KUNER, “Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 1)”, *International Journal of Law and Information Technology*, 18, 2, 2010, 176 e ss. e JON BING, “Data Protection, Jurisdiction and the Choice of Law”, *Privacy Law & Policy Reporter*, 92, 1999.

²³ A expressão é de P. GONÇALVES, *Entidades cit.*, 279.

²⁴ FILIPA CALVÃO, *Direito da Proteção de Dados Pessoais. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Universidade Católica, 2018, 32.

dor” ou “Estado-estratega” — aplicável também à UE²⁵ — conexo com uma ideia de *intervenção* pública sobre atividades privadas de natureza económica, comercial e financeira tendo em vista “uma proteção ótima do ‘interesse público’ através da imposição de limitações ao exercício da iniciativa privada”²⁶. Essa intervenção define as condições de funcionamento das atividades reguladas, no cumprimento de uma “função de orientação de sistema” e, além disso, prescreve um controlo da aplicação e observância de tais condições e uma punição das infrações dos regulados²⁷. Aplicando este conceito ao domínio da proteção de dados pessoais temos que:

- (i) a *intervenção* incide sobre as atividades de tratamento de dados pessoais levadas a cabo por responsáveis pelo tratamento e subcontratantes, independentemente da sua natureza pública ou privada, visando proteger as pessoas singulares através de imposições (como, por exemplo, a obrigação de responsabilidade do artigo 24.º, a de garantir a segurança dos tratamentos do artigo 32.º ou a de designar um encarregado de proteção de dados pessoais nos casos enunciados no artigo 37.º) e condições impostas àquelas atividades (como, por exemplo, o respeito pelas condições de licitude enunciadas no artigo 6.º);
- (ii) o *controlo* da aplicação deste regime cabe a uma autoridade independente, conforme decorre do artigo 8.º da CDFUE e do artigo 16.º do TFUE, designada “autoridade de controlo”²⁸;
- (iii) para o efeito, esta autoridade dispõe de poderes de *investigação*, de *correção* — incluindo a imposição de coimas —, poderes *consultivos* ou de *autorização*²⁹.

Acontece que esta intervenção nas atividades de tratamento de dados pessoais não é sinónimo da ubiquidade do poder público ou da

²⁵ MARISA APOLINÁRIO, *O Estado Regulador: o novo papel do Estado*, Almedina, 2016, 242.

²⁶ M. PRATA ROQUE, *A Dimensão* cit., 721.

²⁷ PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da regulação”, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra Editora, 2008, 15, considerando o mercado como um “sistema”.

²⁸ Artigos 51.º e ss. do RGPD.

²⁹ Artigos 58.º e 83.º do RGPD.

sua presença absoluta, autorizando ou proibindo aquelas atividades. Tal é visível, desde logo, na abertura do legislador a instrumentos de regulação e de ativação do “potencial endógeno da sociedade” e do “património de conhecimentos, criatividade e da capacidade dos atores privados para resolver problemas”³⁰. Ou seja, no RGPD o legislador seguiu uma estratégia de “ativação e reforço de responsabilidade dos privados”, no âmbito da sua esfera de atuação, reposicionando o papel dos poderes públicos na realização do bem comum e subscrevendo uma forma regulatória designada “auto-regulação privada publicamente regulada” ou “provocada, ativada ou induzida”³¹.

Os reflexos desta abordagem encontram-se, por um lado, num dos princípios centrais do RGPD, o *princípio da responsabilidade*³² e, por outro, no reconhecimento de efeitos jurídicos a *códigos de conduta* destinados a “contribuir para a correta aplicação” da lei³³ e a *procedimentos de certificação* voluntária, selos e marcas de proteção de dados “para efeitos de comprovação da conformidade das operações de tratamento”³⁴.

1.3.3. Estratégia de prevenção de riscos

Mas as particularidades da natureza deste bloco normativo decorrem de outro elemento transversal: a lógica de prevenção dos riscos gerados pelo desenvolvimento tecnológico e, em particular, riscos associados ao tratamento de dados pessoais³⁵. Estes riscos colocaram o decisor público diante das dificuldades típicas da “sociedade de risco global” e do seu contexto social de incerteza e insegurança, com destaque para a necessidade de confrontar “a utilidade social de inúmeras atividades arriscadas

³⁰ P. GONÇALVES, *Entidades* cit., 14.

³¹ *Idem*, 15 e 161.

³² Art. 5.º, n.º 2 do RGPD.

³³ Art. 40.º do RGPD.

³⁴ Art. 42.º do RGPD.

³⁵ Sobre o tema do risco na sociedade contemporânea e da atuação do poder público v. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, 2015 e CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente*, Coimbra Editora, 2007.

e perigosas” com as “probabilidades de danos jusfundamentais de muito difícil mensuração e valoração”³⁶.

Creio que o RGPD é um reflexo desta abordagem de *prevenção* de riscos em detrimento de raciocínios baseados na ideia de causalidade: o tratamento de dados pessoais é regulado enquanto atividade causadora de “riscos” e, por isso, convoca uma tutela antecipada apesar da incerteza quanto à consumação de danos e à verificação de uma lesão no titular dos dados pessoais³⁷. Há bons indicadores no próprio diploma, e até mesmo da legislação que o antecede, que confirmam esta tese.

Em primeiro lugar, na discussão que o antecedeu, o Grupo de Trabalho do Artigo 29³⁸ pronunciou-se favoravelmente à adoção de uma “risk-based approach” como forma de mitigar as imposições aos utilizadores de dados pessoais e delimitar a conformidade que lhes é exigida com critérios de proporcionalidade: “o Grupo de Trabalho reconhece que algumas das normas do Regulamento podem comportar encargos em alguns responsáveis pelo tratamento que podem ser percebidos como desequilibrados e, por isso, em opiniões anteriores sugeriu que todas as obrigações sejam adaptadas ao responsável pelo tratamento e às operações de tratamento em caso. A conformidade não deve ser um exercício formalístico [“box-ticking exercise”] (...). Por conseguinte, o Grupo de Trabalho entende que os responsáveis pelo tratamento devem atuar em conformidade com a lei, mas isto pode ser feito de maneira

³⁶ J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado* cit., 17.

³⁷ No mesmo sentido, *inter alia*, MIGUEL GAYO, “Aproximación basada en el riesgo, evaluación de impacto relative a la protección de datos personales y consulta previa a la autoridad de control”, JOSÉ LUIS PIÑAR MANAS *et alii* (coord.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, 2017, 351; MARIA EDUARDA GONÇALVES, “The EU data protection reform and the challenges of big data: remaining uncertainties and ways forward”, *Information & Communications Technology Law*, 26, 2, 2017, 90; RAPHAEL GELLERT, “Data protection: a risk regulation? Between the risk management of everything and the precautionary alternative”, *International Data Privacy Law*, 5, 1, 2015, 3 e ss. e, do mesmo autor, “We Have Always Managed Risks in Data Protection Law: Understanding the Similarities and Differences Between the Rights-Based and the Risk-based Approaches to Data Protection”, *European Data Protection Law*, 4, 2016, 481.

³⁸ Este Grupo foi criado ao abrigo do artigo 29.º da Diretiva 95/46 tendo sido substituído pelo Comité Europeu de Proteção de Dados Pessoais, conforme dispõe o artigo 68.º do RGPD.

gradual”³⁹. Em segundo lugar, já o TJUE havia reconhecido, no caso *Digital Rights Ireland*, os riscos da agregação de certos dados “susceptíveis de permitir tirar conclusões muito precisas sobre a vida privada das pessoas cujos dados foram conservados”⁴⁰ e da sua retenção (“gerar no espírito das pessoas em causa (...) a sensação de que a sua vida privada é constantemente vigiada”⁴¹). Em terceiro lugar, e passando para o próprio RGPD, a palavra “risco” aparece para cima de 70 vezes, mas sobretudo, o que importa realçar são as disposições naquele diploma das quais resulta uma opção legislativa por uma abordagem assente na imprevisibilidade ou na incerteza dos efeitos dos tratamentos de dados pessoais sobre o titular dos mesmos:

- (i) o Preâmbulo dá conta da perceção social dos riscos, a “insegurança jurídica” e “um sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrónica”⁴²;
- (ii) o considerando 75 aflora o “risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares” que “poderá resultar de operações de tratamento de dados pessoais susceptíveis de causar danos físicos, materiais ou imateriais”, seguindo-se um elenco não exaustivo dos mesmos: a discriminação, usurpação ou roubo da identidade, perdas financeiras, prejuízos para a reputação, perdas de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional, inversão não autorizada da pseudonimização, ou quaisquer outros prejuízos importantes de natureza económica ou social; uma privação dos direitos e liberdades do titular dos dados ou a impossibilidade de controlar os seus dados pessoais, entre outros riscos;

³⁹ Grupo de Trabalho do Artigo 29, “Statement on the role of a risk-based approach in data protection legal framework”, 30 de maio de 2014, 2.

⁴⁰ Acórdão do TJUE, *Digital Rights Ireland*, Caso C-293/12 e C-594/12, abril de 2014, n.º 27.

⁴¹ Acórdão do TJUE, *Digital Rights Ireland*, Caso C-293/12 e C-594/12, abril de 2014, n.º 37.

⁴² Considerando 9 do RGPD. Sobre a ideia de perceção social do risco, v. J. PEIREIRA DA SILVA, *Deveres* cit., 191.

- (iii) de harmonia com o considerando 76, a probabilidade e a gravidade destes riscos, sendo variáveis, devem ser avaliadas de forma objetiva e tendo em conta os seguintes elementos: a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento;
- (iv) a obrigação geral de responsabilidade, no artigo 24.º, n.º 1, é medida em função do risco dos tratamentos de dados pessoais para os direitos e liberdades das pessoas singulares, daí que em boa parte se confunda com uma obrigação de “gestão adequada dos riscos”⁴³;
- (v) a obrigação de assegurar um “nível de segurança adequada ao risco” (artigo 32.º) e de notificar a autoridade de controlo em caso de violação de dados que “seja suscetível de resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares (artigo 33.º);
- (vi) a obrigação de realizar avaliações de impacto (artigo 35.º) e de notificar o titular dos dados de uma violação (artigo 34.º) quando os tratamentos de dados “impliquem um elevado risco”.

A doutrina tem sublinhado a vocação universalizante e a difusão do princípio da precaução para domínios que extravasam o dos riscos ambientais, em especial ao nível do DUE⁴⁴. Em todo o caso, não há uma referência expressa a este princípio no regime em análise, contrariamente ao que acontece noutras áreas⁴⁵. Terá o legislador pretendido alargar o campo de aplicação do princípio da precaução? Sendo verdade que este é um princípio marcado por uma “babilónica desordem conceitual”,

⁴³ Grupo de Trabalho do Artigo 29, “Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é suscetível de resultar num elevado risco para efeito do Regulamento (UE) 2016/679”, 4 de outubro de 2017, 7.

⁴⁴ Dando nota dessa tendência J. PEREIRA DA SILVA, *Deveres* cit., 184; ALEXANDRA ARAGÃO, “APLICAÇÃO NACIONAL DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO”, *Colóquios 2011-2012*, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013, 159. Equacionando o princípio da precaução no direito da proteção de dados pessoais e sugerindo um paralelismo com o direito do ambiente, v. F. CALVÃO, *Direito* cit., 61.

⁴⁵ ALEXANDRA ARAGÃO, “Princípio da precaução: manual de instruções”, *Revista do Cedoua*, 2, 11, 2008, 16.

a noção de risco plasmada nos considerandos 75 e 76 atribui-lhe uma probabilidade “variável”, o que implicará um grau de incerteza elevado. Tal poderá, segundo algumas concepções, sugerir uma adesão informal ao princípio da precaução⁴⁶.

2. O conceito de extraterritorialidade

Basta analisar a doutrina sobre este conceito para enunciar aquela que é a sua marca genética: *pluralidade significativa*. DULCE LOPES refere-se à “jurisdição extraterritorial do Estado” como o “conjunto de situações em que o Estado está habilitado, usualmente por via unilateral, a dizer o direito aplicável a situações internacionais”⁴⁷. Por seu turno FERNANDO LOUREIRO BASTOS explica que a “extraterritorialidade determina que as normas de uma determinada ordem jurídica possam vir a produzir efeitos no espaço geográfico de uma ordem jurídica distinta”⁴⁸. CEDRIC RYNGAERT engloba neste conceito as situações “em que um Estado regula assuntos que, tendo uma ligação com outro Estado, não são de preocupação exclusivamente doméstica”⁴⁹. Muito próxima desta definição, entre outras, encontram-se as de ANDREAS BIANCHI (“situações em que o Estado regula assuntos de natureza não exclusivamente doméstica ou, por outras palavras, assuntos que apresentam ligações, mais ou

⁴⁶ Para J. PEREIRA DA SILVA o princípio da prevenção distingue-se do princípio da precaução por força dos pressupostos que acionam a sua aplicação: o primeiro, mobilizado para situações de *perigo* e, o segundo, para situações de *risco*. As primeiras correspondem a uma “incerteza *quanto à probabilidade* da lesão do bem jurídico constitucional ou legalmente protegido” e, as situações de risco, a “uma incerteza *quanto à própria existência da probabilidade* dessa lesão”, v. PEREIRA DA SILVA, *Deveres* cit., 170 e 181. Por seu turno, C. AMADO GOMES avança que “o risco é um perigo pressentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade. A fronteira entre os dois é, teoricamente, a da previsibilidade, que se debate com o ineliminável obstáculo da finitude do conhecimento humano”, v. C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação* cit., 226.

⁴⁷ DULCE LOPES, *Eficácia, Reconhecimento e Execução de Atos Administrativos Estrangeiros*, Policopiado, 2015, 38.

⁴⁸ FERNANDO LOUREIRO BASTOS, “Algumas notas sobre globalização e extraterritorialidade”, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, I, 2016, 442.

⁴⁹ CEDRIC RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2015, 6.

menos significativas, com outras ordens jurídicas”⁵⁰), BRIGITTE STERN (“situações em que uma parte ou a totalidade do processo de aplicação [das normas] se desenrola fora do território que as adotou”⁵¹), PAUL DEMARET, (“quando a autoridade legislativa, governamental, judicial ou administrativa de um Estado dirige a um sujeito uma imposição de fazer ou não fazer que será executada no todo ou em parte no território de outro Estado”⁵²) e de ANDREW GUZMAN, (“a capacidade de um país governar a atividade ocorrida em países estrangeiros”⁵³).

Diante desta dispersão de definições a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (“CDINU”), cuja função é contribuir para o desenvolvimento do DIP⁵⁴, procedeu a um estudo sobre a extraterritorialidade no qual apresentou a seguinte definição: o “exercício de jurisdição extraterritorial por um Estado é uma tentativa de regular, através de atos legislativos, judiciais ou executivos, a conduta de pessoas, bens ou atos, além das suas fronteiras, que afetam os seus interesses na ausência de regulação pelo DIP”⁵⁵. Esta definição decompõe-se em vários elementos: (i) o exercício de jurisdição por um Estado (ii) através de uma tentativa regulatória manifestada em diferentes tipos de atos (iii) incidentes sobre a conduta de pessoas, bens ou atos, além das fronteiras do respetivo território, mas que afetam os interesses do Estado e (iv) na ausên-

⁵⁰ ANDREAS BIANCHI, “Reply to Professor Maier”, Karl MEESEN (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Brill, 1996, 74.

⁵¹ BRIGITTE STERN, “L’extraterritorialité ‘revisitée’: où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte Bois* et de quelques autres”, *Annuaire Français de Droit International*, 38, 1, 1992, 239.

⁵² PAUL DEMARET, “L’extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?” *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 21, 1, 1985, 1.

⁵³ ANDREW GUZMAN, “Is International Antitrust Possible?”, *New York University Law Review*, 73, 1998, 1506.

⁵⁴ PATRÍCIA GALVÃO TELES, “O contributo das Nações Unidas e da Comissão de Direito Internacional para a formação do Direito Internacional: breve balanço por ocasião do 70.º aniversário da organização das Nações Unidas”, *Themis*, XVII, 30/31, 2016, 15.

⁵⁵ CDI, “Report on the Work of its Fifty-Eight Session”, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, UN Doc. A/61/10, Annex E, n.º 2, disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf, consultado no dia 11 de Novembro de 2018.

cia de regulação do DIP.

Apesar desta tentativa de fixar os termos de uma definição de extraterritorialidade ou de “jurisdição extraterritorial”⁵⁶, a mesma continua a gerar confusão⁵⁷ e, sobretudo, com o passar do tempo, tem sido atualizada, designadamente no que diz respeito aos seus *titulares*⁵⁸. Com efeito, para aquilo que mais me interessa neste texto, aquele conceito, em boa verdade restrito ao “exercício de jurisdição por um *Estado*”, excluiria do seu âmbito a UE. Contudo, esta surge lado a lado com os Estados, sujeitos de DIP, enquanto produtora de instrumentos jurídicos não reconduzíveis às formas canónicas do DIP ou do direito estadual. À luz da sua originalidade, autonomia e autoridade, conciliadas com uma noção de “soberania funcional”, a UE posiciona-se ao lado dos Estados no contexto internacional⁵⁹. Por conseguinte encontra-se sujeita, nos domínios da sua competência, às mesmas regras e limites que os Estados quando estes exercem jurisdição extraterritorial. O tema tem sido afluído, de forma consensual, pelos autores que tratam os vários domínios nos quais a UE vem exercendo as suas competências além das fronteiras dos Estados-membros, designadamente o direito da concorrência e o direito do ambiente⁶⁰.

⁵⁶ Ao longo deste texto, para simplificar a sua linguagem e facilitar a sua leitura, usarei os dois termos como sinónimos, à semelhança de outros autores, v. Menno Kamminga, “Extraterritoriality”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, Oxford University Press, 2012.

⁵⁷ C. RYNGAERT, *Jurisdição* cit., 7.

⁵⁸ Procedendo igualmente a uma atualização conceptual, v. PEDRO CAEIRO, *Da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra Editora, 2010, 10.

⁵⁹ BERNARD OXMAN, “Jurisdiction of States”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford University Press, 2012, 548 e, entre nós, D. LOPES, *Eficácia, Reconhecimento e cit.*, 66.

⁶⁰ JOANNE SCOTT, “Extraterritoriality and Territorial Extension of EU Law”, *American Journal of Comparative Law*, 62, 1, 2014, 88 e, da mesma autora, “The New EU ‘Extraterritoriality’”, *Common Market Law Review*, 51, 2014, 1343; “Contingent Unilateralism: International Aviation in the European Emissions Trading Scheme”, BART VAN VOOREN *et alii* (eds.), *The EU Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford University Press, 2013; “Developments in the Law- Extraterritoriality”, *Houston Law Review*, 124, 2011, 1226; JOANNE SCOTT E LAVANYA RAJAMANI, “EU Climate Change Unilateralism”, *European Journal International Law*, 23, 2, 469; Elaine Fahey, *The Global Reach of EU Law*, Routledge, 2017, 2; CEDRIC RYNGAERT, “Whither Territoriality? The European Union’s Use of Territoriality to Set Norms with Universal Effects”, *What’s Wrong with International Law*, Brill, 2015, 434; CHRISTOPHER KUNER, “The European Union and the Search for an International Data

Tendo presente esta advertência, parto da definição da CDINU para identificar as manifestações de extraterritorialidade no regime delimitado no ponto 1 deste texto. Ou seja, pretendo identificar em que situações o legislador da UE, através do RGPD, regula a “conduta de pessoas, bens ou atos, além das suas fronteiras”.

3. A extraterritorialidade do regime geral de proteção de dados pessoais da UE e os seus limites

Como referi na Introdução o tema em análise não é novo. Algumas das primeiras discussões, ancoradas numa perspetiva de Direito Internacional Público (“DIP”), centram-se na *validade* da extraterritorialidade neste domínio⁶¹. Mais recentemente, a doutrina parece ter ultrapassado este debate invocando, grosso modo, dois argumentos: (i) os limites que o DIP coloca ao exercício de jurisdição extraterritorial são bastante imprecisos e (ii) a validade da extraterritorialidade *in casu* decorre de uma obrigação da UE, por força do artigo 8.º da CDFUE e do artigo 16.º do TFUE, de garantir a proteção efetiva dos titulares dos dados pessoais contra ingerências, *independentemente do local onde se encontre a empresa que utiliza os dados pessoais*⁶².

Em todo o caso, a aplicação extraterritorial deste regime depara-se

Protection Framework”, *Groningen Journal of International Law*, 2, 2, 2014, 55 e, do mesmo autor, “The Internet and the global reach of EU law”, *LSE Law Working Paper Series 04/2017*, University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper No. 24/2017.

