

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano VI · Número 12

Julho · Dezembro de 2018



FICHA TÉCNICA

ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, n.º 12

Propriedade e Editor

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

Secretária

Dr.ª Inês Braga (secretariado.idilp@gmail.com)

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

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

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano VI · Número 12

Julho · Dezembro de 2018

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP
INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOCTRINA

Ana Teresa Viegas Milheiro

A descentralização tributária em Angola: uma perspectiva para além das
autarquias 7

Edson da Graça Francisco Macuácuá

A arbitragem no sector dos Petróleos e Gás em Moçambique. 85

Miguel Ganga

O Papel do Tribunal Penal Internacional nas Relações Internacionais . . . 133

Wladimir Brito

Democracia e Direitos Humanos na era da Globalização 181

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Protocolo entre o ISCTAC e IDiLP 211

Protocolo de Cooperação entre o IDiLP e o IDEC 215

I - DOUTRINA

A descentralização tributária em Angola: uma perspectiva para além das autarquias¹

The tax decentralization in Angola: a perspective beyond the autarquises

ANA TERESA VIEGAS MILHEIRO²

Resumo: Em Angola se discute a implementação das autarquias locais através da descentralização política, entretanto, pouco ou nada se fala sobre a descentralização financeira e tributária, esta última como a principal fonte de recursos tanto nacionais como locais. Uma grande questão que se coloca está em se saber a dimensão do risco de se chegar a uma descentralização política sem se chegar a uma verdadeira decisão e clarificação sobre a descentralização tributária, a outra questão está em se saber se a descentralização política é realmente determinante para o sucesso da descentralização tributária.

O artigo pretende estudar as teorias que configuram a descentralização tributária e analisar os paradigmas normativos que Angola já vem desenvolvendo ao nível do processo de desconcentração administrativa, no sentido de se encontrar uma configuração jurídica para a descentralização tributária.

Palavras-Chave: *Desconcentração, Descentralização política e administrativa, Descentralização tributária, Receitas Tributárias, Despesas Públicas, Justiça Fiscal, Governo Central, Governo Local, Impostos, Taxas, Contribuições.*

Abstract: In Angola, the implementation of local autarquises through political decentralization is discussed, but little or nothing is said about financial and tax decentralization, tax being the main source of both national and local resources. A major question is whether the extent of the risk of political decentralization

¹ Entregue: 1.9.2018; aprovada: 9.11.2018.

² Mestranda em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

without reaching a real decision and clarification on tax decentralization, the other question is whether political decentralization is really decisive for the success of tax decentralization.

The article intends to explore the theories that configure tax decentralization to understand the normative paradigms that Angola has been developing at the level of the administrative deconcentration process, in the sense of finding a legal configuration for tax decentralization.

Keywords: *Decentralization, Political and Administrative Decentralization, Tax Decentralization, Tax Revenues, Public Expenditures, Tax Justice, Central Government, Local Government, Taxes.*

I. Introdução

1.1. Justificação e oportunidade do tema

Os processos de descentralização estão relacionados com a construção da legitimidade do Estado em todo o território nacional e com a distribuição das riquezas criadas e dos recursos naturais. Sobressai, portanto, uma base material e política nas propostas e torna-se necessário analisar os motivos e os processos.

A descentralização política em Angola está perante um processo sujeito ao debate, uma vez que já foi estabelecida uma base legal na Constituição de 2010 – O Princípio de Descentralização (Título VI artigos nº 213-225º). Concomitantemente à estruturação do processo de descentralização, tem-se incrementado o processo de desconcentração, não sem desafios que serão também analisados.

O foco principal deste trabalho consiste em encontrar um modelo de descentralização tributária que vá de encontro com a realidade angolana, por isso a problemática dos aspectos jurídicos e económicos do processo, numa perspectiva de direito a constituir ex-ante, apesar da procura de um regime jurídico ex-novo.

Actualmente, diversas teorias e experiências apontam para a constituição da municipalidade como uma das formas de melhorar a prestação de serviços pelo Estado, aproximar essa prestação às reali-

dades locais e contribuir para a melhoria de vida das populações. Em África são consabidas as peculiaridades das experiências de poder local africanas, as distinções marcantes entre o poder local urbano e rural. São ainda consabidas que em África o factor etnológico se evidencia com grande propriedade. Mas, apesar deste reconhecimento, existe um facto que deverá ser o fio condutor da lógica deste trabalho: *As necessidades de desenvolvimento humano e melhoria das condições de vida são as necessidades primordiais que deveriam guiar os processos de descentralização modernos.*

1.2. Os desafios e os paradigmas do conceito de descentralização

O tema descentralização nos países em vias de desenvolvimento tem sido defendido como um meio de possibilitar a participação dos órgãos locais na tomada de decisões de acordo com as necessidades das populações que lhes estão mais próximas, como um modo de permitir que recursos financeiros cheguem a todo o país, o que, como veremos, nem sempre acontece, além de constituir um incentivo à participação dos cidadãos numa perspectiva democrática. Neste sentido Anwar Shah³ defende que uma forte ênfase no planeamento central nos países em desenvolvimento impede respostas inovadoras para as questões locais e dificulta o desenvolvimento do sector privado. A menos que haja um argumento convincente no sentido da centralização, como por exemplo, a economia de escala, políticas de redistribuição de receitas, ou de outra responsabilidade específica, a descentralização de autoridade deve ser a regra. E que uma ligação mais clara e mais próxima aos benefícios dos serviços públicos locais com os seus custos promove a prestação de contas, especialmente em economias grandes e diversificadas.

³ Shah, Anwar; *The Reform of Intergovernmental Fiscal Relations in Developing and Emerging Market Economies*; World Bank; 1994, pg. 3.

Porém, o próprio Shah⁴ e demais autores como é o caso de Giorgio Brosio⁵ reconhecem a necessidade de se repensar a descentralização em África. Pois a disseminação de unidades governamentais resultante de um processo de descentralização pode intensificar as actividades de “lobbying” e “rent-seeking” à volta das novas unidades governativas.

Numa perspectiva de entendermos melhor e definirmos a descentralização, interessa fazermos uma pequena incursão histórica sobre as

⁴ Shan em 2004, reconhece a necessidade de se repensar a descentralização (já na perspectiva da descentralização financeira e fiscal) nos países em desenvolvimento, em especial em África devido ao debate que o tema tem suscitado em diversos fóruns. Argumentando que “As razões para repensar a descentralização e os arranjos fiscais são múltiplas e a importância de cada factor é determinada pelo país. No entanto, os catalisadores genéricos para a mudança incluem: i) o colapso das economias com propriedade e controle colectivo; ii) os desejos de separatismos a partir dos vestígios do colonialismo e conflitos étnicos como em África; (iii) as falhas do Governo central em garantir os objectivos nacionais; (iv) o fenómeno beggar-my-neighbour praticado por Governos subnacionais; (v) a afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos pelos tribunais; (vi) a globalização das actividades económicas;(...)” cfr. Shan, Anwar; *Fiscal Decentralization in Developing and Transition Economies. Progress, Problems, and the Promises*; World Bank; Washington; April 2004; pg. 2.