⁶¹ MERLIN GOMANN, “The new territorial scope of EU Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement”, *Common Market Law Review*, 54, 2017, 567; BRENDAN VAN ALSENOY, “Reconciling the (extra) territorial reach of the GDPR with public international law”, *Data Protection and Privacy under Pressure*, ed. Gert Vermeulen & Eva Lievens, 77, Antwerp: Maklu Publishers, 2017; CHRISTOPHER KUNER, “Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law”, *International Data Privacy Law*, 5, 2015, 235.

⁶² MISTALE TAYLOR, “The EU’s human rights obligations in relation to its data protection laws with extraterritorial effect”, *International Data Privacy Law*, 5, 4, 2015, 246; Paul de Hert e MICHAEL CZERNIAWSKI, “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”, *International Data Privacy Law*, 6, 3, 2016, 235; B. VAN ALSENOY, “Reconciling the ...” cit., 93; Dan Svantesson, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Ex Tuto, 2013, 131.

com problemas práticos de exequibilidade que merecem a atenção do legislador e, em especial, exigem um esforço ao nível da cooperação internacional. Contudo, antes de aflorar esses problemas analisarei os termos exatos da alegada extraterritorialidade, tendo em especial atenção o RGPD⁶³.

3.1. O âmbito de aplicação territorial do regime geral de proteção de dados pessoais

Os critérios que delimitavam o âmbito de aplicação territorial decorriam do artigo 4.º da Diretiva 95/46/CE⁶⁴. Na perspetiva dos operadores económicos transnacionais, esta era a disposição mais importante da Diretiva uma vez que estipulava a (não) aplicabilidade da mesma às respetivas atividades. Por outro lado, é indiscutível a sua importância do ponto de vista do titular dos dados pessoais, o beneficiário e titular do bem jurídico protegido, uma vez que era aquela disposição que traçava os termos e limites da proteção que o legislador lhe garantia. No en-

⁶³ Sobre a configuração da extraterritorialidade na Diretiva que antecedeu a adoção do RGPD, v. GRAÇA CANTO MONIZ, “Finally: A Coherent Framework for the Extraterritorial Scope of EU Data Protection Law – The End of the Linguistic Conundrum of Article 3(2) of the GDPR”, *UNIO-EU Law Journal*, 4, 8, 2018.

⁶⁴ “1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adotadas por força da presente directiva ao tratamento de dados pessoais quando: a) o tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável; b) o responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território do Estado-membro, mas num local onde a sua legislação nacional seja aplicável por força do direito internacional público; c) o responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território da Comunidade e recorrer, para tratamento de dados pessoais, a meios, automatizados ou não, situados no território desse Estado-membro, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito no território da Comunidade”.

tanto, apesar desta relevância prática numa economia cada vez mais global, vários autores criticaram aquele preceito afirmando que estava “mal construído”⁶⁵ e apontaram as dificuldades práticas na sua aplicação num “novo ambiente tecnológico global”⁶⁶. Por este motivo não são de estranhar as novidades do RGD.

Sintetizando, o funcionamento do artigo 4.º da Diretiva assentava em três critérios⁶⁷: um critério centrado nos responsáveis pelo tratamento *estabelecidos* na UE, outro dirigido aos responsáveis pelo tratamento de países terceiros *não* estabelecidos na UE e um terceiro para as situações em que do DIP decorre a aplicação extraterritorial do regime da UE⁶⁸. Ora, como de seguida procurarei demonstrar, o RGD, apesar de inovar em alguns aspetos, não alterou este *modus operandi* que persiste no seu artigo 3.º.

3.1.1. Responsáveis pelo tratamento e subcontratantes estabelecidos no território da UE

O artigo 3.º, n.º 1, do RGD mantém a regra, plasmada no artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva, segundo a qual o mesmo se aplica quando os dados pessoais são tratados no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento no território da UE. Porém, regista duas novidades:

- (i) os subcontratantes passam a estar diretamente vinculados

⁶⁵ LIANE COLONNA, “Article 4 of the EU Data Protection Directive and the irrelevance of the EU-US Safe Harbour Program”, *International Data Privacy Law*, 4, 3, 2014, 207.

⁶⁶ DOUWE KORF, “New Challenges to Data protection”, Working Paper n.º 2: Data protection laws in the EU, *European Commission DG JFS*, Janeiro, 2010.

⁶⁷ Desenvolvendo, v. G. CANTO MONIZ, “Finally ...” cit., 107.

⁶⁸ A este terceiro critério, que não sofreu alterações no RGD, não é dado neste texto o mesmo peso que os outros critérios recebem por duas razões: a sua simplicidade, o seu menor relevo prático na perspetiva dos operadores económicos e, naturalmente, as limitações de espaço. Tive ocasião de escrever noutro texto, para o qual remeto, sobre o mesmo, v. G. CANTO MONIZ, “Finally ...” cit., 109.

pelo RGPD e pelas obrigações aí previstas, como por exemplo, a obrigação do artigo 30.º, n.º 2 (registo das atividades de tratamento), do artigo 31.º (cooperação com a autoridade de controlo), do artigo 32.º (segurança do tratamento), do artigo 33.º, n.º 2 (notificação de violação de dados pessoais), do artigo 37.º (designação do encarregado de proteção de dados) e do artigo 44.º (transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais);

- (ii) o RGPD acrescenta que não é relevante se o “tratamento se realiza dentro da União”. Esta expressão vem esclarecer que não é necessário que o próprio estabelecimento participe nas operações de tratamento, situação que corresponde ao sucedido no caso *Google Spain*⁶⁹.

Enunciados estes avanços legislativos importa agora explorar o método subjacente à aplicação do artigo 3.º composto pelos seguintes passos: identificar quem é o responsável pelo tratamento ou o subcontratante (a.), quando é que existe um estabelecimento de um destes sujeitos no território da UE (b.) e, por fim, quando é que o tratamento é realizado no contexto das atividades desse estabelecimento (c.)?

a. Quem é o responsável pelo tratamento ou subcontratante?

Nos termos do artigo 4.º, n.º 7, do RGPD, o responsável pelo tratamento é a “pessoa singular ou coletiva, autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais”. Por seu turno, o n.º 8 do mesmo artigo, dispõe que o subcontratante é “uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes”.

Como se vê, a natureza do sujeito, pública ou privada, é irrele-

⁶⁹ Acórdão do TJUE, *Google Spain*, Caso C-131/12, maio de 2014.

vante para a aplicação deste conceito. Pelo contrário, verdadeiramente decisivo é o papel de cada um dos intervenientes no tratamento dos dados pessoais e, em especial, quem tem efetivo *poder de decisão*. Ou, o mesmo é dizer, quem determina os *meios* e as *finalidades* do tratamento, quem escolhe os dados que serão tratados, por quanto tempo, quem tem acesso e quais as medidas de segurança a implementar⁷⁰.

b. O que é um estabelecimento?

O conceito de estabelecimento é definido de forma ampla no considerando 22 do RGPD: “pressupõe o exercício efetivo e real de uma atividade mediante uma instalação estável. A forma jurídica de tal estabelecimento, quer se trate de uma simples sucursal ou de uma filial com personalidade jurídica, não é determinante”. Isto significa que a *nacionalidade* do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, o local do seu *estabelecimento principal* ou a *localização física* do tratamento dos dados pessoais não são fatores pertinentes para apurar a aplicação do RGPD. Por conseguinte, por exemplo, o mesmo pode ser aplicado quando o estabelecimento principal estiver localizado num país terceiro. Com efeito, foi o que sucedeu no caso *Google Spain*, o único caso em que o TJUE se pronunciou sobre a aplicabilidade deste regime em relação a um responsável pelo tratamento com estabelecimento principal num país terceiro: a *Google Inc.*, empresa-mãe do grupo Google, com sede nos Estados Unidos da América, foi considerada o responsável pelo tratamento⁷¹ e a sua

⁷⁰ Desenvolvendo v. Grupo de Trabalho do Artigo 29, “Parecer 1/2010 sobre os conceitos de ‘responsável pelo tratamento’ e ‘subcontratante’”, fevereiro de 2010.

⁷¹ Considerando um mecanismo de busca, um “controlador” desencadeou muitas críticas, CHRISTOPHER KUNER, “The Court of Justice of the EU Judgement on Data Protection and Internet Search Engines”, *LSE Law, Society and Economy Working Paper*, 2015, 9.

subsidiária, a *Google Spain*, o estabelecimento daquela⁷².

Posteriormente, noutra decisão — o caso *Weltimmo* — a instância da UE apresentou uma “definição flexível do conceito de ‘estabelecimento’”⁷³ entendendo que basta que a “atividade real e efetiva” seja “mínima”, podendo consistir na gestão de um sítio web imobiliário, relativamente a imóveis localizados nesse Estado-membro e redigido na língua desse mesmo Estado⁷⁴. Em todo o caso, o tribunal destacou a presença de elementos adicionais para comprovar a existência de um estabelecimento, como de um representante, uma conta bancária ou uma caixa postal⁷⁵. Já no caso *Amazon*, o TJUE limitou-se a esclarecer que “um estabelecimento não pode existir apenas porque o sítio web da empresa é acessível a partir de um determinado Estado-membro”⁷⁶.

c. O tratamento é realizado no contexto das atividades do estabelecimento?

Não basta a existência de um estabelecimento na União. Exige-se ainda que o tratamento de dados seja efetuado no “contexto das atividades” do estabelecimento do utilizador dos dados pessoais. Para a verificação deste pressuposto o Grupo de Trabalho do Artigo 29 sugeriu a aplicação de um teste ao estilo de “quem faz o quê” e uma avaliação casuística⁷⁷. Anteriormente, em alguns países, as autoridades de controlo haviam apontado casos explicativos desta expressão nos quais uma empresa-mãe estrangeira seria abrangida pela legislação da União como, por exemplo, se fosse aquela a gestora de um sítio online através do qual recolhe dados pessoais de utilizadores situados num Estado-membro pelo que participa na administração dos dados pessoais dos utilizadores do sítio online ou, ainda, assume-se como responsável da parte redigida em

⁷² Acórdão do TJUE, *Google Spain*, Caso C-131/12, maio de 2014, n.º 48.

⁷³ Acórdão do TJUE, *Weltimmo*, Caso 230/14, outubro de 2015, n.º 29.

⁷⁴ Acórdão do TJUE, *Weltimmo*, Caso 230/14, outubro de 2015.

⁷⁵ Acórdão do TJUE, *Weltimmo*, Caso 230/14, outubro de 2015, n.º 33.

⁷⁶ Acórdão do TJUE *Verein für Konsumenteninformation*, Caso C-230/14, julho de 2016, n.º 76.

⁷⁷ “Parecer 8/2010 sobre a lei aplicável”, 16 de dezembro de 2010, 5.

língua alemã desse sítio⁷⁸.

Sinalizando algumas dificuldades na aplicação prática deste critério⁷⁹, a doutrina também aponta alguns exemplos. LOEKKE MOEREL refere o caso de empresas multinacionais que tratam os dados pessoais de forma centralizada quando, por exemplo, a empresa-mãe trata os dados dos recursos humanos, de forma centralizada, numa base de dados única, de todas as empresas do seu grupo situadas na União. Aquela autora defende que o regime de proteção de dados pessoais da UE se aplicará a essas partes do tratamento de dados pessoais porque estão relacionados com as atividades dos seus estabelecimentos na União. Outro caso apontado pela mesma autora é semelhante ao sugerido por algumas autoridades de controlo: quando é a empresa-mãe que opera um sítio online que trata os dados pessoais dos visitantes do Estado-membro onde se encontra o seu estabelecimento ou se o estabelecimento é responsável pelas relações com os utilizadores num Estado-membro (*v. g.* se é ao estabelecimento que cabe a distribuição e o acompanhamento pós-venda)⁸⁰.

Recentemente, o TJUE, por duas vezes, aplicou este critério. A primeira ocasião foi no acórdão *Google Spain*: aquela instância partiu de uma interpretação teleológica do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46/CE salientando o objetivo de garantir “uma proteção efetiva e completa do direito fundamental (...) à proteção de dados pessoais”⁸¹. Mas, verdadeiramente inovador para o que me interessa agora, foi o critério que o tribunal enunciou para determinar se o tratamento é (ou não) “realizado no contexto das atividades do estabelecimento”: existe um “nexo indissociável” entre as atividades do estabelecimento situado na UE e o tratamento de dados pessoais realizado pelo responsável pelo

⁷⁸ Como foi o caso da autoridade do Estado de Hessen, *v.* “Report of the Hessen DPA for 2001”, Hessischer Landtag Drucksache 15/4659, 26 de novembro de 2002, n.º 7.6.

⁷⁹ CHRISTOPHER KUNER, *European Data Protection Law. Corporate Compliance and Regulation*, Oxford University Press, 2007, 118; KUAN HON, JULIA HORNLe e CHRISTOPHER MILLARD, “Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing – When are Cloud Users and Providers Subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing, Part 3”, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 26, n.º 3, 2012, p. 129 e ss., M. Gomann, “The new territorial ...” *cit.*, 572.

⁸⁰ L. MOEREL, “The long arm ...” *cit.*, 30 e 31.

⁸¹ Acórdão do TJUE *Google Spain*, Caso C-131/12, maio de 2014, n.ºs 53 e 54.

tratamento não-europeu⁸²? No caso em apreço, o TJUE considerou que, apesar de o tratamento de dados pessoais implicado na atividade de um motor de busca (*Google Search*)⁸³ ser realizado exclusivamente pela *Google Inc.*, nos EUA, as atividades da *Google Spain* (promoção e venda de espaço publicitário online) estão “indissociavelmente ligadas” a esse tratamento, uma vez que “as atividades relativas aos espaços publicitários constituem o meio para tornar o motor de busca em causa economicamente rentável e que esse motor é, ao mesmo tempo, o meio que permite realizar essas atividades”⁸⁴. Sem as atividades de publicidade da *Google Spain* não seria economicamente rentável para a *Google Inc.* oferecer os seus serviços. Isto significa que o tratamento de dados pessoais realizado pelo *Google Inc.* é economicamente sustentado pelas atividades do seu estabelecimento.

Mas o “nexo indissociável” entre o tratamento de dados pessoais realizado pela *Google Inc.* e as atividades do seu estabelecimento em Espanha não é de índole meramente económica: também é virtual ou visível *on-line*⁸⁵. Quando a *Google Inc.* exhibe dados pessoais numa página de resultados de pesquisa esse tratamento é acompanhado “na mesma página, da exibição de publicidade relacionada com os termos de pesquisa” pelo que “o tratamento de dados pessoais em questão [exibição dos dados pessoais] é efetuado no contexto da atividade publicitária e comercial do estabelecimento de responsável pelo tratamento no território de um Estado-membro, neste caso, o território espanhol”⁸⁶.

⁸² M. GOMANN, “The new territorial ...” cit., 572.

⁸³ “In exploring the internet automatically, constantly and systematically in search of the information which is published there, the operator of a search engine ‘collects’ such data which it subsequently ‘retrieves’, ‘records’ and ‘organizes’ within the framework of its indexing programs, ‘stores’ on its servers and, as the case may be, ‘discloses’ and ‘makes available’ to its users in the form of lists of search results. As those operations are referred to expressly and unconditionally in Article 2(b) of Directive 95/46, they must be classified as ‘processing’ within the meaning of that provision, regardless of the fact that the operator of the search engine also carries out the same operations in respect of other types of information and does not distinguish between the latter and the personal data.”, Acórdão do TJUE, *Google Spain*, Caso C-131/12, maio de 2014, n.º 28.

⁸⁴ Acórdão do TJUE, *Google Spain*, Caso C-131/12, maio 2014, n.º 56.

⁸⁵ M. GOMANN, “The new territorial ...” cit., 574.

⁸⁶ Acórdão do TJUE, *Google Spain SL*, Caso C-131/12, maio de 2014, n.º 57.

Por fim, a segunda situação na qual a instância da UE averiguou se certo tratamento de dados pessoais é (ou não) realizado no contexto das atividades de um estabelecimento foi no caso *Weltimmo*. Contudo, para alguns autores, o relevo desta decisão é reduzido uma vez que o TJUE diminuiu significativamente a função deste critério para assim alargar o âmbito de aplicação do regime da UE⁸⁷.

3.1.2. Responsáveis pelo tratamento e subcontratantes não estabelecidos no território da UE

É em relação a estas situações que o RGPD trouxe novidades significativas. Conforme se pode ler no artigo 3.º, n.º 2⁸⁸: “O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares que se encontrem no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a) a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) o controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União”.

Esta novidade faz eco de uma proposta das autoridades de controlo de 2010 que sugeria um fator de conexão mais específico do que aquele enunciado no artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva, um critério que considerasse os *destinatários* da atividade dos responsáveis pelo tratamento e subcontratantes estabelecidos exclusivamente no estrangeiro⁸⁹. Na mesma altura, a vantagem desta solução foi também enunciada: “um critério desta natureza não é novo e tem sido usado noutros contextos pela UE e pela legislação dos EUA (...)”⁹⁰. Duas razões principais expli-

⁸⁷ M. GOMANN, “The new territorial ...” cit., 573.

⁸⁸ A versão portuguesa deste diploma foi corrigida pelo Documento número 8088/18, Conselho da União Europeia, 19 de abril de 2018, acesso 10 de maio de 2018, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8088-2018-INIT/en/pdf>.

⁸⁹ Grupo de Trabalho do Artigo 29, “Parecer 8/2010 sobre a lei aplicável”, dezembro de 2010, 24.

⁹⁰ *Ibidem*.

cam esta sugestão: as consequências “indesejáveis” em torno da aplicação demasiado ampla e equívoca do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva e a sua desatualização à luz da tendência crescente de as empresas fora da UE direcionar as suas atividades de publicidade e venda de produtos e serviços online para os consumidores do mercado interno da União.

Para alguns autores, o âmbito territorial do RGPD é a sua novidade mais controversa⁹¹. Sem prejuízo de concordar com algumas das críticas enunciadas pela doutrina, sobretudo a propósito das ambiguidades à volta desta norma⁹², faço um balanço positivo do esforço do legislador para corrigir as patologias do artigo 4.º da Diretiva. Com efeito, o artigo 3.º do RGPD pressupõe que o responsável pelo tratamento tenha uma ligação *substancial* à UE, seja porque ali tem um estabelecimento (n.º 1) seja porque trata os dados pessoais de titulares de dados aí localizados e as suas atividades são *direcionadas* para os mesmos ou, melhor dizendo, para o mercado da UE, para os seus consumidores ou para a “comunidade comercial da UE” (n.º 2)⁹³.

Como afirma BRENDAN VAN ALSENOY, “onexo principal com o território da UE não é a presença de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante na UE, mas a localização ali dos titulares de dados para os quais as atividades em causa (de oferta de produtos e serviço ou a monitorização de comportamentos) são *direcionadas*”⁹⁴. PAUL DE HERT e MICHAEL CZERNIAWSKI descrevem a solução legislativa como uma “estratégia do destino [das atividades]” e defendem a validade do artigo 3.º do RGPD com base na ideia de que os operadores estrangeiros não serão surpreendidos com a aplicação do regime da UE uma vez que só serão “alvos” do mesmo se as suas atividades tomarem como “alvos” a própria UE⁹⁵.

Por conseguinte, segundo este novo critério, o que é relevante para determinar a aplicação do RGPD numa situação concreta não é o

⁹¹ DAN SVANTESSON, “Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation”, *International Data Privacy Law*, 5, 2015, 230.

⁹² G. CANTO MONIZ, “Finally ...” cit., 107.

⁹³ M. GOMANN, “The new territorial ...” cit., 586.

⁹⁴ V. ALSENOY, “Reconciling the (extra) territorial ...” cit., 94.

⁹⁵ PAUL DE HERT and MICHAL CZERNIAWSKI, “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”, *International Data Privacy Law*, 6, 2016, 231.

local de estabelecimento do responsável pelo tratamento ou subcontratante, mas a localização do titular dos dados pessoais na UE, seja este nacional, residente ou viajante temporário. Esta irrelevância da intensidade do vínculo do titular dos dados com a UE está de acordo com o objetivo da Diretiva 95/46⁹⁶, reiterado no RGPD, nomeadamente nos considerandos 2 e 14, de garantir a proteção de *todas as pessoas singulares*, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência. Dois exemplos ilustram esta intenção:

- (i) um nacional de um dos Estados-membros transmite dados pessoais durante as férias nos EUA a um responsável pelo tratamento estabelecido nesse país – este titular dos dados não está protegido pelo RGPD uma vez que não se encontra no território da UE;
- (ii) um turista chinês, durante as suas férias em Portugal, transmite os seus dados pessoais a um responsável pelo tratamento estabelecido num país terceiro que, através de seu sítio web, redigido em inglês, francês, alemão e italiano, vende e entrega os produtos na UE e aceita o pagamento em euros – este titular dos dados está protegido pelo RGPD desde que a sua localização, no momento da recolha dos seus dados pessoais, seja no território de um Estado-membro⁹⁷.

3.2. Os limites à aplicação extraterritorial do regime geral de proteção de dados pessoais

Em regra, a legislação com vocação extraterritorial encontra uma dificuldade prática: como garantir a sua execução em território estrangeiro? A esta mesma conclusão chegam, por exemplo, as autoridades de outros países a propósito da legislação interna de proteção de dados pessoais⁹⁸ bem como a doutrina que versa sobre o tema da extraterrito-

⁹⁶ Considerando 2.

⁹⁷ PAUL VOIGT e AXEL VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Springer, 2017, 29.

⁹⁸ Ao apresentar a extraterritorialidade do *Personal Data Protection Act 2012*, o Ministro da Informação, das Comunicações e das Artes de Singapura afirmava estar

rialidade na Internet⁹⁹ e noutros domínios¹⁰⁰.

No contexto da UE, além da percepção dos operadores económicos estrangeiros, uma boa parte da doutrina e as próprias autoridades de controlo, apontam a natureza meramente *simbólica* da extraterritorialidade deste regime¹⁰¹. Com efeito, reconhecem-se as “dificuldades intrínsecas de aplicação ligadas à situação transfronteiriça em questão”¹⁰², su-

“consciente dos desafios da sua implementação. Em particular, quando as organizações em causa não tenham qualquer presença em Singapura, será difícil realizar investigações na sequência de reclamações em relação às atividades dessas organizações ou proceder a uma ação de execução contra as mesmas (...)”, v. Public Consultation Issued by Ministry of Information, Communications and the Arts – Proposed Personal Data Protection Bill, 19 de março de 2012, disponível em <https://www.imda.gov.sg/regulations-licensing-and-consultations/consultations/consultation%20papers/2012/public-consultation-by-mica-on-proposed-personal-data-protection-bill-for-singapore>, consultado no dia 11 de Novembro de 2018.

⁹⁹ FRANCIS MEDEIROS e LEE BYGRAVE, “Brazil’s Marco Civil Da Internet: Does It Live up to the Hype?”, *Computer Law & Security Review*, 31, 2015, 127 e DAN SVANTESSON, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, Oxford University Press, 2017, 132.

¹⁰⁰ D. LOPES, *Eficácia, Reconhecimento e cit.*, 38.

¹⁰¹ LEE BYGRAVE, “Determining applicable law pursuant to European Data Protection Legislation”, *CLSR*, 16, 2000, 252; CHRIS REED, *Making Laws for Cyberspace*, Oxford University Press, 2012, 49 e 366; M. LOKKE, “The Long Arm ...” cit., 28 e ss.; BERNHARD MAIER, “How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Nature of the Internet?”, *International Journal of Law and Information Technology*, 18, 2, 2010, 161; CHRISTOPHER KUNER, “Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 2)”, *International Journal of Law and Information Technology*, 18, 3, 235; DAN SVANTESSON, “Enforcing Privacy across different jurisdictions”, David Wright e Paul de Hert (eds.), *Enforcing privacy: regulatory, legal and technological approaches*, Springer, 2016, 201 e, do mesmo autor, *Extraterritoriality* cit., 68; P. DE HERT e M. CZERNIAWSKI, “Expanding the ...”, cit., 240; M. GOMANN, “The new ...” cit., 569; ICO, “Information Commissioner’s Office: Initial Analysis of the European Commission’s Proposals for a Revised Data Protection Legislative Framework”, 27 de fevereiro de 2012, p. 5, disponível em https://wiki.laquadrature.net/images/1/12/Ico_initial_analysis_of_revised_eu_dp_legislative_proposals.pdf, consultado no dia 11 de Novembro de 2018.

¹⁰² Grupo de Trabalho do Artigo 29, “Documento de trabalho sobre a determinação da aplicação internacional da legislação da UE em matéria de proteção de dados ao tratamento de dados pessoais na Internet efetuado por sites não-europeus”, 20 de maio de 2002, 3.

blinha-se que a “aplicação de regras num contexto internacional não é tão fácil como dentro de um país”¹⁰³ e que a “localização física dos dados pessoais em países terceiros dificulta a aplicação do DUE e o cumprimento das funções das autoridades nacionais de controlo”¹⁰⁴. Enfim, a doutrina foi dando nota do fosso entre o âmbito de aplicação extraterritorial deste regime e as possibilidades da sua garantia¹⁰⁵. Até o TJUE, no caso *Digital Rights Ireland*, afirmou, quanto aos tratamentos de dados pessoais fora do território da UE, que “não se pode considerar que esteja plenamente garantida a fiscalização, por parte de uma entidade independente”¹⁰⁶.

O culminar destas constatações encontra-se na avaliação de impacto que acompanha o RGPD: “mesmo quando parte do equipamento usado para o tratamento está situada dentro da UE, as autoridades dali, em regra, não têm meios para executar as suas decisões ou sanções em relação a entidades cujo estabelecimento principal se encontra fora da sua jurisdição territorial”¹⁰⁷. Mas a este problema da *territorialidade da jurisdição* das autoridades de controlo dos Estados-membros acresce outro.

Com efeito, num relatório da Comissão Europeia de 2003 sobre a

¹⁰³ *Idem*, 15.

¹⁰⁴ G29, “Parecer 7/2001 sobre o projeto de decisão da Comissão (versão de 31 de Agosto de 2001) relativa às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para subcontratantes estabelecidos em países terceiros, em conformidade com o n.º 4 do artigo 26.º da Diretiva 95/46/CE”, setembro de 2001, 3.

¹⁰⁵ Entre outros, v. C. KUNER, “Data Protection Law and (Part 2) ...” cit., 234; C. REED, *Making Laws* cit., 49; L. MOEREL, “The Long ...” cit., 23; D. Svantesson, *Solving* cit., 132; LEE BYGRAVE, “Data Privacy Law and the Internet: Policy Challenges”, Norman Witzleb *et alii*, *Emerging Challenges in Privacy Law: Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2014, 277; Market Trimble, “Advancing National Intellectual Property Policies in a Transnational Context”, *Maryland Law Review*, 74, 2014, 203.

¹⁰⁶ Acórdão do TJUE, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12, n.º 68.

¹⁰⁷ CE, “Impact Assessment Accompanying the document Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) and Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data”, janeiro de 2012, 24 e 25.

implementação da Diretiva constata-se, *inter alia*: (i) que os recursos alocados ao controlo da execução das normas são insuficientes e as ações coercitivas têm uma prioridade baixa entre as muitas tarefas destas autoridades e (ii) o cumprimento fragmentário das regras por parte dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes quando o risco de penalização pelo incumprimento é reduzido¹⁰⁸. Em 2010 a situação foi confirmada pela Agência Europeia de Direitos Fundamentais¹⁰⁹. Portugal não é exceção¹¹⁰. Alguns autores alertam que esta situação fomenta uma fiscalização seletiva e discricionária, em prejuízo da legitimidade da mesma e, adicionalmente, estimula o *fórum shopping*¹¹¹.

É neste quadro que assume importância o apelo que o legislador, no artigo 50.º do RGPD, lança à cooperação internacional e, em particular, à assistência mútua entre autoridades de controlo. Com efeito, em particular nas situações abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2, a efetividade da extraterritorialidade passará pela colaboração do país terceiro onde se encontra estabelecido o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, não só num momento prévio, de investigação e fiscalização dos tratamentos de dados pessoais como, ainda, num momento posterior, de reconhecimento e execução das decisões da autoridade de controlo de um Estado-membro.

Adicionalmente, creio que há pelo menos três mecanismos que poderão ajudar a amaciar as dificuldades identificadas:

- (i) Em primeiro lugar, a responsabilização do representante do responsável pelo tratamento ou subcontratante. De acordo com o artigo 27.º do RGPD, as empresas abrangidas pelo ar-

¹⁰⁸ CE, “Primeiro relatório sobre a implementação da diretiva relativa à proteção de dados 95/46/CE”, maio de 2003, 12 e 13.

¹⁰⁹ AEDF, “Data Protection in the European Union: The Role of National Data Protection Authorities”, 2010, disponível em http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf, consultado no 11 de Novembro de 2018.

¹¹⁰ “Proteção de dados sem meios para cumprir regulamento europeu a partir de maio”, de 12 de janeiro de 2018, disponível em <https://www.tsf.pt/lusa/interior/protecao-de-dados-sem-meios-para-cumprir-regulamento-europeu-a-partir-de-maio-9043625.html>, consultado no dia 11 de Novembro de 2018.

¹¹¹ ALEXANDER DIX, “The International Working Group on Data Protection in Telecommunications: Contributions to Transnational Privacy Enforcement”, D. Wright e P. De Hert, (eds.), *Enforcing Privacy* cit., 190.

tigo 3.º, n.º 2 terão de designar um representante para o espaço europeu. Esta figura desempenha duas funções: facilita as interações do titular dos dados com o utilizador dos seus dados pessoais estrangeiro e as interações com as autoridades de controlo de modo a potenciar a fiscalização dos tratamentos. Por conseguinte, a designação de um representante visa, em última análise, organizar a capacidade de aplicar as disposições do RGPD “chamando” para o domínio de jurisdição territorial do Estado-membro, se não o causador do risco (o utilizador dos dados pessoais), o seu substituto;

- (ii) a “teoria das medidas de destruição do mercado” não se encontra plasmada no RGPD. Trata-se de uma proposta discutida pela doutrina, no quadro da regulação da Internet, que advoga o exercício de poderes coercivos dentro das fronteiras do Estado, não diretamente sobre o autor ou a fonte da comunicação, atividade ou conteúdo online mas, indiretamente, em relação a intermediários, entidades locais e ao eventual património daquele¹¹². Do catálogo destas medidas UTAH KOHL destaca a proibição de prestação, por parte de sujeitos locais, de serviços acessórios (como publicidade) à atividade principal do agente económico estrangeiro¹¹³, ou o bloqueamento do conteúdo ilegal através dos prestadores de serviços de internet (ISP’s) locais¹¹⁴. DAN SVANTESSON¹¹⁵ sugere a adoção de medidas legislativas e de alterações no direito substantivo que permitam às autoridades de controlo, no caso de recusa persistente de incumprimento, decretar, por exemplo,

¹¹² C. REED, *Making Laws* cit., 30; Marketa Trimble, “Extraterritorial Enforcement of National Laws in Connection with Online Commercial Activity”, John Rothchild (ed.), *Research Handbook of Electronic Commerce Law*, Elgar, 2015, 261; D. Svantesson, *Extraterritoriality* cit., 168; UTA KOHL, *Jurisdiction and the Internet. Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge University Press, 2007, 225.

¹¹³ Como, por exemplo, na Nova Zelândia é proibida a publicitação de serviços de jogo ilegais. Nos EUA, vigora legislação para que os intermediários financeiros sejam pressionados, pela ameaça de coimas, a negar transações de cartões de crédito para empresas estrangeiras de jogo ilegal, v. U. KOHL, *Jurisdiction and the* cit., 228.

¹¹⁴ *Idem*, 229.

¹¹⁵ D. SVANTESSON, *Extraterritoriality* cit., 169.

- que o infrator estrangeiro não pode desenvolver atividades económicas no mercado nacional, as suas dívidas não podem ser executadas no respetivo território ou que os comerciantes e os operadores económicos locais não podem negociar com aquele;
- (iii) Em terceiro lugar, pode ainda verificar-se a conformação voluntária, pelo responsável pelo tratamento ou subcontratante sem estabelecimento na União, ao direito estrangeiro e/ou às cominações legais decididas por uma autoridade de controlo de um Estado-membro. A conformação voluntária com comandos e decisões estrangeiras funda-se no reconhecimento de géneros de motivação para a aceitação da vinculatividade das normas independentes do aparelho de coação e de garantia do Estado, mas ligados a interesses económicos, ao bom-nome ou à confiança¹¹⁶. Por conseguinte, certos efeitos das decisões das autoridades de controlo com aptidão extraterritorial não requerem um mecanismo formal de atribuição de relevância ao ato estrangeiro¹¹⁷.

Conclusão

O critério central, tanto na Diretiva como no RGPD, para determinar o respetivo âmbito de aplicação territorial é a existência (ou não) de um estabelecimento do responsável pelo tratamento ou do subcontratante no território da UE. De facto, o que importa apurar não é a sua nacionalidade, o local da sede social estatutária ou a sua residência fiscal, mas verificar se tem um estabelecimento, seja principal ou secundário, no território de um Estado-membro¹¹⁸. Este é o primeiro passo de um teste complexo e com várias etapas. Existindo um estabelecimento, a se-

¹¹⁶ U. KOHL, *Jurisdiction and cit.*, 208.

¹¹⁷ D. Lopes refere que nem todos os atos administrativos estrangeiros estão dependentes de uma intervenção do Estado *ad quem* ou “receptor”, isto é, de um processo específico de reconhecimento, v. D. LOPES, *Eficácia, Reconhecimento e Execução de Atos Administrativos Estrangeiros*, Policopiado, 2015, 227.

¹¹⁸ ULRICH DAMMANN e SPIROS SIMITIS, *EG-Datenschutzrichtlinie Kommentar*, Nomos, 1997, 127.

gunda etapa é avaliar se os tratamentos de dados pessoais ocorrem no “contexto das atividades” daquele estabelecimento.

Não existindo estabelecimento, o RGPD prevê outro critério: a localização do titular dos dados pessoais. Assim, não é rigoroso afirmar que o regime estudado se aplica apenas a empresas nacionais de Estados-membros ou, como propõem erradamente alguns autores¹¹⁹, que visa proteger apenas residentes ou nacionais em/de Estados-membros da UE.

Da aplicação deste teste podem resultar “implicações jurídicas que se estendem para lá do território da UE”¹²⁰ ou, melhor, recordando a definição avançada no ponto 2 deste texto, poder-se-á desenhar a tal tentativa de regular os tratamentos de dados pessoais realizados por utilizadores de dados pessoais situados ^{além} das fronteiras da UE em duas situações que sistematizo de seguida:

- (i) Quando o tratamento, realizado no estrangeiro, é indissociável das atividades de um estabelecimento situado no território da UE;
- (ii) Quando não existe um estabelecimento, mas o tratamento tem outra conexão com o território da UE porque as atividades da empresa visam titulares de dados que ali se encontram.

A principal implicação da aplicação extraterritorial do RGPD é a vinculação do utilizador dos dados pessoais ao mesmo, devendo cumprir as obrigações dali decorrentes. Noto que, ao contrário do sugerido por alguns autores¹²¹, o legislador não criou qualquer espécie de *escalonamento* de imposições aplicáveis além-fronteiras. Quer isto dizer que os sujeitos abrangidos pelo artigo 3.º, n.º 2, sem estabelecimento na UE, são equiparados aos sujeitos cuja atividade não transcende o território da UE pelo que devem respeitar as mesmas imposições que sobre estes recaem. Dessas imposições destaco um conjunto de obrigações que, para efeitos de sistematização, arrumo em duas categorias:

¹¹⁹ M. BRKAN, “The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Rights to Data Protection. Little Shop of Horrors?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23, 5, 2016, 834.

¹²⁰ G29, “Parecer 8/2010 ...” cit.,10.

¹²¹ Dan Svantesson propunha uma “layered approach”: “the key to balance and reasonableness in the field of extraterritoriality in data privacy law lays in matching the various provisions found in each data privacy law to suitable criteria for their extraterritorial application”, v. D. SVANTESSON, *Extraterritoriality* cit., 165 e 194.

- (i) Entre as obrigações *gerais*, aplicáveis em qualquer circunstância, encontram-se a obrigação de responsabilidade (artigo 24.º); a cooperação com a autoridade de controlo (artigo 31.º); e a segurança do tratamento (artigo 32.º);
- (ii) Entre as obrigações *especiais*, aplicáveis após o preenchimento de certos pressupostos, contam-se a celebração de um acordo de responsabilidade conjunta ou controlo coletivo (artigo 26.º); a designação de um representante (artigo 27.º); a celebração de um acordo de subcontratação (artigo 28.º); a criação de um registo das atividades de tratamento (artigo 30.º); a notificação e/ou comunicação de uma violação de dados pessoais (artigos 33.º e 34.º); a realização de uma avaliação de impacto (artigo 35.º) e de consulta prévia (artigo 36.º); a designação de um encarregado de proteção de dados pessoais (artigo 37.º); o respeito pelas regras sobre as transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais (artigo 44.º).

Como referi, a *longa manus* do regime geral de proteção de dados pessoais conhece limites, dos quais destaco a territorialidade da jurisdição das autoridades de controlo. A solução desta patologia dependerá, em larga medida, de uma intensa colaboração internacional e, naturalmente, da disposição e interesse dos países terceiros. Em todo o caso, julgo que, numa economia global cada vez mais digitalizada, na qual o peso da confiança do consumidor assume peso crescente¹²², a adesão voluntária ao modelo de proteção de dados pessoais da UE, por operadores estrangeiros, será um fator relevante para a concorrência numa economia daquele âmbito.

¹²² United Nations Conference on Trade and Development, “Consumer protection in electronic commerce”, julho de 2017.



BREVES NOTAS SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E A INVERSÃO DO CONTENCIOSO¹

JÚLIO MIGUEL DOS ANJOS

Assistente em Tempo Parcial da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

1. Nota introdutória

A presente exposição incide sobre a jurisdição cautelar civil e optámos por trazer à colação um instituto desconhecido no nosso direito, introduzido há poucos anos no direito português e apelidado pela própria lei de *inversão do contencioso*, especialmente num período em que correm iniciativas de revisão do Código de Processo Civil (CPC) entre nós.

Bem ou mal, ou nem bem nem mal, este novo regime tem sido objecto de variados estudos no direito português, incluindo já dissertações de mestrado². Cabe-nos, assim, apenas apresentar os seus traços gerais e respectivas críticas ao abrigo da instrumentalidade que (supostamente) caracteriza as providências cautelares, bem como os resultados da sua aplicação na prática

¹ Texto datado de Junho de 2015.

² Cfr. MARLENE SOFIA COSTA TORRES, *Providências Cautelares — Novo Paradigma: A Problemática do Regime de Inversão do Contencioso*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015; e ISABEL CONCEIÇÃO SAMPAIO VAZ, *Inversão do Contencioso: Um contributo para o estudo deste regime no seio das providências cautelares*, dissertação apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015.

jurisprudencial portuguesa, para ver se merece ser ponderada a introdução de um regime semelhante para o nosso ordenamento jurídico.

2. Noção

Em termos sucintos mas precisos, com a inversão do contencioso *inverte-se, mediante requerimento e por decisão do juiz, o ónus de propositura da ação principal* em face da providência cautelar promovida, tradicionalmente pertencente ao requerente, para passar a impender sobre o requerido³.

Daqui decorre essencialmente que, verificados os pressupostos legais, a inércia do requerido perante uma decisão cautelar determina a *definitividade* da composição do litígio apreciado em termos *urgentes* (art. 327.º) originariamente para valer a título *provisório* (arts. 328.º, n.ºs 1 e 5, e 334.º, todos do CPC de Macau).

3. Origem e justificação

Segundo Miguel Teixeira de Sousa⁴, um dos membros da Comissão para a Reforma do Processo Civil, a possibilidade, ora introduzida, de

³ O preceito nuclear deste regime (art. 369.º — Inversão do contencioso, do novo CPC português, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) é do seguinte teor:

“1. Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

2. A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.

3. Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido.”

⁴ *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, 2012, texto disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25215.pdf, pp. 1-2.

tornar definitiva uma decisão cautelar representa, efectivamente, uma ruptura com a longa tradição histórica de cognição sumária e restrita fundada em juízos de probabilidade, com génese no antigo regime do processo sumário.

A iniciativa fundou-se em considerações de economia processual, pois, na prática, se verificava uma repetição de procedimentos, especialmente quando a tutela cautelar tenha dado já uma solução efectiva e razoável para o litígio⁵. Com efeito, dizia-se no direito português que as partes acabavam por trazer ao processo principal as mesmas razões de facto e de direito, bem como os mesmos elementos de prova já apresentados e apreciados no procedimento cautelar, muitas vezes em face do mesmo pedido inicial⁶.

Neste contexto, já no direito comparado⁷ se tem assistido a uma mudança de paradigma, exteriorizada, por exemplo, no direito italiano, na preclusão da cominação da cessação de efeitos da providência cautelar por não instauração da acção principal, quando aquela seja idónea a antecipar os efeitos da sentença de mérito (arts. 669.º-octies e 669.º-novies do CPC italiano)⁸.