⁵ Giorgio Brosio corroborada a necessidade de se repensar a descentralização, numa perspectiva democrática, especialmente em África, defendendo que a relação entre a democracia e o Governo descentralizado é multifacetada e frágil em África. O regresso à democracia e o compromisso com ela ainda tem um carácter parcial num certo número de países. Os direitos políticos, a competição eleitoral e direitos básicos são ainda restritos. Enquanto que há amplas evidências de que a descentralização promove a democracia, também se tem que levar em conta o facto de que, especialmente em países pobres e subdesenvolvidos, com pouca ou nenhuma tradição de prática democrática, a descentralização pode trabalhar contra a democracia. Isso acontece, por exemplo, quando o Governo descentralizado é capturado por elites corruptas. Além disso, o uso do federalismo ou a descentralização para aliviar as rivalidades étnicas e para satisfazer reivindicações de autonomia das várias áreas de um país não é desprovida de riscos, tendo em conta que as eleições democráticas ao nível regional pode catalisar a expressão divisionista e exarcebar a concorrência inter-regional e inter-étnica para os recursos centrais. Neste pensamento, devemos realçar que Brosio defende que os problemas podem tornar-se mais agudos nos países com enorme concentração e reservas de recursos naturais regionalmente. Acrescenta ainda que a maioria dos países africanos com ambiciosos programas de descentralização têm níveis muito baixos de cobrança de impostos e grandes défices orçamentais. Mesmo com o processo de descentralização mais eficiente, o nível de serviço posto a disposição das populações irá continuar baixo por um número de anos. Cfr. Brosio, Giorgio; *Decentralization in Africa*; October 2000; pg.5.

suas origens. A descentralização, com um pendor de descentralização financeira e fiscal como garantia de autonomia conferida pela descentralização política e administrativa, provém dos sistemas federais adaptados na actualidade às situações mais ou menos unitárias. Os sistemas federais têm existido pelo menos desde a revolução e independência americana. O texto elaborado pela convenção de Filadélfia, em 1787, oferece o primeiro exemplo de uma constituição federal moderna, neste sentido a literatura sobre o federalismo fiscal tem sido fortemente influenciada pelo contexto geopolítico em que se originou, ou seja, os sistemas federais da América do Norte. A partir dos finais do século XX tem-se assistido a uma pressão significativa e um movimento no sentido da descentralização ou federalização em todo o mundo. O processo de descentralização tornou o estudo do federalismo fiscal mais relevante num contexto político, e tem havido um desenvolvimento paralelo do método económico e análise em conjunto com a maioria das mudanças institucionais que tenham tomado lugar. Por exemplo, uma ocorrência frequente foi a criação de regiões através da inserção de um novo nível de administração entre o centro e governos locais. Os sistemas regionais não se encaixam bem dentro do paradigma da teoria do federalismo fiscal, que se concentrou em grande parte nas escolhas entre sistemas federais e unitários.⁶

Mas não poderemos deixar de dar a sua devida relevância ao facto de a inspiração da descentralização também ter origem europeia, mais concretamente romana⁷, consubstanciada numa forma de desconcentração (e muitas vezes podendo-se entender como verdadeira descentralização) com a fundação de cidades, a aplicação das normas jurídicas indispensáveis para o desenvolvimento, e a organização da sua administração, ao que se pretendia de forma autónoma. Mas o

⁶ Cf. Ahmad, Ehtisham /Giorgio Brosio, *Handbook of Fiscal Federalism*, Professor of Economics, Northampton, MA, USA; 2006, pg. 3-4. Cita ainda Madison et al. 1788.

⁷ Na discussão sobre a origem do municipalismo, sobretudo na Europa, criou-se uma corrente doutrinal que defendia que os municípios têm origem Romana, o *romanismo*, por defender a origem romana do município medieval e moderno. Apesar destas teorias poderem ser somente uma corrente, é inegável a importância que teve a romanização na mudança dos hábitos dos povos conquistados e não se podem menosprezar as consequências daí resultantes para o rumo histórico seguido pela Europa.

grande feito romano na disseminação deste tipo de autonomia, foi que a instalavam também nas suas colónias, através do assentamento de cidadãos enviados por Roma, segundo um planeamento pormenorizado, promovendo à categoria de municípios vários centros urbanos anteriores à data da sua chegada, a que concederam todas as prerrogativas do direito romano, o que permitia aos romanos governar em paz e extrair deste sistema todas as vantagens. Procuraram atrair à sua causa os habitantes e levá-los a aderir ao seu estilo de vida e aos seus valores, que consideravam os mais avançados.⁸

Actualmente ao se falar da descentralização está subjacente uma definição de descentralização como sendo a distribuição de competências de uma entidade jurídica para a outra entidade jurídica. Aquela que originariamente tem ou teria a titulação sobre certa actividade e a outra pessoa jurídica a qual foi atribuído o desempenho das actividades em causa. Nesta lógica, a descentralização se distingue da desconcentração, sendo esta última definida como um processo administrativo pelo qual se transferem competências dentro da mesma entidade jurídica, de órgãos superiores á inferiores. Trata-se de uma transferência de competências á outras entidades territorialmente delimitadas baseadas numa relação hierárquica. Um ponto importante que distingue descentralização da desconcentração é que esta última se rege apenas pela legislação da entidade política a que pertence, isto é, não pode realizar (não tem poderes para tal) os seus actos normativos, enquanto a descentralização se rege, essencialmente, pelos actos normativos da entidade descentralizada (ente Federado, Governo regional ou Governo local) dentro dos limites normativos e de poderes atribuídos pelo Governo central ou pela Constituição. A nível político, em democracia, a descentralização poderá tomar a forma de uma jurisdição com autonomia partidária.

Por ser turno, a descentralização financeira é definida como sendo a atribuição de capacidades financeiras de arrecadação de receitas e realização de despesas, e autonomia financeira, á entidades administrativas de jurisdições diferentes e hierarquicamente inferiores (des-

⁸ Martin, Jean-Pierre, *As Províncias Romanas da Europa Ocidental e Central de 31 a. C. a 235 d. C.*, trad.; Lisboa, Europa-América, 1999, pg.192.

centralização vertical). A descentralização financeira ou federalismo financeiro “*Fiscal Federalism*”⁹ acontece sempre que existem níveis inferiores de decisão relativamente ao Estado Central e desde que essa existência se traduza num acervo, de funções, e autonomia para realizar as despesas para a execução dessas funções (*function and expenditure assignment*) e o poder de arrecadar e gerir tributos e outras receitas (*tax and revenue assignment*), podendo o seu grau de autonomia ser muito diverso, sendo a terminologia “federalismo” utilizada para um grau de autonomia superior a “descentralização”. Por isso, como veremos, a descentralização financeira pode ter lugar não apenas em Estados Federais, mas também em Estados Unitários.

Importa precisar ainda que o “federalismo fiscal” ou “descentralização fiscal” (*stritu sensu*) ou “descentralização tributária” (*lato sensu*), mais uma vez numa acepção de maior ou menor autonomia relativamente a terminologia federalismo versus descentralização, que poderá ser entendido como o processo de empoderamento de níveis inferiores de decisão relativamente a capacidade de criar tributos, cobrá-los e estabelecer a sua base de incidência e alíquotas¹⁰. Neste sentido, a descentralização fiscal ou tributária em sentido lato contempla duas lógicas, nomeadamente, a lógica dos países mais centralizados que interpretam a descentralização numa perspectiva de autonomia

⁹ A teoria da Descentralização Financeira, teve como precursores, como veremos, não só mas sobretudo, Tiebout (1956) e Richard Musgrave (1959) que sempre utilizaram a terminologia *Fiscal Federalism*. Estes estudos, e todos os que se lhe seguiram nas décadas seguintes, foram caracterizados, na expressão de Ahmad (1994, 2004) e Brosio (2000 e 2006) por um forte pendor normativo. A natureza normativa ou prescritiva da teoria tradicional resultava da tentativa de explicar, com grande segurança, o fenómeno da descentralização financeira entre diferentes níveis (territoriais) de decisão, a partir de um conjunto de conceitos e institutos retirados da Economia do Bem-Estar (“Welfare Economics”). De facto o *Fiscal Federalism* trata do que na doutrina de origem romana é chamado de descentralização Tributária (o termo tributo proveniente do latim *tributum*, que deu origem ao Direito Tributário que será analisado mais adiante) ou Descentralização Fiscal em sentido lato.