O novo CPC português veio estabelecer um regime diferente, original⁹ e mais seguro¹⁰, atribuindo o ónus de propositura da acção principal ao requerido.

⁵ LOPES DO REGO, “O Novo Processo Declarativo”, in *O Novo Processo Civil — Contributos da Doutrina no Decurso do Processo Legislativo, Designadamente à Luz do Anteprojecto e da Proposta de Lei n.º 113/XII*, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 28.

⁶ RITA LYNCE DE FARIA, “Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil”, in *Revista do Ministério Público*, “Debate sobre a Reforma do Processo Civil”, 2012, pp. 48-49.

⁷ Para uma síntese em língua portuguesa das soluções encontradas no direito italiano, francês e alemão, MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Providências Cautelares*, Almedina, 2.ª Edição, 2016, pp. 156 e ss, nota 416; e RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 228.

⁸ Semelhante solução tem sido consagrada no direito francês e alemão, resultando no que RITA LYNCE DE FARIA, *ob. cit.*, pp. 51-52, encaixa na via da *eliminação, pura e simples, do ónus de o requerente instaurar a acção principal*.

⁹ RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 228.

¹⁰ Segundo TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 9.

4. Pressupostos

Em primeiro lugar, a inversão do contencioso tem de ser *requerida*, como manifestação do princípio dispositivo (art. 5.º do CPC de Macau), até ao encerramento da audiência final. No âmbito da consulta prévia a Ordem dos Advogados manifestou oposição quanto a esta última parte, com fundamento na violação das regras da boa fé, dado não ser justo para o requerido que, no momento da oposição, não teve em consideração um tal pedido que só subsequentemente se vem a formular¹¹.

Em segundo lugar, o juiz tem de formar *convicção segura acerca da existência do direito a acatelar* com a providência decretada, o que, segundo interpretação “quase-autêntica”¹², implica a insuficiência da prova sumária legalmente exigida para suportar a *probabilidade séria* da existência do direito¹³. Também assim afirma Lopes do Rego¹⁴ que “o juiz só decretará a inversão do contencioso quando o grau de convicção que tiver formado ultrapassar o plano do mero *fumus boni juris*, face nomeadamente à amplitude e consistência da prova produzida e à evidência do direito invocado pelo requerente”, não havendo lugar a qualquer convite do juiz para ul-

¹¹ Cfr. o Parecer da Ordem dos Advogados (Sobre o Projecto de Reforma do Código de Processo Civil), 2012, 6. A inversão do contencioso nos procedimentos cautelares.

¹² De TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 10.

¹³ No mesmo sentido se veio a interpretar no Ac. do TRL, n.º 8069-14.4T8LSB. L1-8, de 10/08/2015; e no Ac. do TRP, n.º 560/14.9T8AMT.P1, de 03/10/2015, onde se exigiu, para a verificação deste requisito, “que a convicção do Julgador seja mais forte, mais consistente, que a que normalmente é necessária para o decretamento das providências cautelares; e para que tal aconteça, a prova não pode ser meramente perfunctória, baseada no «*fumus boni juris*», que basta para o deferimento das providências cautelares em geral, sem a inversão do contencioso. Tal prova tem de situar-se num patamar de exigência idêntico ao que é necessário para as decisões da matéria de facto nas acções de processo comum, pois só assim é admissível que o Julgador fique com a convicção segura da existência do direito acatelado e, por via disso, dispense o requerente da propositura da acção declarativa de que o procedimento cautelar seria dependente”.

¹⁴ “Os princípios orientadores da Reforma do Processo Civil”, in *Revista Julgar*, n.º 16, 2012, p. 109.

terior complementação do objecto processual ou da prova quando se revelam ser insuficientes¹⁵.

Em terceiro lugar, a providência tem de ser, *por natureza, adequada* a realizar a *composição definitiva* do litígio, ou, por outras palavras, tem de ter a idoneidade para eventualmente se substituir à tutela definitiva. Exclui-se assim, logo à partida, a aplicação do regime às *providências conservatórias*, como é o caso do arrolamento¹⁶ ou do arresto¹⁷, neste caso porque a mera apreensão judicial de bens, embora a final igualmente para tutela do mesmo direito, não satisfaz por si a pretensão creditícia do requerente. Em face deste critério geral, especialmente importante para aferição da sua admissibilidade no universo das *providências gerais ou genéricas*¹⁸, a lei é clara ao identificar a quê providências especificadas é aplicável o regime — restituição provisória da posse, suspensão de deliberações sociais, alimentos provisórios, embargo de obra nova e demais providências previstas em lei avulsa que tenham carácter antecipatório dos efeitos da acção principal (art. 376.º, n.º 4, do CPC português). O mesmo é dizer que a inversão do contencioso se circunscreve às providências antecipatórias¹⁹, destinadas a produzir os efeitos principais da sentença, que não secundários ou laterais²⁰, de que são exemplos a prestação de in-

¹⁵ Cfr., neste sentido, RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 230.

¹⁶ Como se decidiu no Ac. do TRP, n.º 2727/13.8TBPVZ.P1, de 05/19/2014.

¹⁷ Embora seja antecipatório da penhora. Cfr. CÂNDIDA PIRES e VIRIATO LIMA, *Código de Processo Civil de Macau Anotado e Comentado*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2008, p. 297, anotação ao art. 326.º, 9. I.

¹⁸ Estando excluída a possibilidade de se aplicar a inversão do contencioso quando, por exemplo, se pede a proibição de venda futura de um bem a terceiro para salvarguardar o efeito do direito à execução específica do contrato-promessa. Assim, Rui Pinto, *ob. cit.*, p. 231.

¹⁹ Entendemos que devem estar também incluídas as *providências inibitórias*, quando o que se pretende é apenas e tão-só uma decisão que condene a contraparte na prestação de um facto negativo. Cfr., sobre estas providências, CÂNDIDA PIRES e VIRIATO LIMA, *ob. cit.*, p. 326, anotação ao art. 328.º, 4. IV. Um exemplo pode ser encontrado em PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, Almedina, 2.ª Edição, 2014, p. 328 — a proibição de realização de um certo evento em determinada data, como a suspensão de obras.

²⁰ Cfr. CÂNDIDA PIRES (coord.), *Sentido e Limites da Jurisdição Cautelar Civil*, Almedina, 2014, pp. 62-63.

formações indispensáveis, a publicação de direito de resposta na imprensa, a concretização do direito a tempo para formação profissional, a prestação de alimentos, o recebimento de uma prestação social ou gozo de licença de parto, a prestação de remuneração de trabalho e a prestação de cuidados de saúde²¹.

E, mesmo assim, o juiz não está vinculado a deferir a inversão do contencioso — *pode fazê-lo*²². A expressão da lei pode não ser, contudo, a mais esclarecedora, pois, de facto, parece sugerir logicamente uma situação vinculativa aos tribunais, não se vendo como possa o juiz indeferir o pedido quando se verificarem todos os pressupostos. Neste sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa²³: “Decorre pois do estatuído que é a Lei que define quais as condições que devem estar verificadas para que seja decretada a inversão do contencioso. Trata-se, portanto, de uma decisão vinculada do Tribunal, e não de uma decisão tomada no uso de um poder discricionário. O Tribunal não inverte o contencioso segundo um critério de oportunidade ou de conveniência, mas de acordo com aqueles critérios legais”.

Por último, é evidente e quase escusado dizer que o regime apenas tem aplicação nos procedimentos *ante causam*, pois quando surgem como incidente da acção principal, nenhum efeito útil se poderá retirar da inversão do contencioso, não se invertendo o ónus da propositura por estar já intentada a acção principal.

5. Efeitos

Decretada a inversão do contencioso, o requerente não poderá vir a formular o mesmo pedido na acção principal por força da excepção de litis-

²¹ Exemplos dados por RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 231.

²² Segundo PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO, *ob. cit.*, pp. 325-326, trata-se de uma discricionariedade de *decisão* mas não de *apreciação*: “O juiz *decide* se (não) *decide* (favoravelmente) discricionariamente (art. 152.º, n.º 4, segunda parte); todavia, se inverter o contencioso, a *apreciação* que faça dos seus pressupostos não é discricionária, sendo sindicável por um tribunal superior (art. 370.º, n.º 1)”.

²³ No referido Ac. n.º 8069-14.4T8LSB.L1-8.

pendência²⁴, o que não impede, contudo, a solicitação de outros meios de tutela²⁵.

Em matéria de recursos, a decisão que defira a inversão do contencioso só é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida, ao passo que a decisão de indeferimento é irrecorrível (art. 370.º do CPC português), restando ao requerente instaurar a acção principal se quiser ver consolidados os efeitos da tutela cautelar, se a esta houver lugar. Nos procedimentos sem contraditório prévio o requerido pode opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada ou mediante recurso (arts. 369.º, n.º 2, 2.ª parte, e 372.º n.º 2). O requerido é advertido para, querendo, intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelando nos 30 dias após a notificação da sentença de inversão transitada em julgado (art. 371.º, n.º 1). Se não o fizer, a providência convola-se na composição definitiva do litígio com força de caso julgado material, constituindo título executivo nos termos gerais. Optando-se por instaurar a acção, que *em regra* será de simples apreciação negativa da existência do direito do requerente, a sua procedência, por decisão transitada em julgado, faz cessar os efeitos da providência decretada (art. 371.º, n.º 3).

6. Críticas

“Chegou-se assim a uma solução que (...) acaba por não *ser carne*

²⁴ Contra, PULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO, *ob. cit.*, p. 324, entendendo não haver duplicação de causas, sem ocorrência de qualquer fenómeno de litispendência, ou de caso julgado depois de deferida a inversão, favoravelmente ou não, por decisão transitada, pois o “requerente apenas pediu para ficar dispensado de um ónus; não para ficar proibido de o satisfazer ou de exercer um direito fundamental”. Para estes Autores, o que ocorre “nos casos de instauração da acção pelo requerente, depois de ter pedido a dispensa do ónus de a propor, e antes de este ter sido decidido, é uma *inutilidade* superveniente do pedido de inversão do contencioso — isto é, da questão/instância incidental que tem este pedido por objeto (art. 277.º, al. e)). Se, no procedimento cautelar, o requerente formula um pedido de *dispensa do ónus de propositura* da acção principal, e depois vem a propor essa mesma acção, estará com este ato ulterior a satisfazer o seu ónus, extinguindo-o, não mais podendo ser dele dispensado”.

²⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 12, dá o exemplo do pedido definitivo de reivindicação da coisa na seqüência de um pedido cautelar de restituição da posse.

*nem peixe*²⁶. O novo regime tem sido objecto de crítica, nomeadamente por exigir, como vimos, prova *stricto sensu* e não meramente sumária, e, mesmo assim, poder a tutela cautelar ser contrariada por uma outra decisão posterior sobre o mesmo objecto, acabando, ao fim e ao cabo, por duplicar a apreciação dos factos, da prova e do direito, o que precisamente se quis evitar com a presente reforma, colocando ainda a questão da legitimação material da prevalência da segunda decisão em relação à primeira, ambas de cognição plena, em contravenção ao princípio do caso julgado material firmado entre nós no art. 580.º, n.º 1, do CPC, vindo assim a levantar também uma questão de coerência do sistema jurídico, para além do problema da economia processual. Por outro lado, a configuração do sistema pode ainda incentivar a que as partes — ambas — venham a carrear para o procedimento cautelar os mesmos elementos que levariam para o processo principal, na esperança de se verem livrados do ónus de propositura, falando-se mesmo num “risco de desvirtuamento do procedimento cautelar”²⁷. Por fim, e em relação à referida crítica apontada pela Ordem dos Advogados, diz-se que o princípio do contraditório poderá pôr em causa a urgência do procedimento cautelar por ter de se atribuir ao requerido uma possibilidade extra de se defender contra o pedido superveniente de inversão do contencioso com todos os elementos de prova *stricto sensu*²⁸.

Uma outra específica dificuldade prende-se com o ónus da prova na acção principal, pois segundo o art. 336.º, n.º 1, do CC de Macau, nas acções de simples apreciação negativa — que esgotam a maioria das situações — impenderá ainda sobre o requerente (aqui réu) o ónus de provar os factos constitutivos do direito que se arroga. Há, no entanto, entendimentos de que, não podendo o julgamento da matéria de facto do procedimento cautelar constituir qualquer presunção invocável na acção principal nos termos do art. 328.º, n.º 5, do CPC de Macau²⁹, compete ao requerido (aqui autor) alegar e provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo requerente (réu)

²⁶ RITA LYNCE DE FARIA, *ob. cit.*, p. 55.

²⁷ PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO, *ob. cit.*, p. 333.

²⁸ *Idem*, pp. 56 e ss.

²⁹ “O julgamento da matéria de facto e a decisão final proferida no procedimento cautelar não têm qualquer influência no julgamento da acção principal”.

conforme o disposto nos arts. 5.º, n.º 1, do CPC³⁰ e 335.º, n.º 2, do CC³¹, ou ainda que uma tal solução esvaziaria de utilidade o novo regime, não devendo aplicar-se aqui aquele preceito (art. 336.º, n.º 1) do Código Civil³². Solução que, independentemente da sua bondade e razoabilidade, não deixa de ser um pouco forçada em face da ressalva expressa feita no art. 371.º, n.º 1, do CPC português (“Sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ónus da prova”), tanto mais que esta previsão não constava da versão original da respectiva proposta de lei e foi subsequentemente acrescentada de forma deliberada³⁴. A Ordem dos Advogados entende, com efeito, que é ao réu, requerente da providência, que cabe provar os factos constitutivos do seu direito³⁵.

7. Instrumentalidade mitigada

A característica essencial da tutela cautelar tem sido, de facto, segundo a doutrina tradicional, a sua instrumentalidade específica³⁶, pois

³⁰ “Às partes cabe alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções”.

³¹ “A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”.

³² MARLENE SOFIA COSTA TORRES, *ob. cit.*, pp. 35-36; e RUI PINTO, *ob. cit.*, p. 233.

³³ Levantando-se, no entanto, a questão de saber se não deveria ser também dispensado do ónus da prova o requerente que propusesse, ele próprio, a acção principal, nos casos dos procedimentos cautelares *lite pendente*. Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *ob. cit.*, p. 59. No mesmo sentido indicado no texto, TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 15: “(...) é claro que, na acção de apreciação negativa que é instaurada pelo requerido para evitar a consolidação da providência cautelar em relação à qual se verificou a inversão do contencioso, o ónus da prova tem de pertencer ao autor da acção. De outro modo a inversão do contencioso em nada beneficiaria o requerente da providência: se, depois dessa inversão, lhe incumbisse provar, na subsequente acção de apreciação negativa instaurada pelo requerido, o direito acautelado, esse requerente (e agora réu) encontrar-se-ia na mesma posição se não tivesse havido inversão do contencioso e se fosse sobre ele que recaísse o ónus de instaurar a acção principal”.

³⁴ Cfr. ISABEL CONCEIÇÃO SAMPAIO VAZ, *ob. cit.*, pp. 71-72.

³⁵ Parecer *cit.*

³⁶ Ou *dupla instrumentalidade*, já que o processo principal constitui também um instrumento de realização de direitos. Cfr. CÂNDIDA PIRES, *ob. cit.*, pp. 47-48.

as providências cautelares, na célebre expressão de Calamandrei³⁷, “não são um fim, mas um meio”. Por outro lado, esta instrumentalidade é hipotética ou potencial, na medida em que a sentença acautelanda se baseia em juízos de probabilidade e verosimilhança³⁸. E daqui se extraía uma outra característica, a da provisoriedade das providências, pelo facto de estas serem, por natureza, precárias, sendo, para alguns, “conclusão óbvia” a perda de eficácia das providências *ante causam* se não se vier propor a acção principal dentro dos prazos legais³⁹. Hoje, em face dos novos regimes, parece poder afirmar-se que semelhante conclusão não será assim tão óbvia...

No entanto, mesmo ao abrigo do nosso regime já se falava na possibilidade de antecipar no tempo, ainda que provisoriamente, os efeitos da decisão definitiva⁴⁰, no âmbito das providências antecipatórias, cuja aferição do *fumus boni iuris* deve ser materializada de forma mais exigente. Também já havia teses que defendiam uma reforma do regime então vigente em Portugal nesta matéria⁴¹, inclusivamente no sentido de que é a acção principal que está ao serviço da acção cautelar no plano da instrumentalidade formal⁴², podendo conceber-se a tutela cautelar desacompanhada da acção principal. Não é, pois, totalmente descabido ou inovador vir a introduzir-se um regime que se rompe efectivamente com o princípio da estrita instrumentalidade do procedimento cautelar⁴³, tornando-a *mitigada* ou *eventual*.

8. Apreciação conclusiva

Ao abrigo do dogma tradicional, “*a provisoriedade dos efeitos antecipatórios é*

³⁷ *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, Pádua, 1936, p. 10, *apud* CÂNDIDA PIRES e VIRIATO LIMA, *ob. cit.*, p. 283, I.

³⁸ Cfr. CÂNDIDA PIRES, *ob. cit.*, p. 48.

³⁹ *Idem*, pp. 49 e ss.

⁴⁰ CÂNDIDA PIRES e VIRIATO LIMA, *ob. cit.*, p. 297, anotação ao art. 326.º, 9. I.

⁴¹ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 227 e ss; e RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar - A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Almedina, 2009.

⁴² RUI PINTO, *A Questão...*, p. 701.

⁴³ Parecer da Ordem dos Advogados, *cit.*.

*reflexo da incerteza sobre a efectiva existência do direito acatelado, incerteza que apenas se dilui na acção definitiva em vista da qual a medida cautelar é pré-ordenada*⁴⁴. Tal incerteza vem agora ser colmatada com a exigência de um grau de prova que, segundo a interpretação da doutrina maioritária, poderá reconduzir a uma cognição de amplitude semelhante à que é efectuada em sede de acção principal, pois de outra sorte não se poderia justificar — e tem sido esse o principal obstáculo ao longo das décadas — uma eventual consolidação de uma decisão fundada num conhecimento perfunctório da causa. O regime tradicional tem efectivamente uma razão de ser, e não parece fácil encontrar uma alternativa que permita resolver o problema da duplicação de procedimentos do regime que ainda vigora entre nós sem descaracterizar as providências cautelares no que à *summaria cognitio* diz respeito. Pelo menos a via intermédia encontrada nesta reforma portuguesa não o é.

A jurisprudência portuguesa não tem ainda elaborado o suficiente para podermos tirar quaisquer conclusões sobre a visão dos tribunais nesta matéria, tendo sido apenas possível encontrar na base de dados cibernética⁴⁵ os Acórdãos citados no presente texto que dedicassem alguns excertos para o regime da inversão do contencioso.

Segundo estatística do Tribunal Judicial de Base de Macau⁴⁶, o número de procedimentos cautelares distribuídos nos últimos cinco anos tem variado entre 37 e 70, num universo de mais de 2000 processos cíveis anuais. Não se denota, pois, de momento, uma forte necessidade de se introduzir um dos regimes seguidos no direito comparado, muito menos o tão-criticado e problemático instituto da inversão do contencioso português.

De facto, o valor do direito comparado reside não tanto na inspiração de soluções estrangeiras para serem importadas para o sistema interno, porque as mesmas podem não ser as mais adequadas tendo em conta a disparidade das realidades, mas precisamente no facto de poder apontar críticas teóricas e empíricas às soluções adoptadas ou a adoptar pelo direito interno, que já foram mais que empregues e testadas, normalmente com relativo fracasso, noutros ordenamentos jurídicos.

⁴⁴ CÂNDIDA PIRES, *ob. cit.*, p. 53.

⁴⁵ <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁶ <http://www.court.gov.mo/pt/subpage/statisticstjb>.



O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLECTIVA NO DIREITO LABORAL DE MACAU

WEI DAN

Professora e Vice-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

ÂNGELO PATRÍCIO RAFAEL

Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Resumo

O Direito de Macau não prevê o direito à negociação coletiva, sendo que a Região também não possui uma lei sindical, que é o instrumento normalmente usado para regular aquele direito. Vários projetos de lei sindical foram reprovados na Assembleia Legislativa.

Diante da falta de regulamentação interna sobre a negociação coletiva em especial e sobre os sindicatos, em geral, quando ocorrem disputas de alguma significância entre o empregador e os trabalhadores, a *praxis* é o uso de um processo de consultas tripartidas *praeter legem*, envolvendo o empregador, uma associação de trabalhadores (ou grupo representativo dos trabalhadores) e o governo. No entanto, embora esse mecanismo tripartido seja frequentemente empregado para resolver disputas, a celebração de acordos coletivos é uma ocorrência rara e acessória ao objectivo principal que é a resolução das disputas.

Apesar da falta de regulamentação, a celebração de acordos coletivos não é ilegal, podendo estes ser celebrados nos termos gerais dos contratos, desde que não contrariem as normas imperativas estabelecidas na Lei de Relações de Trabalho, salvo se previrem melhores condições para os trabalhadores. Se um acordo coletivo violar as normas imperativas que estabelecem padrões mínimos sobre condições laborais, as cláusulas que violam esses padrões são consideradas inexistentes e são substituídas pelas normas da Lei das Relações de Trabalho. Por outro lado, os acordos coletivos *praeter legem* não possuem efeito *erga omnes*, vinculando apenas aqueles que o assinaram, pessoalmente ou através de um representante.

Palavras-chave: negociação colectiva; acordos colectivos; consultas tripartidas; sindicatos.

Introdução

A Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (Macau) é um dos lugares mais ricos do mundo, devendo atingir um PIB de cerca de USD 143.116 (mais de 1 milhão de Patacas) *per capita* até 2020, prevendo-se que seja o mais elevado do mundo.¹ A Região, que depende muito da indústria de jogos, enfrenta uma escassez de mão-de-obra, precisando de importa-la de diferentes partes do mundo para cobrir o déficit. Em geral, Macau tem um mercado de trabalho relativamente desregulamentado, num esforço para a promoção do investimento. Isto é particularmente verdadeiro em relação às relações industriais. Para estabelecer certo equilíbrio, o governo desempenha um papel proeminente nas relações de trabalho em Macau.

Este artigo analisa a situação específica da negociação coletiva em Macau. Começa por dar uma breve visão geral sobre o mercado de trabalho e o ambiente laboral de Macau. Em seguida, discute a ausência de um quadro legal para negociação coletiva e a alternativa em vigor, ou seja, um mecanismo de consultas tripartidas *praeter legem*, e a validade e os efeitos dos acordos resultantes desse processo. Depois, o artigo aborda as questões da descentralização e centralização da negociação coletiva, focando-se especialmente no nível de organização da mão-de-obra em Macau e na cobertura dos acordos coletivos, na possível evolução do movimento associativo dos trabalhadores e das práticas de negociação coletiva, bem como como no nível de incidência das atividades das associações de trabalhadores e na questão sobre se esse trabalho é traduzido em acordos coletivos.

A negociação coletiva transnacional, um tema com particular relevância em outros contextos, como a União Europeia, não é aplicável à realidade atual de Macau e, portanto, não será abordado neste artigo.

¹ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-10/qatar-set-to-be-outripped-as-world-s-richest-place-by-macau>.

II. Notas preliminares: mercado de trabalho de Macau e ambiente laboral²

Macau tem uma população de aproximadamente 653.100 habitantes³, dos quais 385.500 constituem população ativa.⁴ Atualmente, a Região apresenta o quarto maior PIB *per capita* no mundo, e deverá ter o maior PIB per capita até 2020, atingindo cerca de USD 143,116 (mais de 1 milhão de Patacas) per capita.

A região tem uma taxa de atividade da mão-de-obra de cerca de 70,2%.⁵ A taxa de desemprego está em torno de 1,9% e a taxa de subemprego está em torno de 0,4%.⁶ Comparativamente, em 2010 (outubro-dezembro), a taxa de desemprego situava-se em torno de 2,7% e a taxa de subemprego, em torno de 1,7%, o que mostra uma clara melhora.⁷ A mão-de-obra ativa está distribuída da seguinte forma, por indústria:

² Ver mais desenvolvimentos em WEI, DAN “Report on Macau Special Administrative Region, China”, In Monika Schlachter (ed.) *The prohibition of age discrimination in labour relations*, Nomos. 2011, pp. 249-255.

³ <http://www.dsec.gov.mo/Statistic.aspx?NodeGuid=3c3f3a28-9661-4a5f-b876-83d8b3eade28>.

⁴ <http://www.dsec.gov.mo/Statistic.aspx?NodeGuid=d4e4d153-73fb-4707-8b82-e20257ec87be>.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ <http://www.dsec.gov.mo/Statistic.aspx?NodeGuid=d4e4d153-73fb-4707-8b82-e20257ec87be>.

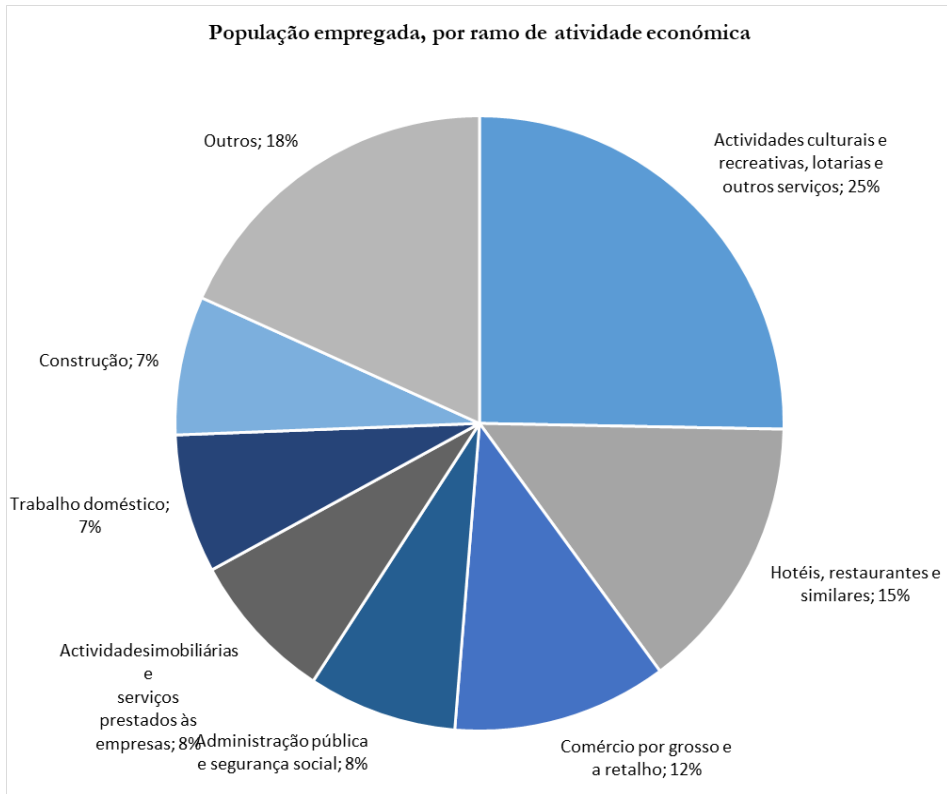


Gráfico 1: População empregada, por ramo de atividade económica. Fonte: Serviços de Estatística e Censos de Macau.

O gráfico acima mostra que os serviços de atividades recreativas, culturais, de lotarias e relacionados empregam um quarto do total da população em atividade. Outra indústria intimamente relacionada – hotéis, restaurantes e similares – emprega 15% da mão-de-obra. Este dado não é surpreendente, uma vez que a economia de Macau é suportada principalmente pela indústria do jogo.

A média do rendimento mensal obtido pelo emprego situou-se em 15.500 patacas (aproximadamente USD 1.915).⁸ A média do rendimento mensal pelo emprego por indústria é a seguinte:

⁸ A taxa de cambio em 15 de Abril de 2018 é de 1 MOP para USD 0.12. <https://www.exchange-rates.org/Rate/MOP/USD>.

Rendimento médio mensal pelo emprego por setor de atividade económica em MOP (4o trimestre de 2017)

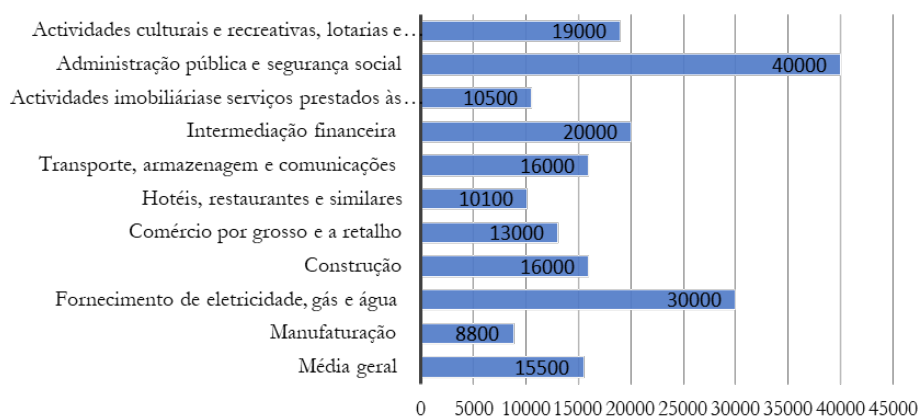


Gráfico 2: Rendimento médio mensal pelo emprego por setor de atividade económica. Fonte: Construído a partir de dados dos Serviços de Estatística e Censos de Macau.

Um estudo realizado em 2017, em que foram inquiridos 820 trabalhadores, apurou que o índice de confiança dos trabalhadores de Macau era de 3,05, numa escala de 0-5, o que representa um aumento de 0,1 face aos resultados de 2016; a satisfação no índice de emprego foi de 3,37, o que representa um aumento em relação aos 3,36 do ano anterior.⁹ Não obstante, o índice de confiança dos crupiês – trabalhadores da indústria principal de Macau – ficou muito abaixo da média: 2,74, o que representa uma diminuição de 0,1 face aos resultados do ano anterior; a satisfação no índice de emprego foi de 3,14, o que representa uma queda em relação aos 3,19 do ano anterior.¹⁰ Aparentemente, em consonância com este cenário de relativa insatisfação, os trabalhadores dos casinos estão atualmente a pressionar as operadoras de casinos e o governo, exigindo melhores condições de trabalho e benefícios. Os acontecimentos

⁹ Universidade de Ciências e Tecnologias de Macau, Instituto de Desenvolvimento Sustentável - MACAU UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Institute for Sustainable Development Macao Employee Confidence and Satisfaction Index*, 2017.

¹⁰ *Ibid.*

mais recentes incluem uma manifestação dos funcionários da Wynn Macau exigindo que a operadora cumpra a Lei n.º 5/2011, de 3 de Maio – Regime de prevenção e controlo do consumo de tabaco – e a Associação Novo Macau para os Direitos dos Trabalhadores do Jogo exige a prolongação do período de licença de maternidade e paternidade, 14 meses de salário por ano, e reclama de despedimentos se justa causa de trabalhadores pelas operadoras de jogos.

O governo implementou vários benefícios para os trabalhadores, especialmente para os trabalhadores locais. Por exemplo, fornece vários programas de formação profissional em parceria com o sector privado através do Centro de Produtividade e Transferência de Tecnologia de Macau. O referido Centro oferece gratuitamente programas de formação aos desempregados inscritos no Serviço dos Assuntos Laborais. Outras organizações, como a Federação das Associações dos Operários de Macau, também desenvolvem programas de formação destinados a melhorar as qualificações e o emprego de alguns grupos de pessoas, especialmente pessoas de meia-idade, que constituem a maioria no grupo de desempregados.¹¹

III. Quadro legal da negociação coletiva

a) A ausência de regulamentação

Nenhuma lei, incluindo a Lei Básica, estabelece expressamente o direito à negociação coletiva em Macau. Isto acontece não obstante a Lei Básica estabelecer como um direito fundamental dos residentes (e não residentes) de Macau a “liberdade de associação” e “direito e liberdade de organizar e participar em associações sindicais e em greves”.¹² Várias tentativas de aprovar uma lei sindical – que também regularia o direito à negociação coletiva – fracassaram, com a maioria dos deputados da Assembleia Legislativa votando contra ela. A falta de regulamentação interna é também não obstante ao facto de Macau fazer parte da

¹¹ Ver, por exemplo, Federação das Associações de Operários de Macau (2009) - MACAU FEDERATION OF ASSOCIATIONS OF WORKERS, Investigation Reports on Working Conditions of Macao Employees of All Circles, 2009.

¹² Lei Básica de Macau, Artigo 27.

Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical (1948) e da Convenção Relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e Negociação Coletiva (1949).¹³

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), através do Comité de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR), fez um pedido direto ao Governo de Macau para “*que tom[asse] as medidas necessárias num futuro próximo para assegurar a plena aplicação do artigo 4 da Convenção e indicar qualquer desenvolvimento relativo à adoção da Lei dos Direitos Fundamentais dos Sindicatos ou qualquer disposição que regule o direito à negociação coletiva no setor privado.*”¹⁴ Até agora, todos os projetos de lei sobre uma lei sindical – abrangendo a negociação coletiva – foram rejeitados.

Aqueles que defendem a aprovação de uma lei sindical, justificam a sua posição principalmente pela necessidade de materializar o artigo 27 da Lei Básica (sobre o direito de sindicalizar-se e à greve) e de preencher o vazio existente no sistema jurídico, bem como com a necessidade de reduzir as violações dos direitos dos trabalhadores e alinhar o sistema jurídico interno com as convenções internacionais aplicáveis a Macau. Por outro lado, aqueles que rejeitam a ideia de uma lei sindical em Macau consideram, *inter alia*, que a mesma não é oportuna, pois afetaria negativamente o ambiente de investimento em Macau e não contribuiria para a promoção do emprego. Além disso, estes consideram que as relações de trabalho são atualmente harmoniosas e o governo pode lidar com conflitos laborais.

O governo encomendou um “estudo sobre as condições sociais necessárias para iniciar uma discussão sobre uma lei sindical”, a primeira ação importante do governo sobre o assunto. No entanto, não há certeza de o estudo dará lugar a uma lei sindical ou qualquer outro resultado. No passado, o governo pareceu não estar particularmente preocupado com a falta de legislação sobre negociação coletiva, como se

¹³ Despacho do Chefe do Executivo 51/2001 de 5 de Outubro de 2001 e Despacho 55/2001 de 5 de Outubro, respetivamente.

¹⁴ Direct Request (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No.98)-China - Macau Special Administrative Region. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2699002.

depreende do seu relatório à OIT: “*embora haja falta de regulamentação sobre o direito à negociação coletiva, tanto os trabalhadores quanto os empregadores são livres de realizar negociações coletivas e tais atos de negociação coletiva não encontrarão quaisquer obstruções ou interferências; e (...) o mecanismo de coordenação tripartida está, na verdade, funcionando bem*”.¹⁵

A posição aparentemente desfavorável em relação à sindicalização e à negociação coletiva é, de fato, uma característica comum entre vários países da região da Ásia-Pacífico, mas na maioria desses países essas limitações parecem estar no setor público.

Na prática, a ausência de uma lei sindical dificulta que os trabalhadores se organizem e negociem de maneira coordenada com os empregadores. Assim, os contratos e as condições de trabalho são geralmente negociados individualmente entre empregadores e trabalhadores. É verdade que às vezes os trabalhadores se organizam informalmente a nível da empresa para pressionar os seus empregadores a melhorar as condições de trabalho, mas isso normalmente acontece quando há um alto nível de insatisfação generalizada entre os trabalhadores e a sua ação se traduz em manifestações ou greves. Em muitos setores, no entanto, há associações setoriais de trabalhadores que atuam como grupos de pressão e às vezes representam trabalhadores em negociações com os empregadores. Há também uma federação que reúne a maioria dessas associações de trabalhadores. Mas a sua natureza, poderes e legitimidade para negociar em nome dos trabalhadores não é clara como consequência da ausência de um quadro legal sobre a matéria. Além disso, essas associações atuam principalmente em processos de resolução de litígios e quase nunca num cenário pré-conflito.

Pode-se perguntar por que uma economia altamente desenvolvida como Macau não tem um quadro legal sofisticado de relações industriais. A resposta pode estar no desejo de manter um ambiente favorável ao investimento, especialmente sendo uma Região altamente dependente do investimento estrangeiro. Mas a Região não é o único lugar desenvolvido cuja legislação não está especialmente virada à promoção de sindic-

¹⁵ Citado de Direct Request (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98)- China - Macau Special Administrative Region. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=100:0:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2699002.

tos e negociações coletivas. Alguns países desenvolvidos, como o Reino Unido, o Canadá, os Estados Unidos da América e o Japão, historicamente, não orientam-se para a promoção da negociação coletiva.¹⁶ Diferentemente, os países nórdicos são tradicionalmente conhecidos por terem leis sindicais bem estabelecidas e taxas de negociação coletiva altas.¹⁷

No entanto, a diferença na estrutura económica e no ambiente social e nas tradições destes países comparativamente a Macau exigem cautela em qualquer comparação a ser feita. Historicamente, o sistema jurídico de Macau tem as suas fundações no Direito português, e Portugal é um dos países com sistemas sindicais e de negociação coletiva relativamente mais fracos na Europa.¹⁸

A decisão de adotar ou não um quadro legal sobre sindicatos e negociações coletivas será determinada pela avaliação das suas vantagens e desvantagens para o ambiente laboral, clima de investimento e para a sociedade em geral. As vantagens da negociação coletiva foram objeto de estudo no passado e incluem, em geral, para os trabalhadores, a redução da desigualdade salarial e a melhoria das condições de trabalho em geral, a participação na definição das condições de trabalho e até na formulação de políticas.¹⁹ Para os empregadores, a negociação coletiva pode aju-

¹⁶ FRANZ TRAXLER, “Collective Bargaining in the OECD: Developments, Preconditions and Effects”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 4, No. 2, 1998, pp. 207-226.

¹⁷ P. MARGINSON, “Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 26, No. 2, 2015, pp. 97-114; SUSAN HAYTER, TAYO FASHOYIN & THOMAS KOCHAN, “Collective Bargaining for the 21st Century”, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 52, No. 2, 2011, pp. 225-247.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ver, por exemplo, GERHARD BOSCH, “Shrinking collective bargaining coverage, increasing income inequality: A comparison of five EU countries”, *International Labour Review*, Vol. 154, No. 1, 2015, p.57-66 ; KRISHNA PENDAKUR & SIMON WOODCOCK, “Glass Ceilings or Glass Doors? Wage Disparity Within and Between Firms”, *Journal of Business & Economic Statistics*, Vol. 28, No. 1., 2010, p. 181-189; P. MARGINSON, “Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 26, No. 2, 2015, pp. 97-114; FRANZ TRAXLER, “Collective Bargaining in the OECD: Developments, Preconditions and Effects”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 4, No. 2, 1998, pp. 207-208.

dar a manter a paz social e legitimar a sua gestão. Para o Estado, a negociação coletiva alivia a necessidade de intervir em uma área com alta potencialmente de conflitos. Por outro lado, como desvantagens da negociação coletiva são frequentemente apontadas a o facto de ela poder ser fonte de inflexibilidade, especialmente nos casos em que a negociação coletiva é altamente centralizada, por não tomar em consideração as realidades específicas de cada empresa. É por isso que um dos principais argumentos para a pressão para descentralizar a negociação coletiva na Europa no contexto da recente crise econômica foi a necessidade de conferir mais flexibilidade e adaptar os acordos laborais à situação de crise.²⁰

Em Macau, até agora, a visão prevalecente no Governo e na Assembleia Legislativa é a de que a Região não precisa de um quadro legal sindical e de negociação coletiva e que os contratos individuais são a melhor maneira de estabelecer os termos e condições da relação laboral. Não obstante, em face da pressão constante de alguns setores da Assembleia Legislativa e de grupos de interesses dos trabalhadores, o governo encomendou o já mencionado “estudo sobre as condições sociais necessárias para iniciar uma discussão sobre uma Lei Sindical”. Mas numa altura em que a negociação coletiva enfrenta grandes contratempos caracterizados, *inter alia*, por uma “corrosão acelerada” ou mesmo um “ataque frontal” dos seus mecanismos de negociação coordenada, empurrando o processo de negociação coletiva cada vez mais para o nível da empresa e diminuindo a possibilidade de aplicação de normas universais do nível setorial ou intersectorial para o nível de empresa, especialmente na Europa Ocidental, não está claro se esse contexto internacional está tendo ou terá um impacto sobre as perspectivas – e, se aprovada, o conteúdo – de uma lei sindical em Macau.²¹

b) Consultas tripartidas de *praeter legem*

Apesar da ausência de um quadro legal que regule o direito à negociação coletiva, a *praxis*, quando surgem litígios envolvendo interesses de

²⁰ P. MARGINSON, “Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 26, No. 2., 2015.