¹⁰ Neste trabalho, tendo em conta os objectivos anteriormente mencionados, centrados no estudo de países unitários, entendemos ser de maior precisão utilizar a terminologia “descentralização”, mantendo a terminologia “federalismo” sempre que nos referirmos a um grau de autonomia superior, opção entretanto independente da necessária veracidade que deverá ser conferida à tradução de fontes bibliográficas.

controlada de arrecadar receitas e realizar despesas e a lógica dos estados federados numa perspectiva de ainda maior autonomia de decisão e formas de descentralização.¹¹

Densificando o conceito de descentralização tributária, poderemos afirmar que esta caracteriza-se pela responsabilização das instâncias subnacionais na arrecadação de determinados tributos que irão constituir as receitas locais, em parte ou na sua totalidade. Temos então uma definição teleológica do conceito de descentralização no qual só fará sentido falarmos em descentralização fiscal se o objectivo da responsabilização das entidades locais na arrecadação dos tributos se reverter para o nível local de modo significativo, caso contrário, ou seja, se a finalidade da arrecadação será para a administração do nível nacional, então não fará sentido falarmos em descentralização fiscal mas sim em desconcentração da arrecadação de tributos.

Nesse sentido importa verificar o alcance da descentralização tanto no que se refere às políticas tributárias de arrecadação de receitas ao nível local como relativamente às competências relativamente às políticas de realização de despesas.

Porém, como já vimos, relativamente à África, são muitos os autores que embora reconhecendo todas as potencialidades da descentralização, não deixam de salientar que descentralizar não tem sido fácil para muitos países e sobretudo para os países em desenvolvimento. Isso se deve ao facto de que pouca atenção tem sido dada à definição das funções que os Governos devem descentralizar, à descentralização fiscal, à partilha de receitas e ao controlo de todo o processo, e ainda, à capacidade dos Governos e órgãos locais para assumir um papel mais relevante no processo de planeamento e administração do desenvol-

¹¹ Estes processos que se concretizam na maior ou menor liberdade de arrecadação de receitas e realização de despesas estão submetidos a normas jurídicas que dão corpo ao *direito financeiro* e ao *direito tributário*, que segundo José Neves Cruz as normas que regulam a obtenção, a gestão e o dispêndio dos meios financeiros públicos constituem o direito financeiro. Dentro deste, as normas que dizem respeito a obtenção de receita cujo montante é estabelecido autoritariamente pelo Estado constituem o Direito Tributário. Cf. Cruz, José Neves, *Economia Política – Uma Abordagem Dialéctica da Escolha Pública*, Coimbra Editora, 2008, pg. 16, que cita ainda Teixeira Ribeiro, 1997, pg.46. Diversos autores se debruçaram sobre este conceito no qual poderemos nomear, Saldanha Sanches, Casalta Nabais, Sousa Franco, entre outros.

vimento ou aos obstáculos para a implementação da descentralização de políticas e programas. De facto, estas dificuldades serviram de pretestos para muitos Estados centralizarem e descentralizarem diversas vezes nas suas histórias com justificações nem sempre aceitáveis senão pela necessidade de manipulação e controle em situações em que os mesmos poderiam ser postos em causa.

II. A construção de bases para a descentralização tributaria

2.1. A problemática da descentralização no contexto geográfico e socioeconómico actual

A problemática da descentralização em Angola deve também ser entendida de um ponto de vista da grandeza territorial do país e da sua complexidade identitária associada à sua diversidade sócio-cultural. Territorialmente, Angola é, depois do Congo (ex-Zaire), a maior nação ao sul do Sahara, com uma área de 1.246.700 Km².

De acordo com historiadores¹² as etnias existentes em Angola, compreendiam vários grupos que incluíam os povos pré-Bantos Khoisan, Cuepes e Cuíssis e os povos Bantos que num movimento migratório que durou mais de seis séculos vieram estabelecer-se no actual território de Angola, que inclui os povos Bakongo, Ambundo, Lunda-Quiooco, Ovimbundo, Nganguela, Nhaneca-Humbe, Ambó, Herero e Xindonga, bem como o grupo híbrido dos Quimbares na região de Namibe (Moçamedes) que resultou da miscigenação de indivíduos oriundos de grupos étnicos diferentes que foram atraídos para trabalhar na indústria da pesca, e as sociedades crioulas composta de mestiços que resultaram do cruzamento genético e sincretismo social e cultural entre os povos tradicionais africanos e os Portugueses ao longo de quase cinco séculos.

Os Kimbundos ocupam a região de Luanda, na direcção norte-oeste, sendo vizinhos dos Kikongos. Os Umbundos formam o maior

¹² Delgado Ralph; História de Angola; Benguela 1948; vol I e II e Rela, José M. Zenha; Angola – Entre o presente e o futuro; Edição Escher, 1992.

grupo banto de Angola e ocupam o litoral e o interior. Na porção Leste encontramos o grupo Lunda, que conjuntamente com os Quiocos vivem na fronteira catanguesa e no sudeste temos os Ganguelas.

Segundo Rela¹³ “*Perante essa babilônia, os Portugueses impuseram a sua própria língua sem a qual aliás seria possível viver. Ao contrário dos Belgas, os Portugueses recusaram determinantemente a falar as línguas indígenas. A imposição lusa no aspecto linguístico, que caracterizou a identidade do povo angolano, foi a segunda forma de dominação, pois militarmente a metrópole sempre foi superior em todas as suas acções imperialistas.*”

Podendo-se então verificar que a diversidade étnica, tal como acontece em diversos países do mundo poderá constituir uma justificação para a descentralização, mas por outro lado constitui um motivo suficientemente forte de grande prudência e delicadeza no processo de descentralização para que não culmine numa desagregação da união nacional e identidade nacional.

Os resultados preliminares do Censo 2014, indicam que residem em Angola 29.700.000 de habitantes, distribuídos pelas 18 províncias. A província de Luanda é a mais populosa, concentrando 27% da população do país. Seguem-se, as províncias da Huíla 10%, Benguela e Huambo com 8%, Cuanza Sul 7%, Bié e Uíge com 6%. Estas 7 províncias concentram 72% do total da população residente no país. A província do Bengo registou o menor número de residentes com 1% da população do país. Seguem-se outras cinco províncias com uma população inferior a 3% da população nacional, nomeadamente, Cuanza Norte, Namibe, Zaire, Cuando Cubango e Lunda Sul. Estas seis províncias concentram apenas 11% da população nacional.

No que respeita às diferenças regionais, baseando num estudo de Alves da Rocha¹⁴ sobre as desigualdades e assimetrias regionais em Angola, as mesmas poderão ser classificadas pela sua configuração geográfica e económica em cinco regiões: Luanda/Bengo, região Norte

¹³ Idem, Rela, José M. Zenha pg.234.

¹⁴ Rocha, Manuel J. Alves; *Desigualdades e Assimetrias Regionais em Angola – Factores de Competitividade Territorial*; Universidade Católica de Angola, Centro de Investigação Científica, Agosto de 2010.

(Cabinda, Zaire, Uíge e Kwanza Norte), região Centro/Leste (Malanje, Lunda Norte, Lunda Sul, Moxico e Kuando-Kubango), região Centro/Oeste (Bié, Kwanza Sul, Huambo, Benguela e Namibe) e uma região Sul, com as províncias da Huíla e do Cunene.

Luanda/Bengo é a grande metrópole angolana, exercendo um efeito polarizador arrasador sobre todo o território nacional e representando um mosaico interétnico e intercultural único no país.

A região Norte, ao considerar as províncias de Cabinda e do Zaire, explora o actual maior recurso natural do país, o petróleo, e junta as duas principais etnias da zona num esforço comum de desenvolvimento e de aproximação social e política.