²¹ *Ibidem*.

classe dos trabalhadores, é o recurso a um processo de consultas tripartidas envolvendo uma associação de trabalhadores (ou um grupo representativo dos trabalhadores), o empregador e o governo (representado pela Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais). Chamamos este mecanismo de “*praeter legem*”, pois não tem fundamento na lei, mas não é ilegal. Este mecanismo é diferente, por exemplo, do sistema de consultas tripartidas em vigor na China continental, que é regulado por lei. Assim, embora a Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais possa ter desenvolvido uma prática ao longo do tempo, o risco de disparidade é naturalmente elevado. Não obstante, o mecanismo é endossado pelo governo, que considera que o mesmo “funciona bem”.²²

A razão pela qual os trabalhadores são representados por associações nessas consultas e em outras atividades destinadas a proteger os seus direitos e interesses é a ausência de sindicatos em Macau, uma consequência da ausência de uma lei sindical. Embora muitas das associações adotem a designação *trade union* nas suas denominações em inglês – o que pode levar a alguma confusão – elas não são legalmente reconhecidas como sindicatos. De fato, essas associações de trabalhadores carecem de alguns dos poderes jurídicos normalmente reconhecidos por lei aos sindicatos em outras jurisdições, incluindo a legitimidade processual em nome dos seus membros, ou seja, o direito intentar ações e comparecer perante os tribunais em nome dos trabalhadores. Além disso, dificuldades práticas derivadas de sua falta de estatuto jurídico como sindicatos são obviamente inevitáveis. Em circunstâncias normais, muitos empregadores não estão dispostos a negociar acordos coletivos sobre condições de trabalho com essas associações.

No entanto, foi utilizado um processo de consulta tripartida, por exemplo, entre a Companhia de Electricidade de Macau - CEM, S.A. e os seus trabalhadores, e entre a Sociedade de Abastecimento de Águas de Macau, S.A.R.L. e os seus trabalhadores. Em ambos os casos, o governo atuou apenas como conciliador e as consultas ocorreram em um ambiente de litúgio, com os trabalhadores exigindo melhores condições

²² Citado de Direct Request (CEACR) - adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No.98)-China - Macau Special Administrative Region. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=100:0:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2699002.

de trabalho. Não obstante, a informação disponível é a de que foram celebrados acordos coletivos em ambos os casos, embora não tenhamos tido acesso ao respetivo conteúdo e à informação sobre a sua implementação.

Mais recentemente, depois do Tufão Hato, que atingiu Macau em Agosto de 2017, mais de 200 trabalhadores foram à Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais para discutir as modalidades de trabalho durante o tufão, bem como a remuneração e os benefícios. Foi realizado um processo de consulta tripartida envolvendo trabalhadores, empregadores e o governo. Não foi celebrado nenhum acordo coletivo, mas os empregadores prometeram “tratar das queixas dos trabalhadores e demonstraram interesse em abrir um mecanismo de comunicação permanente para colher as opiniões dos trabalhadores”.

c) Natureza do mecanismo de consultas tripartidas *praeter legem*

Apesar dos seus benefícios, especialmente como mecanismo de resolução de litígios, o mecanismo de consultas tripartidas *praeter legem* atualmente utilizado em Macau está longe do que geralmente se considera como negociação coletiva. A negociação coletiva é geralmente entendida como “negociação voluntária entre organizações de empregadores ou empregadores e organizações de trabalhadores, com vistas à regulamentação dos termos e condições de trabalho por meio de acordos coletivos”.

O mecanismo de consulta tripartida *praeter legem* utilizado em Macau, embora envolva entidades patronais e de trabalhadores, e a Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais, não é conduzida com o objectivo de celebrar um acordo colectivo, embora isso possa acontecer como um resultado acessório. O propósito principal do mecanismo, nos termos atuais, é resolver litígios. Assim, muitos processos de consulta tripartida não são setoriais, muito menos regionais, mas apenas de nível de empresa ou cobrem apenas um número limitado de trabalhadores dentro de uma empresa. Mesmo como um resultado acessório de consultas tripartidas *praeter legem* em processos de resolução de litígios, não se pode dizer que a celebração de acordos coletivos seja uma característica comum; muito pelo contrário. Apesar de vários conflitos, não exis-

tem acordos coletivos, por exemplo, na indústria mais importante de Macau – a indústria do jogo.

Por outro lado, o mecanismo de consultas tripartidas *praeter legem* de Macau, em princípio, cobre apenas uma das funções endossadas pela OIT para sistemas de consultas tripartidas – resolução de litígios laborais, formulação de instrumentos de regulamentação laboral e negociação coletiva –, nomeadamente a resolução de litígios laborais. Além disso, o mecanismo de consultas tripartidas de Macau não é institucionalizado, ao contrário do que acontece em várias outras jurisdições, mesmo aquelas com sistemas de negociação coletiva fracos. Por exemplo, o Canadá tem a *Canadian Industrial Relations Board*, os Estados Unidos da América têm a *National Labour Relations Board* e a China continental tem a Comissão Nacional de Consultas Tripartidas.

d) Efeitos jurídicos dos acordos coletivos *praeter legem*

Quanto aos padrões estabelecidos por estes acordos coletivos *praeter legem*, eles não podem se desviar das normas imperativas da lei, exceto se estabelecerem melhores condições para os trabalhadores (arts. 4 e 14, n.ºs 2 e 3 da Lei de Relações de Trabalho).

Os acordos coletivos *praeter legem*, como qualquer outro contrato, produzem efeitos jurídicos. No entanto, na ausência de um regime legal, surgem mais dúvidas do que respostas:

- Qual é a relação entre os acordos coletivos e os contratos individuais de trabalho? Os acordos coletivos prevalecem sobre os contratos individuais de trabalho ou vice-versa? Ou
- Os acordos coletivos *praeter legem* são universalmente aplicáveis ou aplicam-se apenas àqueles que os assinaram?

Uma chave para responder às perguntas acima seria saber a quem os acordos coletivos *praeter legem* obrigam e até que ponto eles são vinculantes. Ao interpretar-se as normas legais gerais sobre contratos, verifica-se que os acordos coletivos *praeter legem* não têm efeito *erga omnes*. Os contratos de trabalho e os contratos em geral apenas vinculam as partes o os tiverem assinado, pessoalmente ou através de um representante (procurador) investido de poderes bastantes. Os direitos laborais são obrigacionais por natureza e vinculam apenas as partes. Isto significa

que os acordos coletivos *praeter legem* assinados, por exemplo, por uma associação de trabalhadores com um empregador só podem vincular tal empregador e os trabalhadores que são membros da referida associação e desde que o procurador que assinou o acordo esteja investido de poderes de representação bastantes para celebrar tais acordos (art. 251 do Código Civil, a *contrario sensu*). Tais acordos não vinculam os trabalhadores sob o mesmo empregador ou terceiros que não sejam parte, direta ou indiretamente, dos mesmos.

É verdade que outros trabalhadores do mesmo empregador que não sejam parte do acordo podem ratificá-lo posteriormente. Acreditamos que os trabalhadores que originalmente não sejam parte do acordo coletivo têm o direito de exigir que as melhores condições estabelecidas no mesmo para trabalhadores, na mesma categoria e exercendo o mesmo trabalho, lhes sejam estendidas, com base no princípio da igualdade. No entanto, é nossa opinião que a ratificação do acordo coletivo só pode ser admissível quando for feita no todo, não apenas relativamente aos benefícios. Esta é certamente uma área cinzenta que a futura legislação deve abranger.

Deve-se reiterar, no entanto, que em nenhum caso as normas do acordo coletivo podem estabelecer condições inferiores às estabelecidas na lei; caso contrário, as cláusulas relevantes são consideradas inexistentes. Além disso, uma vez acordados nos contratos individuais, algumas condições não podem, em regra, ser rebaixadas através de acordo posterior. Tais padrões incluem a categoria profissional e a remuneração básica do trabalhador (art. 10, n.ºs 4) e 5) da Lei de Relações de Trabalho. No entanto, o acima mencionado não exclui a possibilidade de transmissão da posição contratual pelo empregador de acordo com a lei. Isso significa que um acordo coletivo assinado pelo antigo empregador vincularia o novo empregador. A transmissão da posição contratual pelo trabalhador, no entanto, não é possível, pois o contrato de trabalho é *intuitu personae* quanto a este.

É importante reiterar que as considerações aqui feitas são na sua maioria simplesmente académicas, uma vez que Macau não possui um regime legal de negociação colectiva e até mesmo os acordos colectivos *praeter legem* acima mencionados são extremamente raros. Além disso, tais acordos nunca foram testados em juízo.

e) Validade dos acordos coletivos *praeter legem*

Embora os acordos coletivos não sejam regulados por lei, as partes têm a liberdade de celebra estes ou qualquer outro contrato que não sejam vedados por lei, pois o Código Civil de Macau estabelece o princípio da liberdade contratual (arts. 399 e 392). Os limites dessa liberdade contratual são as normas imperativas, gerais e especiais.

A Lei de Relações de Trabalho contém padrões mínimos sobre condições de trabalho que não podem ser violados em desfavor do trabalhador (arts. 4 e 14, n.ºs 2 e 3). Cláusulas contratuais que estabeleçam padrões abaixo dos legalmente previstos, em desfavor do trabalhador, são consideradas inexistentes e são substituídas pelas normas da Lei de Relações de Trabalho.

Alguns dos padrões mínimos estabelecidos pela Lei de Relações de Trabalho são:

- Um máximo de 48 horas de trabalho por semana;
- 24 horas de descanso semanal ou, em circunstâncias especiais, 4 dias em cada 4 semanas;
- Pelo menos 6 dias úteis de férias anuais remuneradas para trabalhadores com antiguidade superior a um ano numa empresa; ou, para trabalhadores com mais de 3 meses de tempo de trabalho, mas menos de um ano, meio dia de licença remunerada por mês de trabalho e pelo resto do tempo de trabalho, se for superior a 15 dias;
- Um mínimo de 56 dias de licença de maternidade para mulheres;
- Remuneração básica mensal, que inclui também a remuneração base do dia de descanso semanal, férias obrigatórias, férias anuais, faltas remuneradas por doença ou acidente.

f) Execução de acordos coletivos *praeter legem*

Nenhum acordo coletivo *praeter legem* foi até aqui, testado em tribunal, segundo o nosso conhecimento. Portanto, é impossível avaliar, neste momento, como seria a execução dos acordos coletivos e como os tribunais de Macau os interpretariam. É de esperar, no entanto, que questões importantes tenham de ser decididas pelos tribunais. Numa jurisdição

como Macau, onde o juiz é principalmente um intérprete da lei, seria um exercício difícil para ele resolver litígios num vazio legal, embora tenha o dever legal de fazê-lo.

IV. Descentralização e centralização da negociação coletiva

Os termos e condições de emprego nas relações laborais podem ser negociados e celebrados entre o trabalhador e o empregador individualmente e/ou por negociação coletiva. Havendo negociação coletiva, esta pode acontecer relativamente a um único empregador ou relativamente a vários empregadores, ou seja, eles podem ocorrer no nível da empresa ou num nível de múltiplas empresas (que pode ser setorial ou nacional). Nesta seção analisamos em que nível a negociação coletiva *praeter legem* pode ocorrer, tendo em conta o nível de organização da mão-de-obra e o nível de participação da mão-de-obra.

g) Nível de organização da mão-de-obra em Macau e cobertura dos acordos coletivos

Como foi mencionado acima, Macau não possui uma lei sindical e não há sindicatos na Região. No entanto, existem associações de trabalhadores que desempenham a maioria das funções normalmente desempenhadas pelos sindicatos. As associações de trabalhadores mais proeminentes são sectoriais e existe uma federação de associações de trabalhadores, cujo nome oficial inglês é curiosamente “*Macau Federation of Trade Unions*”, dando uma ideia diferente da que se extrai do seu nome em português – “Federação das Associações dos Operários de Macau” – e da verdadeira natureza das suas associações afiliadas. De fato, o nome em português refere-se à organização como uma “Federação de Associações”, em vez de uma “Federação de Sindicatos”, como aparece no seu nome oficial em inglês.

Os acordos coletivos, que não são regulados por lei, são extremamente raros e temos informações de dois acordos coletivos, conforme mencionado na Seção III, b), acima. De fato, não ocorre em Macau qualquer negociação coordenada acima do nível de empresa. Mesmo no nível de empresa, apenas no contexto de um processo de consultas tripartidas ou de insatisfação generalizada é que esforços de negociação

coletiva acontecem. As baixas taxas de negociação coletiva em Macau podem ser atribuídas à desorganização da mão-de-obra, à falta de legitimidade das associações de trabalhadores aos olhos dos empregadores, bem como à falta de um quadro legal sobre a negociação coletiva.

h) Evolução das negociações coletivas e do movimento associativo dos trabalhadores

A pressão e os esforços para a regulamentação da negociação coletiva por ordinária vem o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau em 1999. Desde então, nove projetos de lei foram introduzidos na Assembleia Legislativa visando uma lei sindical. Todos eles foram reprovados. O último projeto de lei foi reprovado em outubro de 2017 com 12 votos a favor, 15 contra e duas abstenções.

No entanto, como foi mencionado acima, o governo anunciou em janeiro de 2018 a decisão de encomendar um “estudo sobre as condições sociais necessárias para iniciar uma discussão sobre uma lei sindical”. Há esperanças de que, se o estudo culminar num projeto apresentado pelo governo à Assembleia Legislativa, ele possa finalmente levar à aprovação de uma lei sindical. No entanto, resta saber se, mesmo que o governo apresente tal projeto de lei, a mesma incluiria a questão da negociação coletiva, já que o governo já havia expressado satisfação com o mecanismo de consultas tripartidas *praeter legem* atualmente utilizado. No entanto, muitos concordariam que uma lei sindical que não incluía a negociação coletiva não seria a mais ideal.

i) Negociação coletiva e participação dos trabalhadores

É difícil afirmar com precisão se a ausência de um regime legal de negociação coletiva afeta a participação dos trabalhadores e, se sim, em que grau, já que nenhum estudo sobre o assunto foi até aqui realizado. No entanto, é muito provável que a lacuna jurídica em relação à questão da negociação coletiva, além da inexistência de uma lei sindical, afete a capacidade dos trabalhadores de organizar e articular adequadamente os seus interesses ao lidar com os empregadores e o governo. As associações de trabalhadores existentes, apesar dos seus melhores esforços, carecem das ferramentas legais que uma lei sindical lhes concederia.

j) Níveis de negociação coletiva

Conforme referido acima, a maioria das associações de trabalhadores em Macau é setorial. No entanto, não temos conhecimento de nenhum acordo coletivo *praeter legem* a tal nível. A partir de uma simples observação, temos a impressão de que a atividade de tais associações ocorre mais nos níveis setorial e empresarial. No entanto, como foi dito anteriormente, muitas vezes essa atividade não leva ou se traduz em negociações coletivas e acordos coletivos com empregadores e o governo, embora possa produzir resultados positivos para os trabalhadores em questão.

Se for aprovada uma lei sindical que incorpora questões de negociação coletiva, pode-se esperar um papel importante das associações de trabalhadores e da Federação das Associações dos Operários de Macau. Isso significaria que haveria uma tendência à centralização da negociação coletiva. Pensamos que essa tendência é mais provável observando a tendência do movimento associativo dos trabalhadores que se move nessa direção. Por exemplo, a Federação das Associações dos Operários de Macau está a envidar esforços para alargar o seu âmbito de associações afiliadas, incluindo, por exemplo, associações e trabalhadores do sector dos serviços.

V. Considerações finais

A falta de um quadro regulamentar sobre a negociação coletiva em Macau não torna ilegal o seu exercício. No entanto, coloca dificuldades jurídicas e práticas às organizações de trabalhadores para articular e promover os seus interesses, apesar do mecanismo tripartido endossado pelo governo que visa a resolução harmoniosa dos litígios laborais.

Não há dúvida de que uma legislação sobre sindicatos e negociações coletivas acabaria com algumas das incertezas prevalentes quanto aos direitos, competências e responsabilidades das associações de trabalhadores. Além disso, colocaria as leis e práticas trabalhistas de Macau em conformidade com as convenções internacionais aplicáveis à Região e materializaria um direito fundamental incorporado na sua Lei Básica. O vazio jurídico existente dificulta que os trabalhadores e empregadores

tenham um quadro de diálogo ordenado sem a intervenção constante do governo. Macau pode tirar lições importantes de diferentes experiências em todo o mundo, já que muitas jurisdições têm sistemas já consolidados e experiência na área.

No entanto, por enquanto, parece que prevalecem grandes diferenças de opinião entre as diferentes partes no assunto. Tendo isso em mente, uma aprovação de tal lei teria que ser precedida pela consulta de todas as partes interessadas, a fim de ouvir e considerar as suas opiniões, preocupações e seus desejos. Somente uma lei que leve em conta as opiniões de todas as partes interessadas, especialmente dos trabalhadores e empregadores, terá possibilidade de ser eficaz. Caso contrário, a mesma estará condenada ao fracasso desde o início.

Bibliografia

- BOSCH, Gerhard (2015), “Shrinking collective bargaining coverage, increasing income inequality: A comparison of five EU countries”, *International Labour Review*, Vol. 154, No. 1, p. 57-66.
- HAYTER, Susan; FASHOYIN, Tayo & KOCHAN, Thomas A. (2011), “Collective Bargaining for the 21st Century”, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 52, No. 2, pp. 225-247.
- MACAU FEDERATION OF ASSOCIATIONS OF WORKERS, “Investigation Reports on Working Conditions of Macao Employees of All Circles” (2009).
- MACAU UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, Institute for Sustainable Development Macao Employee Confidence and Satisfaction Index (2017).
- MARGINSON, P. (2015), “Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 26, No. 2.
- PENDAKUR, Krishna & WOODCOCK, Simon (2010), “Glass Ceilings or Glass Doors? Wage Disparity Within and Between Firms”, *Journal of Business & Economic Statistics*, Vol. 28, No. 1, p. 181-189.

- PUBLIC SERVICES INTERNATIONAL (PSI) “Trade Union Rights in the Asia-Pacific region” (2014, updated 2016), “Report prepared for in cooperation with the International Centre for Trade Unions Rights” (ICTUR).
- QUENTAL, M. P. A. (2012), *Manual de Formação de Direito de Trabalho em Macau – Novo Regime das Relações de Trabalho*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária.
- SHEN, Jie & BENSON, John (2008), “Tripartite Consultation in China: a First Step Towards Collective Bargaining?” *International Labour Review* 147 (2-3) pp. 231-248.
- TRAXLER, Franz (1996), “Collective Bargaining and Industrial Change: A Case of Disorganization? A Comparative Analysis of Eighteen OECD Countries”, *European Sociological Review*, Vol. 12, No. 3, p. 271–287.
- TRAXLER, Franz (1998), “Collective Bargaining in the OECD: Developments, Preconditions and Effects”, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 4, No. 2, pp. 207-226.
- TRIGO, M. (2014) *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau.
- YU, Min (2017), “Tradition and transition: changes and constraint of protection strategies employed by the trade union in Macao”, *Exploration of Human Resources in China*, 1.
- WEI, Dan (2011), “Report on Macau Special Administrative Region, China”, In Monika Schlachter (ed.) *The prohibition of age discrimination in labour relations*, Nomos.
- WESTERN, Bruce (1995), “A Comparative Study of Working-Class Disorganization: Union Decline in Eighteen Advanced Capitalist Countries”, *American Sociological Review*, Vol. 60, No. 2, p. 179-201.

Vida Académica

DEMOCRACIA, JUSTIÇA E ESTADO DE DIREITO¹

DOUTOR JOSÉ RAMOS-HORTA

Prémio Nobel da Paz

Antigo Presidente da República Democrática de Timor-Leste

Antigo Primeiro-Ministro e Ministro de Estado da República Democrática de Timor-Leste

Magnífico Reitor,
Ilustre Decana da Faculdade de Direito,
Excelentíssimo Procurador-Geral da República,
Distintos Docentes da Faculdade de Direito,
Distintos Professores,
Ilustres Convidados,
Excelências,

Muito me honra e sensibiliza o amável convite que me foi dirigido para participar neste seminário comemorativo do 10.º Aniversário da Fundação da Faculdade de Direito da UNTL.

Regressei ontem ao nosso País, proveniente de Nova Iorque, tendo integrado a delegação de Timor-Leste, chefiada pelo estimado Primeiro-Ministro, Dr. Rui Maria de Araújo; integravam ainda a delegação de TL o estimado Maun Bot Xanana Gusmão e o estimado Ministro de Negócios Estrangeiros e Cooperação, Dr. Hernâni Coelho.

Celebramos este ano o 70.º Aniversário da fundação da ONU; um número recorde de Chefes de Estado e de Governo confluíram para aquela cidade Americana, uma das menos acolhedoras e onde os serviços hoteleiros estão entre os piores e os mais caros do mundo.

¹ O texto apresentado corresponde à palestra proferida pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e por ocasião das comemorações do seu aniversário desde a fundação.

A Cidade de Nova Iorque beneficia imensamente no plano financeiro com a presença da ONU naquela cidade mas os americanos em geral e os Nova Iorquinos em particular não escondem o seu desagrado e desdém pela ONU.

Infelizmente ao celebrarmos o 70.º Aniversário da ONU não celebramos um Mundo em Paz ou uma ONU adaptada e preparada para fazer face aos grandes desafios a Paz e Segurança no Mundo.

A ONU está bastante fragilizada, o sistema multilateral sob forte pressão devido às rivalidades entre as grandes potências que não conseguem encontrar um “modus vivendi” em que se respeitam os interesses e espaços vitais de cada um e ao mesmo tempo se identificam denominadores comuns como a protecção e salvaguarda de vidas humanas, de civis e inocentes.

Ouvindo os discursos eloquentes de alguns e empolgantes de outros em que todos fazem apelo à Paz Mundial, mas contrastando esses discursos com a situação real no mundo, parecia estar a ver um filme do surreal, do Federico Fellini.

No meu último dia em NY, 12 de Outubro, a convite do estimado Secretário-Geral Ban Ki-moon estive presente numa sessão especial da Assembleia Geral da ONU em que o Secretário-Geral fez a apresentação do seu Plano de Implementação do Relatório e Recomendações do Painel Independente de Alto Nível sobre as Operações de Paz da ONU.

O Painel de Alto Nível coordenado por mim teve por missão fazer a avaliação crítica de todo o sistema de Paz e Segurança da ONU e propor recomendações visando tornar mais céleres e eficazes os mecanismos e ações de prevenção de conflitos, mediação e construção de paz.

O trabalho do painel mereceu generosos elogios de todos os Estados Membros, académicos e sociedade civil. Esperamos assim que o mesmo entusiasmo com que o nosso Relatório foi acolhido irá marcar a fase de implementação.

Excelências,

Propus-me debruçar hoje sobre o tema Democracia, Justiça e Estado de Direito.

Estes temas, sempre atuais, têm sido discutidos e renovados à medida que o tempo e a história se encarregam de lhes dar novas cambiantes.

Começamos por recordar que o conceito de democracia não é de origem recente: o conceito e a palavra têm a origem na Grécia antiga, no tempo das cidades Estados, e resultam da aglutinação de duas palavras: *dêmos*, que significa povo, e *krátia*, que significa domínio, poder.

Literalmente, democracia seria o poder exercido pelo povo.

Efetivamente, na antiguidade clássica, o poder político era exercido pelas Assembleias de todos os cidadãos, naquilo que a História conheceu como a primeira forma de democracia direta.

Posteriormente, com a evolução complexa das cidades Estados, a formação de confederações e impérios e outras formas de organização mais pormenorizada do Estado, a democracia direta deu lugar a formas diferenciadas de democracia representativa.

Ainda hoje a democracia é o sistema político em que a autoridade e o poder político emanam do povo, que elege os seus representantes através de eleições gerais e periódicas, livres e justas, assentes nos princípios da liberdade e da igualdade dos cidadãos, da vida social honesta.

O Governo, nas democracias representativas, decide e age pela maioria, mas assume o dever de respeito para com as minorias, valorizando a participação do cidadão e garantindo a salvaguarda dos direitos individuais a todos e cada um.

Em democracia, nenhuma maioria, só porque o é, pode retirar quaisquer direitos e liberdades fundamentais a grupos, minorias ou a pessoas e cidadãos.

São garantidas na lei as liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião e manifestação, a liberdade de associação, e reconhecidos direitos originários como o direito à vida, à liberdade, segurança e integridade pessoal, o direito de petição, o direito de acesso aos tribunais e a outros órgãos independentes, para apresentação de queixas, contra os poderes públicos e obter a solução dos litígios através do justo direito.

No nosso país contamos, com assento constitucional, com um Provedor dos Direitos Humanos e Justiça.

Noutros países existem órgãos diferenciados, igualmente independentes, que recebem as queixas dos cidadãos contra os poderes públicos, como será o caso do Ombudsman, na tradição dos países do norte da Europa, ou das Comissões Reguladoras.

O respeito pela diferença, a cultura da tolerância, cooperação e compromisso social, sempre que possível caracterizam as democracias representativas.

I. Os poderes de soberania

A soberania é tradicionalmente encarada num binómio dos poderes próprios: governar e fazer Justiça. Estes dois tópicos definiam, desde a antiguidade, o que era, ou como era encarado o Rei.

Perante nós, porém, o soberano é o Povo e, por isso, governar é realizar o bem comum, e fazer justiça bem aplicar a lei.

Antes do advento da soberania popular, governar e fazer justiça era: seguir as orientações e os desejos e satisfazer os interesses de uma minoria que, mais mal que bem, assumia ou dizia assumir a missão de garantir, proteger e satisfazer as necessidades e aspirações de todos.

Nos nossos tempos deixou de haver detentores únicos dos saberes e governar e fazer justiça.

Montesquieu autor francês das luzes, estudando o regime político de garantia da liberdade, estabeleceu um modelo teórico de governo, de separação e intercolaboração de três poderes soberanos – legislativo, executivo e judicial – como condição de limite do arbítrio antigo ou moderno, no caminho e via das sociedades justas, da liberdade, da igualdade e fraternidade humanas.

No sentido do ensino de Montesquieu a soberania dos três poderes resultava de nenhum poder depender do outro, todos se encadearem:

O legislativo com fonte nas eleições populares;

O executivo ancorado no parlamento eleito;

E o judicial constituído por “juízes que pronunciavam as palavras da lei” aplicada aos litígios entre particulares, ou entre particulares e o Estado.

Assim, nunca haveria necessidade de um qualquer corpo profissional de políticos ou juízes; deputados seriam quem se apresentasse às eleições; membros do governo os que o parlamento confirmasse de entre os eleitos; juízes, os que fossem tirados do povo para julgar um caso, e só um caso.

Mais não era necessário, na arquitetura da soberania popular para a obra do respeito e prossecução do bem comum e da identidade nacional.

Porém, a convicção de não poder construir-se a democracia verdadeira sem partidos organizados deu origem à profissionalização da política e, nas sociedades de tradição romanista, aos juízes profissionais, equiparados a altos funcionários públicos. O governo, por seu turno, tomou o rumo do decalque da administração militar, com Napoleão e a expansão do império republicano.

Pelo contrário, na tradição da *Common Law*, ainda hoje muitos dos juízes são eleitos e, sempre, recrutados na advocacia, onde se distinguem por bastantes anos.

II. Governo e responsabilização dos Juízes

A profissionalização da política e dos juízes deu origem, depois, bem contra o pensamento liberal, a um rígido conceito de separação dos poderes e ao aparecimento de conflitos entre os ramos da soberania, esquecida a intercolaboração que repousava na satisfação do bem comum.

Na modernidade, todavia, a democracia afere-se pelo grau de participação política do cidadão, p. ex. através do exercício do direito de petição, do direito de censura e reparação efetiva, de resistência a ordens ilegais.

O cidadão não se limita a exercer esporadicamente o direito de voto, assume responsabilidades para com o próprio Estado e para com os demais cidadãos: paga impostos, integra órgãos do poder local, cria sindicatos e associações para a defesa de todos os direitos e interesses legítimos, sejam difusos, individuais e coletivos; para proteger o meio-ambiente, a biodiversidade do planeta...

Em suma, acompanha e controla a atividade dos poderes públicos, exigindo dos governantes transparência e integridade na gestão e defesa do bem comum.

Por outro lado, a democracia como a conhecemos hoje pressupõe a existência de um sistema de justiça estruturado, com tribunais fortes e juízes independentes, capazes de responsabilizar os membros do governo e as classes dirigentes, sempre que violarem a lei.

A formação profissional e ética dos magistrados deve então ser sólida, de forma a assumirem, isentos e imparciais, o julgamento dos casos que lhes sejam apresentados.

Aliás, um sistema de justiça forte e independente há-de permitir o

balanço e o controlo necessário contra os abusos de poder, venham estes do executivo ou do legislativo. Deverá ser a trave-mestra do Estado de Direito.

A questão é, pois, a de saber, nas democracias modernas, perante uma burocracia judicial, como é que se evita, por um lado, o abuso de um governo dos juízes, enquanto que, ao mesmo tempo, se garante essa censura forte dos delitos quer de governação, quer de (não) fazer justiça.

No conceito de Montesquieu de uma soberania delimitada nos três poderes autónomos, mas colaborantes, em que o poder judicial é, em boa verdade, um poder nulo, com a função de arbitrar todos os conflitos, a solução do problema é quase automática, gerando sempre uma readaptação habitual do sistema.

Porém, nas democracias modernas de juízes profissionais, encontrar uma solução adequada poderá parecer mais difícil.

Na verdade, as burocracias têm as suas lógicas internas, que comandam a progressão nas carreiras e a apreciação do mérito: geram uma cultura própria que, por vezes, diverge da satisfação do bem comum maioritário, e antes se orienta aos valores e propósitos da corporação.

A magistratura, como corpo de altos funcionários do Estado, move-se na convicção de ser cumpridora exigente do bem comum e que reside na legalidade.

Todavia, não deixa de ser necessário prevenir que coloque na dianteira, como burocracia que também não deixa de ser, os objetivos estratégicos de apenas se defender nas prerrogativas, sobreviver e expandir em influência, ou mesmo no exercício de uma hegemonia político/social.

Assim, só mesmo a maturidade de uma deontologia democrática, no quadro da Constituição, pode trazer aos juízes profissionais a base sólida para atingirem, na aplicação da lei, a intercolaboração necessária ao exercício de uma soberania não arbitrária, isto é, que se traduza num governo do Povo, pelo Povo e para o Povo.

E esta deontologia, condição democrática da boa justiça, será apenas possível através de um sistema de educação, de base ao topo, orientado ao respeito absoluto pela Lei Fundamental, em particular, ao respeito integral e exigente dos direitos, liberdades e garantias do Povo.

Não bastará, contudo, para evitar todos e quaisquer desvios – o que

nunca será possível!

Por isso mesmo, importa encontrar e estabelecer um regime legal de supervisão judiciária, capaz de redirecionar para a satisfação do bem comum, todos os entorses e entropias do sistema.

E este sistema – na lógica da interdependência de poderes – não poderá ser uma simples autorregulação da magistratura, mas emanar antes do Parlamento.

Toda esta problemática, complexa que é, não chega de maneira alguma para nos dar uma perspetiva útil do tema Estado de Direito, Democracia e Justiça.

III. Estado de Direito

Qual é entretanto a relação existente entre democracia e Estado de Direito?

Pode haver Democracia sem Estado de Direito? E Estado de Direito sem Democracia?

Vejamos agora o que se quer dizer quando falamos em Estado de Direito.

O conceito de Estado de Direito, sendo embora mais recente, relativamente ao conceito de democracia tão pouco é invenção das últimas décadas.

O Estado, enquanto forma de organização política, existe desde os primórdios da humanidade.

No entanto, Estado de Direito é um conceito que só vem a surgir e a desenvolver-se por oposição ao

Estado absolutista, no tempo da monarquia, quando se acreditava que os reis incarnavam a lei e estavam acima dos demais cidadãos, e alguns acreditavam mesmo que os reis tinham origem divina.

Era o tempo em que o rei francês Luís XIV afirmava sem reбуço *L'État c'est moi/ O Estado sou eu.*

O princípio da universalidade e da igualdade dos cidadãos perante a lei é, insistamos, um dos princípios basilares do Estado de Direito. Os cidadãos não só são iguais perante a lei, como devem submeter-se a ela, sem qualquer discriminação. Ninguém está acima da lei.

O direito deve imperar, nortear e dirigir a atividade do Estado e dos cidadãos, que se devem conformar com ele – daí falarmos em Estado de Direito.

E pode haver democracia sem Estado de Direito?

Acabamos de ver que o conceito de Estado de Direito nasceu exatamente da necessidade de impedir o arbítrio, o exercício abusivo do poder, a violação dos direitos do cidadão. Não parece assim plausível que possa haver democracia sem Estado de Direito...mas a realidade é sempre complexa e por vezes a lógica é uma ilusão de raciocínio.

Imaginemos um país, em que existe uma democracia representativa e que eleitos os governantes, através de eleições certificadas como livres e justas, estes assumem naturalmente o poder.

Entretanto, depois de eleitos pelo voto popular, o governo e os deputados aprovam por maioria, ou mesmo por unanimidade legislação discriminatória. Legislam contra as garantias das liberdades e dos direitos fundamentais dos cidadãos, plasmadas na Constituição, invocando razões de Estado. Expropriam a propriedade da terra aos cidadãos nacionais invocando, desta vez, razões de utilidade pública e desenvolvimento nacional.

Imaginem que por causa disso um grupo de cidadãos se dirige à PDHJ, à PGR, aos tribunais exigindo que tais normas sejam declaradas inconstitucionais, nulas e inaplicáveis. E que os Tribunais, na pessoa dos magistrados, com receio de sofrerem represálias, e verem as suas carreiras arruinadas, declaram a validade de tais normas?

Mais, que o Presidente da República, porque a aprovação da leis se fez por unanimidade, quer do Governo, quer da Assembleia da República/ Parlamento Nacional, e algumas dessas leis foram inclusivamente validadas pelo tribunal, promulga tais leis?

Numa situação assim temos de considerar que no mínimo a democracia se tornou refém de um Estado que só em sentido restritivo e formal pode ser considerado de Estado de Direito.

Tenho, para mim, que o Direito só é direito quando é ético e justo.

Infelizmente, existem exemplos históricos que atestam que a democracia pode ser subvertida e manipulada.

Quem não ouviu falar de Adolf Hitler e do Partido Nacional Socialista da Alemanha, eleitos pelo voto popular, ainda que minoritário, para assumir o poder?

E, o que foi que se seguiu?

Foi ou não foi determinado por lei o genocídio de mais de 3 mi-

lhões de judeus alemães?

Foram ou não criados por lei campos de concentração, onde os prisioneiros morriam de fome, de tortura e em resultado de experiências ditas científicas e em que eram forçados a servir de cobaias?

É ou não verdade que a Alemanha de Hitler foi responsável pela morte de mais de 6 milhões em todo o mundo?

Alguns autores entendem que neste tipo de situação estaríamos perante um Estado de não-Direito.

Não concebemos o direito dissociado da Ética e da Justiça, e no caso alemão a democracia propiciou a instalação de um Estado de não-Direito que foi o Estado nazi.

Logo a resposta é não, não pode haver um Estado de Direito, entendido na sua plenitude, sem Ética nem Justiça. Um Estado sem Ética nem Justiça acaba por se revelar como um Estado de não-Direito.

Falta responder à outra pergunta que tínhamos colocado:

Pode haver Estado de Direito sem democracia?

Se o Direito for entendido sem sentido formal e restrito, como um conjunto de regras de conduta e de disciplina social aprovadas pelos órgãos competentes, descartando que tais regras devem obedecer a princípios de ética e de justiça que lhe devem ser intrínsecas, podíamos ser levados a responder pela positiva.

No entanto, a realidade é mais complexa e por vezes mais ambivalente do que possamos prever.

Vamos pensar rapidamente no Estado Novo e no governo do fascismo em Portugal.

Salazar não chegou ao poder democraticamente eleito. No entanto, edificou e impôs por lei o arbítrio fascista, com o chamado direito corporativo; determinou a abolição dos partidos políticos, a criação da toda-poderosa PIDE-DGS; a lei do serviço militar obrigatório, que criminalizava os jovens que se recusassem a combater na guerra colonial; a lei do indigenato, com o imposto de palhota; a proibição dos sindicatos e das organizações da sociedade civil, e tantas, tantas mais lei que esmagavam a liberdade dos portugueses, sempre em nome da Pátria, pela Lei e pela Grei.

Vejamos: Sem democracia só pode haver Estado de não-direito, porque antiético e injusto.

Além de Portugal de Salazar temos ainda a Espanha de Franco, a Itália de Mussolini, o Chile de Pinochet...e outros.

Porém, nenhum dos ditadores deixou de ter ao seu serviço um poderoso artifício de propaganda, através da vassalagem da comunicação social, submetida à censura, à chantagem e à violência.

Foi sempre através de uma comunicação social amordaçada que os ditadores, bem cientes do arbítrio que impunham, e impuseram pela força, no seio do qual viviam com todo o cinismo, levaram a cabo a “lavagem ao cérebro” dos governados e da cultura, todos convencendo, pelo contrário, que se orientavam pela ética e pela satisfação do bem comum, imorredouro. Como Salazar, por exemplo, que fez escrever na Constituição referendada de 1933 que Portugal era uma República de autoridade limitada pela moral cristã.

Importa, pois, refletir sobre as bases da honesta luta contra a demagogia. E é o que farei de seguida, encarando brevemente o problema das relações entre justiça e comunicação social no Estado de Direito Democrático.

IV. Comunicação Social enquanto 4.º Poder

Anotemos neste domínio que contemporâneo é este quarto poder: a comunicação social.

E devemos refletir no relacionamento necessário e urgente entre a comunicação social, os tribunais, a sociedade civil e a política, em ordem a poder ser atingida uma maior qualidade da democracia.

Está fora de dúvida que a base incontornável do poder político entre os povos está numa opinião pública livre, sólida na informação e nos seus fundamentos que não perturbe, pela coação e o logro, a caga do pensamento aceite e implantado publicamente.

Neste sentido, é responsabilidade da comunicação social integrar-se, ou acompanhar a par e passo o ponto de vista formativo da independência e isenção dos tribunais, numa aplicação da lei em geral e, sobretudo, nos casos concretos, de acordo com as maiorias democráticas e o respeito da minoria que a Constituição confere à vida coletiva.

Não é caso de censura, nem de autocensura, mas de apelar ao quarto poder para cobrir a intercolaboração que Montesquieu prescreveu, como antídoto ao arbítrio.

Também este estatuto da comunicação social só poderá ser levado a sério e cumprido a partir de uma deontologia profissional estudada primeiro e, na prática, assumida, depois, pelos jornalistas, tendo como objetivo, mais uma vez, a satisfação do bem comum, através de um debate inteligente, sério e apegado ao sentido da isenção.

Hoje, a comunicação social e os seus elementos detém um espaço cultural, em tudo semelhante ao da responsabilização dos magistrados judiciais.

Não será inútil pensar que os abusos de liberdade de imprensa tenham de ser pensados também de forma diferente, e não apenas como meras condutas criminosas.

A independência e isenção da comunicação social é estritamente necessária à independência e isenção do poder judicial, vistos ambos os poderes, como poderes nulos/ de arbitragem, isto é, como plataformas do conhecimento desprovidas de uma estratégias de domínio.

Neste sentido, também as queixas e pedidos de indemnização formulados contra as empresas de comunicação social e os jornalistas deveriam ser triadas por um órgão autónomo, exterior ao sistema judicial, de preferência com intervenção parlamentar.

Trata-se de responsabilizar com maior eficácia e importância, dando atenção ao que verdadeiramente importa no funcionamento das democracias contemporâneas: a comunicação social e os tribunais não podem interagir no sentido de abater alvos, mas apenas preocupados no cumprimento honesto e transparente da lei, abrindo à justiça do caso concreto e encerrando a abstração de supostas necessidades políticas.

A comunicação social não deve deixar-se arrastar por julgamentos na praça pública, sem regras e sob emoções irracionais.

Estou a falar da comunicação social judiciária, setor a quem é exigível a maior das clarezas na diferença entre opinião e informação.

E a quem é, mais do que nunca, exigível que se informe, estude e assimile os códigos e os estilos com que se rege e produz sentido racional a toda a comunicação judicial.

O mundo da democracia, norteado pela liberdade, igualdade e fraternidade, prossegue a justiça no Povo e para o Povo.

Cumpra aos tribunais e à comunicação social guiarem-se pelos valores da civilização.

V. Outros poderes: legislativo e executivo e a igualdade da boa justiça

Por fim, questionemos-nos sobre os outros poderes, nas relações que têm com a boa justiça.

Antes de mais, uma das tarefas mais importantes do legislativo e do executivo é a de proporcionar aos cidadãos um acesso aos tribunais, sem qualquer entrave, facilitado e eficaz.

Não é só um problema de anti-discriminação, por motivo de falta de recursos, sejam eles patrimoniais, intelectuais ou sociais.

Trata-se, sem dúvida, de um objetivo do Estado Democrático, em si e por si, paralelo, por exemplo, à extensão maior do direito de voto, ao da maior participação eleitoral, de maior acesso à educação e por aí adiante.

As leis gerais terão, e têm, de consagrar uma justiça barata e a todos acessível, dispensados os cidadãos menos beneficiados de rendimentos, do pagamento de quaisquer taxas e honorários.