A região Centro/Leste reúne as províncias produtoras de diamantes e energia eléctrica – dois recursos essenciais para o seu desenvolvimento e do país – e faz interagir duas das mais importantes etnias de Angola, as quais, em conjunto, representam mais de 14% da população do país. É a região com a maior extensão territorial onde a província de Malanje pode exercer um papel de polarizador e difusor do crescimento económico e área de ligação entre o litoral norte e o leste do país.

A região Centro-Oeste pode ser considerada como a grande reserva agrária e das pescas do país, apresentando a maior concentração populacional depois de Luanda-Bengo e uma enorme e reconhecida potencialidade para a implantação dum fortíssimo sector agro-industrial de satisfação das necessidades do mercado interno e de exportação. Pode ser vista como a zona interétnica por excelência, uma vez que no seu seio coabitam, pelo menos, oito da totalidade das etnias existentes em Angola.

Finalmente, a região Sul, composta apenas por duas províncias, Huíla e Cunene, com capacidades e aptidões semelhantes para a agro-indústria, mas onde se destaca a Huíla. O referido estudo caracteriza também as regiões no que se refere ao produto interno bruto em 2003, 2006 e 2007 e chega às seguintes conclusões:

Luanda excede tudo e consolida a sua posição de pólo determinante do processo de crescimento do país e concentra mais de 74% do PIB nacional, na média geral dos três anos. Se a Luanda se juntar Kwanza Sul e Benguela, então a concentração chega a 90%;

A capacidade de geração de Valor Acrescentado do Moxico e do Kwando-Kubango é, praticamente, nula, representando os seus valores pouco mais de 0,1% do PIB de Luanda, sendo ainda mais baixa a do Kwanza Norte;

A província do Kwanza Sul é um dos exemplos de grande dinâmica no processo de crescimento económico do país, posicionando-se como a terceira zona de influência económica, superior à do Huambo e da Huíla. Ou seja, permanecendo as dinâmicas litoral/interior inalteradas por quaisquer políticas públicas de discriminação positiva a favor do equilíbrio e da harmonia territorial, a província do Huambo demorará algum tempo a recuperar a posição detida na economia colonial de segundo parque industrial e económico do país.

2.2. A Evolução Normativa do Processo de Desconcentração e Descentralização em Angola

A Lei Constitucional de 1975 já consagrava os princípios da Descentralização, da iniciativa Local bem como a eleição da Assembleia Popular Provincial, o seu presidente e os membros que a integravam¹⁵. Mas o sentido da descentralização traduzia-se na quebra das instituições de controlo coloniais e na realização de um processo de descentralização que se baseava na criação e reforço de novos órgãos populares revolucionários e de inspiração Marxista-Leninista.

O processo de Descentralização da Governação Local em Angola tem sido resultado de vários debates em diversos níveis, principalmente a partir das reformas políticas e económicas iniciadas em 1992, com a introdução do sistema de democracia multipartidária e mudança do sistema de economia centralizada para um sistema de economia de mercado.

Em 1999 foi então promulgado o Decreto-Lei 17/99, de 29 de Outubro, sobre a Organização dos Governos Provinciais, Administrações Municipais e Comunais, tendo-se deste modo introduzido a

¹⁵ Lei de Revisão Constitucional da República Popular de Angola, 1975, Capítulo VI, Artigos 71º a 75º.

desconcentração de algumas funções. Este Decreto foi, entretanto, substituído pela Lei 17/10 de 29 de Julho. A implementação deste diploma legal permitiu conferir aos Governos Provinciais e Administrações Municipais, uma maior autonomia na execução dos programas públicos.

Em 2006 é aprovado o Decreto n.º 2/06 de 23, legislação sobre o Ordenamento do Território e do Urbanismo, que estabelece os papéis do Estado e dos governos locais no planeamento. De acordo com a mesma, as secções municipais devem elaborar, com o apoio técnico do nível provincial, o planeamento adequado das suas funções. No nível municipal, o plano de desenvolvimento municipal (plano director municipal) serve como base para o planeamento territorial. De facto, o plano director municipal ainda não existe ao nível dos municípios e nem para o nível nacional.

Em 2010 foi aprovada a nova Constituição, na qual estabelece a existência de órgãos do poder local e autarquias locais dedicando um Título às Autarquias Locais e abrindo espaço para a existência das mesmas através dos n.º 1, 2, 3 e 4 do Artigo 217.º. A Constituição de 2010 abre espaço para a criação de um modelo de descentralização Político-Administrativa (artigo 213.º) consubstanciado no municipalismo (n.º 1, 2 e 3 do artigo 2018.º), tendo como base o Princípio da Autonomia Local (artigo 213.º) da Autonomia Política (n.º 2 do artigo 220.º) que será concretizado através do Princípio do Gradualismo¹⁶ (artigo 242.º). Afirma ainda o papel das instituições do poder tradicional e o valor das normas consuetudinárias que não contrariem a constituição. Entretanto, relativamente ao regime das finanças locais a Constituição concretiza o Princípio da Autonomia Local prevendo no n.º 2 do artigo 215.º que “a lei estabelece que uma parte dos recursos financeiros das autarquias locais devem ser provenientes de rendimentos e impostos locais”, verte ainda, no n.º 3 do artigo 217.º, o preceito da justa repartição dos recursos públicos entre o Estado e as autarquias com vista à equalização, sem adiantar mais especificidades.

¹⁶ Não sendo clara se se trata de gradualismo administrativo e/ou territorial como acontece em Moçambique e analisado anteriormente.

A constituição define as autarquias locais como pessoas colectivas cujo objectivo é representar e atender os interesses dos residentes numa área territorial específica através das estruturas apropriadas. A estrutura das autarquias locais compreende a Assembleia, o Poder Executivo e o Presidente. A Assembleia é eleita periodicamente por meio de eleições livres, secretas e por sufrágio universal para um mandato de quatro anos. As autarquias locais têm autonomia administrativa e financeira.

No que se refere ao princípio do gradualismo, a CRA postula que “A institucionalização efectiva das autarquias locais obedece ao princípio do gradualismo.” Parece uma afirmação que pouco diz, além do facto de não se poder fazer tudo de uma vez o que tem sido recomendado no âmbito das ciências políticas. Mas continua no n.º 2 “Os órgãos competentes do Estado determinam por lei a oportunidade da sua criação, o alargamento gradual das suas atribuições, o doseamento da tutela de mérito e a transitoriedade entre a administração local do Estado e as autarquias locais”.

Como já referido, a diferença entre a descentralização democrática e desconcentração é que esta última não tem como objectivo criar mais autonomia política local, mas limita-se a criar alguma autonomia administrativa dentro da hierarquia estatal. Não sendo o processo de descentralização político-administrativa realizado em simultâneo, pode-se fazer gradualmente. Mas, sabendo que essa descentralização pode ser abordada do ponto de vista do seu desdobramento no território nacional ou pelo conjunto de competências que o Estado-central transfere para as colectividades territoriais geridas de forma autónoma, é relevante, distinguirmos dois tipos de gradualismo: o gradualismo funcional e o gradualismo geográfico. O primeiro tipo refere-se ao processo de transferência gradual de funções e competências para órgãos das autarquias locais (ou mesmo para os órgãos desconcentrados do Estado). Quer dizer, por exemplo, que numa primeira fase do processo a responsabilidade para a manutenção de espaços públicos é transferida às autarquias, enquanto a transferência de tarefas e competência como por exemplo o policiamento ou a educação secundária é adiada para fases posteriores. O segundo tipo significa um processo em que a autarquização começa apenas em algumas zonas (por exemplo, muni-

cípios mais desenvolvidos) do país. Estas ganham estatuto jurídico como autarquias e devem eleger os órgãos de governação autárquica, enquanto outras zonas territoriais terão que esperar por uma outra oportunidade.

Concretizando assim o significado do “gradualismo”, este parágrafo visa duas ambiguidades centrais que são destinadas a causar muita polémica nos anos que vêm. A questão que se coloca é a de saber se o gradualismo significa que alguns cidadãos podem votar para eleger o governo local, enquanto outros cidadãos não podem. Enfim, o gradualismo vai ou não chocar com outros princípios constitucionais, como o princípio da igualdade? Em que termos fica a configuração das finanças municipais? Neste âmbito o gradualismo territorial deixará também os angolanos divididos relativamente ao esforço fiscal ou aos possíveis benefícios que possam advir.

Visto no seu conjunto, uma série de artigos constitucionais apontam para o universalismo e não para o gradualismo territorial. O artigo 22º evoca o “princípio da universalidade”, significando que todos os cidadãos têm os mesmos direitos e deveres. O artigo 23º garante a “igualdade”, significando que todos são iguais perante a lei, e que ninguém pode ser prejudicado ou privilegiado, mesmo se em razão do seu local de nascimento ou condição económica. O artigo 52º postula que “Todo o cidadão tem o direito de participar na vida política e na direcção dos assuntos públicos, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos”. O artigo 89º que se refere aos tributos, verte ainda o princípio da universalidade contributiva em que “Todos têm o dever de contribuir para as despesas públicas e da sociedade, em função da sua capacidade económica e dos benefícios que aufram através de impostos e taxas, com base num sistema tributário justo e nos termos da lei”¹⁷.

¹⁷ Embora não sendo o foco deste trabalho interessa notar que alguns preceitos da Constituição como a consagração de que “(...)o órgão executivo é constituído pelo seu presidente e por secretários por si nomeados” (nº4 do artigo 220º) a possibilidade de uma excessiva politização. Normalmente em países com governos locais funcionais, deve-se encontrar um equilíbrio entre o poder político local e o poder administrativo. Sendo este último composto pelos oficiais e funcionários que eventualmente trabalha-

No que se refere ao Regime de Financiamento das Acções dos Governos Provinciais e das Administrações Municipais, o Decreto Presidencial n.º 30/10 de 9 de Abril, vem estabelecer, enquanto órgãos executivos desconcentrados da administração central, o quadro da delimitação de competências pela provisão de bens e serviços públicos entre a administração central e as administrações locais e entre as administrações provinciais e locais. Esta Legislação foi revogada e substituída pela Lei 40/18 de 9 de Fevereiro, Regime do Financiamento Local, que confirma as Administrações Municipais como unidades orçamentais (Artigo 5º) bem como as suas fontes de financiamento que continuam a acentar-se nos recursos do Orçamento Geral do Estado, nas Taxas Municipais como recursos próprios dos municípios, nos recursos do Orçamento Geral do Estado especialmente consignados, nos recursos do Orçamento Geral do Estado provenientes de impostos e taxas a si consignados com base na arrecadação feita nas respectivas circunscrições, nas afectações da administração central e os donativos eventualmente recebidos directamente (Artigo 7º). De acordo com a c) do nº1 do artigo 7º são consignadas às Administrações Municipais os seguintes recursos financeiros: 70% do Imposto sobre o Rendimento do Trabalho por Conta Própria; 70% do Imposto do Rendimento do Trabalho por Conta de Outrem; 50% do Imposto Industrial do Grupo B; 70% do Imposto Predial Urbano; 80% de Imposto das Sucessões e Doações; 70% de Imposto de SISA; 100% do Imposto de Consumo (com excepção do Imposto de Consumo arrecadado nas importações); 30% da Taxa de Circulação e Fiscalização do Trânsito; 90% do valor das Multas aplicadas por transgressões do trânsito, deduzido o valor atribuído aos autuantes nos termos da lei.

rão na prestação de serviços autárquicos. (nas áreas de saneamento, educação, saúde, ambiente, etc.). A Constituição Angolana nada diz sobre a composição da administração burocrática da autarquia (o que não constitui em si qualquer problema, pois isto pode ser determinado por lei comum) mas sim garante que a liderança autárquica vai ser alterada com cada ciclo eleitoral, o que pode criar constrangimentos e descontinuidade na administração. Uma tarefa que se coloca perante a administração local é a sua despolitização, senão mesmo despartidarização, e o estabelecimento duma administração local da coisa pública baseada em meritocracia.

Na legislação em referência, por outro lado, é criado o Fundo de Equilíbrio Nacional (Artigo 6º) financiado com base no remanescente das receitas consignadas. O referido artigo considera como município destinatário da receita aquele cujo o território se exerça a actividade ou se verificou o facto gerador da receita. Entretanto, o artigo 10º sobre as competências para a definição dos valores das transferências do Fundo de Equilíbrio Nacional postula que os recursos consignados ao fundo deverão ser afectados através dos seguintes critérios: maior percentagem para as Províncias com maior densidade populacional; potenciar as Províncias com elevado índice de pobreza; desenvolver as zonas de difícil acesso com atenção para a sua localização geográfica e encargos de contingência.

O facto de por um lado de haver receitas consignadas ao fundo de acordo com o local de obtenção de receitas e por outro lado haver critérios de afectação das receitas aos municípios poderá indicar alguma dificuldade na gestão do fundo pois a legislação não é clara relativamente a parte das receitas que se mantém por direito nos municípios onde foram obtidas e a parte que deverá ser afectada por critérios já referidos.

Por outro lado, Decreto Presidencial nº 89/18, vem regular o Fundo de Equilíbrio Nacional e o Fundo de Equilíbrio Municipal. O Fundo de Equilíbrio Municipal tem como objectivo a repartição das receitas municipais de uma mesma Província. O fundo é financiado por 30% das receitas provenientes de taxas, licenças e outras receitas a cobrar pelos Órgãos da Administração Local do Estado, exceptuando-se as receitas provenientes das taxas de circulação e da fiscalização do trânsito. A gestão do fundo é feita pelo Delegado Provincial de Finanças sobre orientação do Governador Provincial.

Apesar da produção de legislação que confere por vezes maior desconcentração e por vezes retracção na desconcentração do funcionamento dos órgãos locais, se mantém um elevado grau de centralização das despesas pela estrutura central e também uma elevada concentração das receitas em Luanda (embora este último facto se deva a situação de concentração das sedes das grandes empresas em Luanda). De facto, ao observarmos a estrutura e a evolução das receitas e despesas por

província¹⁸ verificamos que se centra em cerca de 85% em Luanda tanto no que se refere à arrecadação de receitas e em 83% quanto à realização das despesas.

2.3. Enquadramento do Sistema Tributário: os Impostos, Taxas e Contribuições

Até a primeira reforma tributária que ocorreu em 1948, a estrutura do sistema tributário integrava ao nível da tributação directa, nomeadamente, o imposto indígena (que era considerado a segunda maior fonte de receitas), a contribuição industrial, a contribuição de registos, a contribuição predial e a contribuição sobre o aluguer de habitações, e ao nível da tributação indirecta, designadamente, os impostos alfandegários, alguns impostos específicos sobre a produção e consumo de produtos, o imposto de tonelagem, o imposto de merches ultramarinas e o imposto de salvação pública¹⁹.

A reforma de 1948 teve como base a necessidade de se introduzir algumas modificações que adequassem a estrutura tributária à realidade económica que se foi implantando, assim como aos objectivos da nova política económica. Nos termos desta reforma a estrutura tributária, no domínio dos impostos directos, passou a ser a seguinte: contribuição industrial, imposto profissional, contribuição predial urbana, imposto sobre as explorações agrícolas, florestais, pecuárias, pescas, minas e sal, taxa pessoa anual (ex-imposto indígena) imposto sobre sucessões e doações, imposto complementar (em substituição do imposto de defesa). A estrutura dos impostos indirectos manteve-se quase inalterada, sendo marcada pela redução de alguns direitos de importação e o agravamento da tributação de alguns bens de consumo através de impostos específicos e a criação da SISA.