E é conveniente que as autoridades facultem todo um apoio jurídico público de consulta e informação. E que mantenham, em Timor-Leste, instituída, como órgão forense autónomo, a Defensoria Pública, feliz inovação do ordenamento.

Ao executivo compete, entretanto, dotar de meios financeiros e organizacionais este mapa de intervenção dos cidadãos, no espaço da justiça, como atores principais, devidamente apoiados.

Nada valerá numa defesa pública, sem movimento, sem base e sem meios de afirmação. De nada valerá um defensor público, se este não puder estar ao mesmo nível que o restantes atores judiciários.

É sobre estes pontos, e com audácia, que os poderes públicos se debruçarão, como devem, para lhe darem uma boa resposta democrática.

VI. Conclusão

Assim concluímos que:

1. O melhor é prevenirmos os riscos da democracia, porque ainda somos capazes de eleger verdadeiros ditadores, mestres em manipular o povo com falsas promessas! Ou melhor, é termos boas regras que impeçam os políticos de se aproveitarem das leis, que aprovam, para espoliar e oprimir o povo!

2. São necessárias leis que garantam a transparência da governação, a participação plena do cidadão, leis que não permitam o arbítrio e a corrupção das autoridades e do poder público.

3. Democracia sem direito não é democracia porque não dá garantias nenhuma ao cidadão que é usado como legitimador de ambiciosos e corruptos;

4. Uma democracia sem direito resvala muito fácil e rapidamente para a ditadura e o fundamentalismo;

5. Direito formal sem democracia aliena o povo e transforma-o em instrumento de domínio de poucos contra a maioria;

6. Talvez por tudo isto, o nosso legislador constituinte esteve bem quando começa por definir no artigo 1.º que “*A República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade humana*”;

7. Tornou claro o que esperamos de nós próprios, dos nossos dirigentes, do direito e do Estado, ideia que reforça no artigo seguinte, ao dispor que:

A soberania reside no povo, que a exerce nos termos da Constituição.

O Estado subordina-se à Constituição e às leis.

As leis e os demais actos do poder local só são válidos se forem conformes com a Constituição...

8. Apesar da clareza da vontade que nos guia, a verdade é que a construção do Estado de direito democrático em Timor-Leste, como no resto do mundo, não acontece pelo seu simples enunciado, é um processo cuja viabilidade passa por cada um de nós e por todos em conjunto, enquanto cidadãos ativos e participantes.

9. É tempo de ajudarmos, todos, a cumprir a nossa Constituição.

10. Neste sentido, está fora de dúvida que o acesso universal aos tribunais e aplicação do direito, sob debate racional e aprofundado dos casos, tanto no interior dos tribunais, como no exterior da comunicação social, é um dos aspetos principais das sociedades contemporâneas;

11. Para este resultado tem, por seu turno, de contribuir a governação, em procedimentos, disposições e esforços imprescindíveis: o legislativo simplificará os procedimentos legais; o executivo prevenirá, mais ainda, o aperfeiçoamento do Sistema, informático, administrativo e or-

ganizacional, necessário para a rapidez do transito das sentenças;

12. Não há justiça fora da imediata atualidade. É inadmissível o arrastamento sem fim dos processos judiciais, determinante da descrença na lei e, logo, de um desapego à própria democracia;

13. Porém a alternativa à Democracia é o Bruto arbítrio, que não respeita, nem pessoas, nem famílias, nem vidas, muito menos os Valores – a Verdade, o Bem e a Beleza.

O LUGAR DOS DIREITOS HUMANOS NA RDTL: EM ESPECIAL,
OS DIREITOS DAS MULHERES, NA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE NACIONAL TIMOR LOROSA¹

DRA. ISABEL DA COSTA FERREIRA²,

por ocasião da realização da Conferência subordinada ao tema:

DÍLI, 21 DE SETEMBRO DE 2018

S. Exa. Professor Dr. Tomé,
Professor Pedro Silva,
Queridos Estudantes,
Distintas Professoras e Professores,
Senhoras e Senhores,

É com muita honra e humildade que aceitei o convite para participar nesta aula aberta organizada pela Universidade Nacional Timor Lorosa'e (UNTL), sob a temática do Lugar dos Direitos

¹ Discurso proferido por ocasião da realização da conferência subordinada ao mesmo tema, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Tomor Lorosa'e

² Ativista pelos Direitos Humanos em Timor-Leste, tomou parte na Assembleia Constituinte e desempenhou alguns lugares de destaque na luta pelos Direitos Humanos, em especial os das Mulheres e das Crianças. Destacam-se ter sido Vice-Ministra da Justiça, em 2006, Membro da Comissão Verdade e Amizade (CVA), Vice-Presidente da Cruz Vermelha Timor-Leste e, antes, Diretora da Comissão Direitos Humanos Timor Lorosa'e.

A Conferência que serve de oportunidade à reprodução do discurso contou com a presença e participação do Professor Tomé Xavier Jerónimo, que também moderou o debate, e do Professor Pedro Marques da Silva, que realizou uma pequena intervenção.

Humanos na RDTL: em Especial, os Direitos das Mulheres neste dia tão significativo de 21 de Setembro em que se celebra em todo o Mundo o dia Internacional da Paz.

Apesar de ser ativista política, social, jurídica e humanitária, como referido no convite da UNTL, não me considero uma especialista na matéria, pelo que gostaria de agradecer a confiança demonstrada pelo Decano da Faculdade de Direito, Sr. Isidoro Viana da Costa e pela participação e interesse de todos os presentes.

É para mim motivo de alegria e satisfação verificar que a UNTL e a sua Faculdade de Direito promovem diálogos para troca de ideias, não se limitando apenas aos professores Universitários nem às salas de aulas, mas valorizando os diferentes conhecimentos, capacidades, experiências, opiniões e pensamentos, com o objetivo de formar bons Cidadãos, não apenas em ciência, mas também em outras realidades relevantes para a edificação do caráter moral, ético e religioso dos alunos.

Como estudantes de Direito, estudarão certamente que os Direitos Humanos estão incorporados ao longo de vários artigos da Constituição, com destaque para o Preâmbulo, no qual os Deputados da Assembleia Constituinte declararam solenemente: “respeitar e garantir os direitos humanos e os direitos fundamentais do cidadão”.

Gostaria de começar a minha intervenção relembrando alguns conceitos de Direito, os quais julgo serem relevantes para o melhor entendimento da temática em discussão. Desde logo, o Direito Constitucional, como “conjunto de normas e princípios fundamentais que regulam a organização política do Estado, forma de governo, atribuições e funcionamento dos poderes políticos, seus limites e relações, os direitos individuais e a intervenção estatal na esfera social, económica, ética e intelectual”; e os Direitos Humanos - direitos básicos de todos os seres humanos – que incluem direitos civis e políticos; económicos, sociais e culturais, fundamentados no valor igualdade de oportunidades; direitos difusos e coletivos (por exemplo: direito à paz, direito ao progresso, autodeterminação dos povos, direito ambiental, entre outros, fundamentados no valor fraternidade.

Note-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

A temática do Lugar dos Direitos Humanos na RDTL: em Especial, dos Direitos das Mulheres insere-se nestes dois ramos do Direito, tendo para o efeito incorporado ou adaptado os artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos em várias normas da nossa Constituição.

É curioso ter sido este o tema proposto pela organização desta aula aberta, a quem muito agradeço a oportunidade, visto ter sido esta também a pergunta efetuada pela esposa do Antigo Presidente dos Estados Unidos da América (Franklin D. Roosevelt), a Sra. Eleanor Roosevelt, a qual participou no grupo de trabalho que redigiu a proposta de Declaração Universal a apresentar aos 48 Países membros das Nações Unidas, que em 10 de Dezembro de 1948, adotaram na Assembleia-Geral a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que hoje conhecemos e defendemos em Timor-Leste. Não deixa de ser particularmente relevante, o facto de ter havido uma Mulher, com reconhecida influência global, na consagração destes Direitos Humanos, tão importantes quer para Homens, quer para Mulheres.

Conforme lhes referia, ela fez uma pergunta pertinente, a qual continua, na minha opinião, muito atual e válida passados 70 (setenta) anos: “Onde começam os Direitos Humanos?” A resposta é particularmente importante, para o tema de hoje e para o nosso debate!

Às vezes esquecemos o papel que todos temos em fomentar, defender ou proteger os Direitos Humanos, nas nossas mãos, nos nossos atos, nas nossas atitudes do dia-a-dia. Foi esta a resposta da Sra. Eleanor Roosevelt, a qual defendeu que os direitos humanos começam, no nosso coração, no nosso pensamento, nas nossas obras, na casa, na escola, no trabalho, na comunidade e no País. Se estes direitos não tiverem significado nas pessoas ou nos indivíduos, não terão significado, segundo a Sra. Eleanor Roosevelt, em nenhuma parte!

Sem cidadãos atentos e vigilantes, prontos a atuar para proteger e defender os direitos dos outros, teremos pouco progresso na implementação das Convenções Internacionais, das Leis, das Normas ou Regulamentos em vigor em Timor-Leste ou a nível internacional.

É desta obrigação e dever individual, que fala o Artigo 6º. (sexto) da Constituição (objetivos do Estado), quando refere a necessidade de:

“b) Garantir e promover os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

c) Defender e garantir a democracia política e a participação popular na resolução dos problemas nacionais;

e) Promover a edificação de uma sociedade com base na justiça social, criando o bem-estar material e espiritual dos cidadãos;

j) Criar, promover e garantir a efetiva igualdade de oportunidades entre a mulher e o homem.”

Em Suma: os Direitos Humanos começam em nós e não nos outros!

Queridos Estudantes,
Distintas Professoras e Professores,
Senhoras e Senhores,

Apesar dos progressos significativos alcançados nos últimos dezasseis anos de restauração da independência, ainda existem muitos casos de pessoas que sofrem com a falta desses direitos fundamentais.

Timor-Leste ratificou todas as convenções de direitos humanos, incorporou os principais direitos na sua constituição e numa legislação moderna, e criou uma instituição para a sua promoção e defesa, a Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça (PDHJ), mas isto não se tem refletido nas estatísticas, as quais registam ainda taxas elevadas de violência doméstica, de subnutrição, de pobreza extrema, e de falta de condições básicas de bem-estar (por exemplo no acesso à Educação, à saúde, à inclusão social, à habitação, aos serviços básicos de água e saneamento, de qualidade).

Gostaria de relembrar o preâmbulo da Carta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual refere a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres” presente quer nas Nações grandes, quer nas pequenas.

Relembrar ainda alguns dos aspetos, princípios e valores ligados a cada um dos direitos, nomeadamente:

- Igualdade: somos todos Livres e iguais.

Todos temos as nossas próprias ideias e pensamentos, e temos o direito de ser tratados iguais. Mas com a liberdade também vem a responsabilidade, de não insultar, prejudicar ou mentir sobre os outros. Não nos dá direito também a promover pensamentos antissociais, contra os

que são diferentes de nós. Significa, por exemplo, que não é admissível a promoção do ódio, da vingança, da violência, do racismo ou xenofobia.

- Não-Discriminar: em Democracia todos têm o direito a participar com igualdade de oportunidades, sem discriminar, sem deixar ninguém para trás.

Todos podemos contribuir, pois a riqueza de um País está na sua diversidade, conforme defende o nosso Primeiro-Ministro Sr. Taur Matan Ruak.

A Lei protege a todos: não protege apenas os ricos, inteligentes ou poderosos. Devemos ensinar quem não conhece a Lei, ajudando na defesa dos Direitos dos outros, em especial dos que não têm voz nem força para se defender, nomeadamente as pessoas mais vulneráveis, as crianças, os incapacitados, os idosos, ou simplesmente as pessoas mais carentes e humildes.

- Direito à Justiça: todos têm direito a serem considerados inocentes até prova em contrário.
- Direito ao Bem-estar e à Segurança Social: todos os cidadãos têm o direito ao bem-estar, a uma vida melhor e feliz.

Isto inclui combater a pobreza ou a fome, facilitando o acesso à educação, à saúde, à inclusão e segurança social, o acesso a serviços básicos de água e saneamento, eletricidade e infraestruturas básicas.

Estes direitos justificaram a adoção pelos países membros das Nações Unidas dos 17 objetivos do Desenvolvimento Sustentável, os quais também foram aceites por Timor-Leste com a aprovação da Resolução do Governo 45/2017 com o roteiro para a sua implementação até ao ano de 2030.

Justificaram ainda a sua inclusão no Plano Estratégico para o Desenvolvimento Nacional, a decorrer até ao mesmo ano.

Como Cidadãos, interessados e preocupados com os destinos do País e com os direitos humanos, temos o dever de acompanhar a execução destes programas, como um dever de cidadania em favor dos mais necessitados.

Gostaria, por isso, a propósito do Combate à fome e à subnutrição que afeta muitos Timorenses, relembrar as palavras da Madre Teresa de Calcutá a qual nos deu um conselho de Direitos Humanos: “se não con-

segue alimentar 100 pessoas, alimenta uma pessoa, começa com o teu vizinho”. Esta é a verdadeira expressão de um activista e simultaneamente Cristão na Fé de Cristo!

Queridos Estudantes,
Distintas Professoras e Professores,
Senhoras e Senhores,

Estas pessoas que olham nos outros a dignidade Humana não discriminam, não prejudicam, não dividem, nem afastam, pelo contrário, ajudam os outros a defender e a proteger os seus direitos, em especial, as pessoas mais carentes, vulneráveis e desfavorecidas para que tenham acesso a igualdade de oportunidades e a igualdade de direitos perante a Lei.

Foi esta dignidade especial que vivemos de forma intensa e exemplar durante o período de resistência à ocupação e que renasce no seio do nosso Povo nos momentos de maior aflição e sofrimento.

É também esta a lição dos Direitos Humanos, um conjunto de direitos, deveres, princípios e valores que vêm com o nosso nascimento e que devem persistir nas nossas atitudes e comportamentos ao longo das nossas vidas. Direitos que ninguém nos pode tirar!

Hoje as Mulheres possuem todas as condições para serem as principais atrizes do seu futuro pessoal, académico ou profissional, capazes de gerir inúmeros aspetos de suas vidas sem interferência e controlo masculino. Possuem um enquadramento legal que favorece a igualdade de oportunidades e o desenvolvimento de políticas sensíveis ao género; existem melhores condições de acesso aos serviços básicos; estão mais organizadas em coletivos-femininos; e possuem instrumentos de planeamento familiar, capazes de lhes ajudar a construir famílias mais saudáveis e sustentáveis, quer a nível material como a nível espiritual.

De acordo com um estudo realizado por Alain Touraine, “as Mulheres, conseguem hoje em dia ultrapassar a condição de vítima, pois acreditam ser mais responsáveis, mais livres, manifestando uma grande intensidade de viver, o que demonstra serem agentes ativas, produtoras da organização social e ideológica”.

Sofrem ainda os novos desafios decorrentes da Globalização, relacionados com a crise de valores que transformam a nossa sociedade e com o aumento das desigualdades sociais: subnutrição, da pobreza, do

consumismo e de outros fenómenos que reduzem a dignidade humana, e que fazem marginalizar os indivíduos (com divórcios, separações, famílias monoparentais, riscos de drogas, prostituição, etc.), colocando-os em risco social e de violação dos seus direitos básicos.

Para isso gostaria de abordar algumas medidas preventivas para promover a temática dos Direitos Humanos, no seio das nossas famílias:

Primeiro, através da educação cívica e familiar regular e permanente.

Devemos investir nesta educação a longo prazo, sem esperar resultados imediatos, perseverando na educação cívica e humana com esperança de poder formar cidadãos cada vez mais pacíficos, tolerantes e sensíveis aos direitos das mulheres.

Segundo Nelson Mandela “ninguém nasce odiando outra pessoa. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar”.

Segundo, através do diálogo e do respeito mútuo.

Construímos um Estado de Direito Democrático que definiu direitos e liberdades, consagrados na constituição e na declaração Universal de Direitos Humanos. Neste sistema legal, não existem apenas direitos mas também um conjunto de deveres que limitam as nossas liberdades e ações.

Terceiro, através da cultura da diversidade e tolerância.

Devemos reconhecer que a riqueza de uma família, comunidade ou sociedade está na sua diversidade e tolerância. Todos somos diferentes, possuímos personalidades, capacidades e aptidões diversas, as quais podem e devem ser complementares, contribuindo para o sucesso de todos. Esta atitude permite estarmos bem connosco mesmos e com os outros, evitando todo o tipo de preconceitos.

Quarto, através da amizade, da partilha, da sã convivência e da comunhão. Devemos cultivar os valores da amizade no lar, no trabalho e na comunidade. Aprender a querer bem as outras pessoas, a amar e a ajudar em especial os mais frágeis, vulneráveis e necessitados. Evitar os sentimentos de ódio, vingança, ciúmes ou inveja, substituindo-os pelos sentimentos de voluntarismo, solidariedade e partilha em favor do bem comum. Recordo a este propósito as palavras da Madre Teresa de Calcutá que dizia: “o importante não é o que se dá, mas o amor com que se dá”.

Quinto, através de valores morais, éticos e religiosos, que promovam a inviolabilidade da integridade física das outras pessoas. Não existe

civilização sem valores. Assim, gostaria, de rememorar as palavras do Santo Padre, São João Paulo II, em 1994, por ocasião do Ano da Família, ao falar da família e da sociedade:

“Uma nação verdadeiramente soberana e espiritualmente forte é sempre composta por famílias fortes, cientes da sua vocação e da sua missão na história”.

A nação Timorense só é forte quando as nossas famílias são fortes! Esta tarefa exige responsabilidade, educação dos filhos e transmissão dos valores essenciais da vida, empenho e profunda espiritualidade.

Só assim poderemos verdadeiramente garantir a efetiva igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, superando o atual momento social e cultural que desvirtua o verdadeiro sentido da vida e dos laços familiares.

Queridos Estudantes,
Distintas Professoras e Professores,
Senhoras e Senhores,

Antes de terminar esta breve apresentação, gostaria de dirigir algumas palavras especiais aos estudantes de Direito aqui presentes, os futuros juristas, advogados, defensores, procuradores e juízes do nosso País.

Neste sentido gostaria de relembrar o conceito de Justiça, como distinção entre o que é justo e correto, em relação à igualdade de todos os cidadãos. Segundo Aristóteles, o termo justiça denota, ao mesmo tempo, legalidade e igualdade. Assim, “justo é tanto aquele que cumpre a lei (justiça em sentido estrito) como aquele que realiza a igualdade (justiça em sentido universal).”

Segundo o Santo Padre Francisco, o jurista, advogado, defensor, procurador e juiz, deve ter em consideração a importância do seu papel decisivo na sociedade, dando atenção às qualidades intelectuais, psicológicas e morais, e destacando a prudência como fator dominante. Terá mais prudência se tiver um elevado equilíbrio interior, capaz de dominar as pressões provenientes do próprio caráter, das próprias visões pessoais, das próprias convicções ideológicas”.

Eu concordo com esta opinião, porque acredito que a Justiça não existe apenas para punir, mas também para prevenir e educar num espí-

rito de perdão, reabilitação e reinserção social.

Como grande admiradora de Mahatma Gandhi, gostaria de apresentar o seu pensamento referindo: “Se queremos progredir, não devemos repetir a história, mas fazer uma história nova”. Aconselhou ainda a gastar o tempo ao lado de pessoas inteligentes, dirigidas e educadas. As relações devem nos ajudar e não nos magoar. Devemos cercar-nos de pessoas que refletem a pessoa que queremos ser. Escolher amigos que nos orgulhamos de ter conhecido, pessoas que admiramos, pessoas que nos respeitam. Pessoas que fazem o nosso dia um pouco mais brilhante, simplesmente por estarem nele. A vida é muito curta para perdemos tempo com pessoas que tiram a nossa energia e felicidade.

Segundo o Professor Leonardo Kamal: “somos o sócio maioritário da nossa existência, cabendo a nós próprios responder às perguntas principais das nossas vidas:

O que quero? Para onde vou? Com quem vou? Quais os valores que me acompanham?

A resposta a estas perguntas vai constituir a nossa consciência, a qual vai definir o nosso estilo de vida, as nossas reações aos problemas, o nosso comportamento e atitude em sociedade.

O nosso corpo, a nossa família, o nosso emprego, depende da nossa escolha.

Estes pensamentos são, no meu entender, um ótimo caminho para uma sociedade mais moderna, desenvolvida, tolerante e pacífica que tanto desejamos para que Timor-Leste possa ser rico, forte e seguro, como defende o Primeiro-Ministro, Sr. Taur Matan Ruak.

Faço, por isso, votos para que possam ganhar raízes nos nossos corações!

Muito obrigada pela vossa atenção.

Que Deus nos abençoe a todos!