¹⁸ MINFIN. Resumo das despesas e receitas por local para 2012, 2013, 2014; 2015 e 2016 http://www.minfin.gv.ao/fsys/Sintese_OGE_2015_Revisto.pdf. Último acesso 03/10/2018

¹⁹ *Idem* ob.cit. Cruz, Rui A.; pg. 84-ss.

A industrialização que veio a marcar a segunda metade da década de sessenta, reverteu o papel dos impostos alfandegários e deu primazia a tributação de bens de produção e consumo, através de impostos indirectos específicos, assim como a importância do sector industrial, para o qual foi criado o imposto industrial. O arranque da industrialização e a necessidade de implementação de uma política económica dirigida ao desenvolvimento da colónia, deixaram de encontrar resposta na estrutura tributária criada pela reforma de 1948-50, razão porque até a reforma que teve lugar a partir de 1968 foram sendo promovidas certas alterações no que concerne à tributação directa e ajustamentos na tributação indirecta.

Entre 1968-72 dá-se mais uma reforma tributária que visava dois objectivos fundamentais: a adequação do sistema tributário à nova estrutura económica de Angola e a sua conjuntura financeira e a harmonização dos regimes fiscais em vigor nas províncias ultramarinas, no quadro do amplo processo de integração económica, iniciado nos primeiros anos da década de sessenta. No âmbito desta reforma, foram publicados vários diplomas, sendo de especial relevância o código geral tributário (que vigorou até o ano 2014) por conter princípios fundamentais que passaram a reger a relação tributária tais como o princípio da legalidade tributária, da não retroactividade dos impostos, da base económica e não jurídica das situações tributárias. Esta reforma atingiu apenas os impostos directos, tendo-se verificado a este nível, uma alteração significativa na importância dos impostos sobre o rendimento, principalmente o imposto industrial, substituindo-se assim, aos impostos directos tradicionais²⁰.

Em 2011 deu-se início a uma reforma tributária através do Decreto Presidencial 53/2011, que define as linhas estratégicas para a mesma. O principal objectivo desta reforma tributária consiste na simplificação e modernização do sistema tributário em Angola, ou seja, trata-se de uma reforma de carácter estrutural, que veio alterar as bases da legislação fiscal, nomeadamente, os códigos geral tributário, das execuções fiscais, e dos principais impostos, legislação herdada do regime colonial. A reforma fiscal em curso, assenta em cinco pilares:

²⁰ Ibidem ob.cit. Cruz, Rui A.; pg. 84-ss.

(i) Reforma do sistema tributário; (ii) Reforma da administração tributária; (iii) Reforma da justiça tributária; (iv) Revisão dos encargos parafiscais e o (v) Estabelecimento de convenções internacionais para evitar a dupla tributação.

Com o início da crise mundial de 2008, Angola começou a preparar a sua estratégia de incentivo ao desenvolvimento da economia com base no sector produtivo em alternativa à dependência do petróleo. A reforma fiscal teve como objectivo geral modernizar o sistema tributário para que fosse possível adaptar a arrecadação à realidade global²¹, cujos códigos vinham do período colonial como é o caso do Código Geral Tributário e o Código das Execuções Fiscais. Relativamente aos principais impostos, ocorreu, não somente um processo de criação e revisão de legislações como, também uma adaptação às principais doutrinas internacionais, ao nível do Código Geral Tributário, do Regime de Taxas e do Contencioso Fiscal. No que se refere a estrutura tributária não se vislumbraram grandes alterações, com alguns ajustes de taxas e classificações de algumas bases de incidência. Por exemplo relativamente ao imposto industrial houve uma adaptação da sua alíquota às praticadas ao nível dos países da região, por isso a sua taxa geral foi reduzida de 35% para 30%, houve ainda alterações ao nível do Imposto Predial Urbano no qual foram refinados os seus métodos de cálculo e diminuídas as alíquotas, entretanto mantém-se a polémica da sua cobrança e dos métodos de cálculo do valor patrimonial tendo em conta a degradação do parque habitacional e das infra-estruturas urbanas. Outra realidade prende-se com a reforma da Administração Tributária, dotando-se de recursos humanos e tecnologias modernas para fazer face aos novos métodos no âmbito das relações jurídico-fiscais, embora muitas debilidades ainda persistam. Existem três regimes fiscais em Angola, nomeadamente, o Regime Geral, Regime

²¹ Acontece que a partir de 2015, em que o preço do petróleo foi reduzido para metade do valor de 2008, Angola tem-se valido dos instrumentos desta reforma para tentar o aumento da arrecadação de receitas em alternativa às receitas do petróleo. Mas a situação não é pacífica pois, há sectores que argumentam que a reforma foi pensada numa situação em que o preço do petróleo estava em alta, por isso em muita legislação tributária contemplava-se uma realidade que já não existe. Defendendo uma ulterior reforma conjuntural no sentido de melhor adaptação à nova realidade.

Fiscal da Indústria Petrolífera e o Regime Fiscal da Indústria Mineira ou Código Mineiro. O sistema fiscal angolano, no seu regime geral, é composto pelos seguintes impostos; Impostos sobre o Património Imobiliário, Impostos sobre o Rendimento e Impostos sobre o Consumo e a Despesa.

No âmbito da parafiscalidade, tem-se a criação de um Regime Geral de Taxas, Lei 7/11, de 16/02, onde estão plasmados os Princípios da Legalidade, no qual bastando-se o Decreto-Executivo para a sua criação, e o Princípio da Proporcionalidade. O Decreto Presidencial 30/10 de 9 de Abril, sobre o Regime Financeiro Local, vem consagrar o regime das taxas municipais e o Decreto Presidencial nº 307/10 de 20 de Dezembro, sobre a Tabela de Taxas, Licenças e Multas e outras Receitas Locais a cobrar pelos órgãos do poder local, bem como o Decreto presidencial nº 287/11 de 1 de Novembro sobre os Princípios e regras especiais geradoras da obrigação de taxas municipais.

No âmbito das contribuições tem-se a Lei do Sistema de Segurança Social, Lei 7/04, de 15 de Outubro, que define as bases em que assenta o Sistema de Segurança Social, que tem por objectivo garantir a subsistência material dos cidadãos nas situações de falta ou diminuição de capacidade para trabalho, bem como, em caso de morte, dos familiares sobreviventes.

2.4. O problema do poder de tributar e a atribuição de receitas

Um dos maiores desafios para a efectivação do processo de descentralização consiste na atribuição, aos Governos locais, de recursos financeiros que lhes permitam cumprir um papel efectivo no processo de desenvolvimento, capacitando-os financeiramente para a prestação dos serviços e fornecimento de bens sob a sua responsabilidade. Os Governos locais sem recursos para o desempenho das suas funções não passam de mera ficção como Governos e, em muitos países onde isso ocorre, são apenas circunscrições eleitorais ou entidades meramente desconcentradas da esfera superior. É reconhecido que a maioria dos países em desenvolvimento enfrenta sérios problemas financeiros,

não apenas a nível local como a nível nacional. Mas, se um Governo pretende fazer chegar às comunidades locais, certos serviços essenciais por meio dos níveis subnacionais, mais adequados para esse fim, é indispensável ceder os recursos necessários. Isso requer, acima de tudo, a vontade política do Governo central para efectivar o processo de descentralização. O peso de cada uma das categorias na receita total de um determinado Governo depende de vários factores, desde os decorrentes do regime económico, a competência tributária, até a importância que certos países dão á alguns tributos e o seu desinteresse por outros devido à capacidade contributiva da sua incidência ou outros factores. Por exemplo certos impostos (como o imposto sobre o património imobiliário) têm grande peso na receita dos governos locais da maioria dos países desenvolvidos e relativamente pouco nos países em desenvolvimento. Estas considerações têm a ver com a liberdade de criar tributos ou fixar alíquotas, com a divisão das fontes de receita entre os níveis superior e inferiores de decisão, que constituem a base da questão da determinação das receitas locais e da sua partilha.

O caminho adoptado pela maioria dos países em que os Governos locais têm peso no sistema governamental, isto é, desempenham um papel relevante na prestação de serviços públicos, é a combinação de receitas próprias, com receitas partilhadas e transferências da parte da receita dos níveis superiores aos Governos locais. Assim, certos tributos são alocados a esses Governos ao mesmo tempo que recebem, também, transferências regulares da esfera ou das esferas superiores. Essas transferências obedecem, geralmente, a dois critérios: o redistributivo, pelo qual se transferem recursos das regiões mais ricas para as mais pobres e o compensatório, que consiste em devolver, aos Governos locais, parte dos tributos que ali foram arrecadados.

A teoria económica de influência anglo-saxónica, e por causa dessa influência, tem analisado a questão do poder de tributar e da partilha de impostos e da amplitude da descentralização fiscal, tendo como fundamental, o critério da base de incidência fiscal. Tem-se notado que a amplitude da descentralização depende da capacidade de conformação, por parte dos governos locais em torno dessa base de inci-

dência. A partir daí desenham-se algumas formas de descentralização das receitas, tais como²²:

- i) A forma mais intensa consiste em atribuir certas bases de incidência em exclusivo aos governos locais, deixando-lhes a possibilidade de definir se, como e quanto tributar. Esta implicação não apenas a capacidade de decisão fiscal local, como também uma administração local com competência para a arrecadação da receita;
- ii) Uma outra forma consiste em alocar às bases de incidência dos impostos e receitas tributárias respectivas aos níveis inferiores de decisão, ainda que a administração fiscal seja mantida no nível central;
- iii) A terceira forma consiste na partilha da base de incidência tributária. Neste plano, podemos ter ainda soluções diversas em termos de tomada de decisão descentralizada versus harmonização. Na solução mais descentralizada, os governos locais são inteiramente responsáveis no plano decisional, competência tributária, e de colecta relativamente à parte da receita que lhes é devida. Na solução mais harmonizada, o governo central reserva-se a responsabilidade pela administração e colecta da receita, podendo ainda ser responsável pela definição da base e da estrutura do imposto em causa.

Ambrosanio e Bordignon²³ propõem uma outra classificação, com pontos de contacto e de semelhança em relação à anterior, na qual existem três métodos fundamentais do poder de tributar e da partilha de impostos:

- i) Impostos com legislação e administração fiscal próprias: é a situação de autonomia máxima, na qual os governos locais aprovam a sua própria legislação em matéria fiscal; cada juris-

²² Idem. op. cit; Boadway e Shah, 2009, pg. 86.

²³ Idem. op. cit; Ambrosanio e Bordignon 2006, pg. 323-324 in ob.cit Cabral; Nazaré; 2013.

dição escolhe os impostos que pretende lançar, fixa-lhes a base de incidência e as taxas e é responsável pela administração fiscal e cumprimento. Este método apresenta algumas vantagens: primeiro, por permitir aos níveis inferiores de decisão determinar, com antecipação e segurança, o seu esforço em matéria de despesa; segundo, por cometer aos níveis inferiores de decisão a gestão do esforço fiscal que impõem aos seus residentes, responsabilizando-os, assim, também pelo nível de despesa (uma vez que aquele depende deste); terceira, por favorecer a prestação de contas. Entretanto, este método apresenta diversas desvantagens, sobretudo se o desenho da estrutura fiscal por cada uma das jurisdições for muito diferente: duplicação administrativa; custos de cumprimento acrescidos; exportação fiscal, com implicações no plano da eficiência, concorrência predatória, e da equidade;

- ii) O segundo método é da sobrecarga fiscal, outra alíquota sobre uma mesma base de incidência: aqui, o Governo central e os Governos subnacionais tributam a mesma base de incidência, pressupõe partilha da base de incidência, sendo que os Governos locais sobretaxam a base de incidência definida a nível central. O grau de autonomia fiscal é aqui menor do que na solução anterior;
- iii) O terceiro método é o da partilha da receita fiscal o qual pressupõe a partilha da base de incidência entre os níveis central e inferiores de decisão. Trata-se, aqui, tão só de atribuir uma parte da receita de um imposto ou do conjunto dos impostos do Estado aos níveis inferiores de decisão, estando-lhes reservados poderes tributários muito reduzidos ou mesmo nulos.

A partilha da base de incidência fiscal envolve, a atribuição de poderes tributários aos níveis inferiores de decisão, designadamente o poder de fixar as taxas dos impostos cuja base é atribuída. Alguns autores, encontram bons argumentos em favor da partilha de base fiscal, mesmo quando ela cause ineficiência ou desigualdade subnacional. Dessas vantagens, deve-se assinalar: i) em primeiro lugar, o facto de se atribuir poderes tributários às jurisdições subnacionais permite

uma maior ligação, na margem, entre as decisões de despesa-receita; ii) em segundo lugar, quando sejam assegurados adequados suportes fiscais e instituído um sistema de transferências intergovernamentais, a partilha da base de incidência fiscal reforça a dependência do orçamento do Estado nesses níveis subnacionais; iii) finalmente, a partilha da base de incidência fiscal assegura a maleabilidade e a certeza na utilização de receitas, transferindo a propriedade dessas receitas para os níveis infra estaduais, ajudando-as a planear a provisão de serviços públicos.

Não obstante estas vantagens, a partilha de bases de incidência fiscal comporta alguns riscos, resultantes da perda de harmonização fiscal no espaço nacional, o que é tanto mais evidente, quanto maiores forem os poderes tributários dos níveis inferiores de decisão, nomeadamente, a fixação da sua própria estrutura de taxas ou estabelecimento de um sistema próprio de isenções, deduções e créditos de imposto. Razões de eficiência e equidade tendem a aconselhar um resíduo de harmonização, mantendo-se no Estado o poder de determinação das bases de incidência e de definição da estrutura das taxas, mormente para os impostos mais importantes do país.

Analisando agora o regime jurídico sobre as receitas dos níveis subnacionais em Angola, tínhamos o Decreto Presidencial nº 30/10, que foi substituído pelo Decreto Presidencial nº 40/18, que estabelece o regime financeiro local, em que os Governos Provinciais e as Administrações Municipais, enquanto órgãos executivos locais desconcentrados da administração central, dispõem de orçamento próprio, com base no qual lhes são afectados recursos financeiros do Orçamento Geral do Estado, tendo, no âmbito da sua estrutura, a categoria de Unidades Orçamentais. Os recursos constantes do Orçamento Geral do Estado especialmente consignados e os recursos provenientes de impostos e taxas consignados com base na arrecadação feita nas respectivas circunscrições são afectados ao nível provincial, (note-se que as taxas, com excepção da taxa de circulação, constituem tributos próprios do nível provincial recolhidos para uma subconta única do tesouro provincial) competindo aos Governos provinciais a sua distribuição pelos municípios. O que deixa as Administrações Municipais dependentes neste âmbito do Governo Provincial.

Relativamente às fontes de financiamento, o artigo 7º da Lei nº 40/18 dispõe que os Governos Provinciais e as Administrações Municipais possuem como fontes de financiamento, os recursos do Orçamento Geral do Estado especialmente consignados, as taxas e licenças municipais; os recursos do Orçamento Geral do Estado provenientes de impostos e taxas a si consignados com base na arrecadação feita nas respectivas circunscrições; as afectações da administração central e os donativos eventualmente recebidos directamente.

Enquanto que com o Decreto Presidencial nº 30/10 as receitas locais próprias, nomeadamente, o produto da cobrança de taxas e licenças municipais, deveriam dar entrada na Conta Única do Tesouro, não podendo as mesmas serem utilizadas para efeitos de despesas a nível local, com o decreto o Decreto Presidencial nº 40/18, que não altera as fontes de financiamento das Administrações Municipais e dos Distritos Urbanos, estabelece no seu artigo 8º que as receitas municipais próprias, devem dar entrada numa sub-conta única do tesouro Provincial. Mantendo a dependência, neste aspecto, dos Municípios relativamente aos Governos Provinciais, mas alargando a autonomia dos Governos Provinciais relativamente ao Governo Central. Deixando, entretanto mais uma vez, em aberto, o rigor do cumprimento legislativo pois se está perante uma situação de desconcentração jurisdicional, não existindo a pressão da “escolha pública”.

Significa ainda que as receitas ao serem geridas ao nível provincial, poder-se-á vislumbrar neste procedimento alguma desconcentração financeira, excepto na recolha de receitas que continua a ser feita por parte dos municípios no que se refere às taxas, deixando dúvidas sobre o estímulo à sua arrecadação, pois o poder de tributar relativo aos tributos parafiscais continua a conter uma ilusão tributária atendendo que os tributos são geridos ao nível provincial e não municipal.

O Decreto Presidencial nº 30/10, no seu artigo 10º, consignava a totalidade das receitas dos principais impostos não petrolíferos, com base na arrecadação feita nas respectivas circunscrições através do Orçamento Geral do Estado, às Províncias e aos Municípios, entretanto, a referida legislação não especifica qualquer quota de consignação o que conduz à uma interpretação de que seria o montante total. Por seu lado, as receitas petrolíferas eram consignadas aos territórios

de exploração, às Províncias de Cabinda e Zaire, mas de administração *ad hoc* ou cujo valor seria fixado no Orçamento Geral do Estado, enquanto que as receitas dos diamantes eram atribuídas às Províncias da Lunda-Norte, da Lunda-Sul e do Moxico, anualmente, em 10% do imposto de rendimento e em 10% do imposto de produção (*royalty*), provenientes da exploração diamantífera realizada nos respectivos territórios, sendo estes recursos, uma das fontes de financiamento dos respectivos orçamentos do governo provincial e da administração municipal, para a realização de investimentos públicos no domínio das infra-estruturas económicas e sociais, de subordinação local. Era consignado ainda em 50% o Imposto de Consumo no caso das Províncias de Cabinda, Zaire, Luanda, Benguela, Namibe e Cunene, sendo províncias aduaneiras de significativo relevo. Bem como os recursos financeiros provenientes da taxa de circulação e fiscalização de trânsito que eram consignados às administrações municipais em 50%.

Entretanto, segundo apurado em entrevistas, este mecanismo que deveria funcionar com o sistema de crédito de imposto nem sempre funcionou, não sendo certo o montante da sua devolução. Uma das razões da disfunção do mecanismo legislativo de atribuição de receitas por via de partilhas deve-se às contrariedades pautadas no artigo 11º da referida legislação, o único artigo que consagra o mecanismo de retorno dos tributos aos níveis subnacionais, e que estabelece que é da competência do Ministro do Planeamento, ouvidos os Ministros da Administração do Território e das Finanças, propor ao Presidente da República, a fixação da percentagem da afectação aos orçamentos das províncias e municípios, dos recursos provenientes das receitas arrecadas e das receitas consignadas com base em critérios, tais como: densidade populacional, incidência da pobreza, localização geográfica, acessibilidade e potencialidades económicas. Não havendo então, qualquer critério objectivo, quantificável e previsionar de atribuição (ou restituição no caso das receitas locais) das referidas receitas. A fixação dos impostos consagrados como partilhados, mas dependentes do Orçamento Geral do Estado confere pouca efectividade às receitas subnacionais.

Com o Decreto Presidencial nº 40/18, os tributos e receitas de multas de trânsito são partilhados como já referido anteriormente,

directamente em termos percentuais com os Governos Provinciais e as Administrações Municipais, e através de um Fundo de Equilíbrio Nacional composto pelo remanescente das receitas partilhadas e um Fundo de Equilíbrio Municipal composto por taxas e licenças arrecadadas ao nível local. Como a legislação omite o destino das receitas provenientes do Imposto Industrial, Grupo A e das receitas petrolíferas, as receitas da tributação do sector mineiro e as receitas do imposto de consumo sobre a importação, subentendendo-se que estas revertem para o nível central. Esta legislação também não prevê partilhas específicas de receitas tributárias de acordo com a concentração de recursos naturais em determinadas províncias, o que por um lado se entende pela necessidade do esforço de harmonização tributária. Mas por outro lado, no que se refere aos recursos mineiros o Código Mineiro no seu artigo 245º estabelece uma taxa de 5% que reverte a favor do município sob cuja jurisdição esteja a mina respectiva, contemplando deste modo alguma abertura na fixação das alíquotas das bases de incidência a serem partilhadas.

A referida legislação nada diz sobre os critérios objectivos de atribuição das receitas dos fundos, deixando aos titulares dos departamentos ministeriais das Finanças e da Administração do Território a fixação discricionárias das percentagens a serem partilhas de acordo com critérios como a densidade populacional, índice de pobreza, acesso e localização geográfica e encargos de contingência. Tendo em conta a discrepância de recursos apresentados pelas províncias em Angola e a discrepância de localização das sedes das maiores empresas com grande concentração em Luanda, esta metodologia discricionária poderá ser antevista como um grande desafio. O que obrigaria à concorrência fiscal entre províncias, incentivo benéfico, mas deixando a maioria das províncias, com excepção de Luanda, sem instrumentos fiscais consistentes para competir, pois os tributos fiscais consignados às províncias e municípios, pouca expressão têm no Orçamento Geral do Estado e sem mecanismos extrafiscais como os benefícios fiscais para o desenvolvimento de micro, pequenas e médias empresas e o património imobiliário dos subníveis em causa.

2.5. *Critérios para a Determinação do Tipo de Tributo para cada Nível de Governo*

Cabe-nos agora pôr em evidência as teorias sobre a determinação do tipo de tributo que melhor se adequa a um determinado nível jurisdicional. Devido às cautelas e desvantagens colocadas à descentralização fiscal, a teoria económica tem procurado encontrar critérios ou parâmetros claros e objectivos que ajudem a encontrar um bom sistema de financiamento fiscal local. Porém, cabe mencionar que estamos cientes de que não se trata de uma panaceia, devido ao facto de reconhecermos que cada país é único, contribuindo positiva ou negativamente para uma serie de vantagens e constrangimentos peculiares à história de cada país ou jurisdição. A primeira tentativa de encontrar critérios claros e objectivos de determinação da receita fiscal e dos respectivos poderes, coube a Musgrave tendo em conta a natureza e as características dos diferentes impostos:

- i) Os impostos, cujas bases de incidência sejam de baixa mobilidade inter-jurisdicional, devem ser atribuídos preferencialmente aos níveis inferiores e intermédios de decisão. O exemplo paradigmático é o da tributação da propriedade imóvel ou da tributação da terra;
- ii) Os impostos pessoais com alíquotas progressivas devem ser atribuídos às jurisdições onde uma base de incidência global possa ser definida de forma mais eficiente;
- iii) A tributação progressiva deve caber ao nível central de decisão. Isto é aliás consentâneo com a tese já vista, de acordo com a qual a função redistributiva deve caber ao Estado central. Na verdade, os impostos progressivos sobre o rendimento são impostos de maior eficácia redistributiva;
- iv) Os impostos que sirvam propósitos de estabilização macro-económica devem também ser cometidos ao nível central de decisão, enquanto as receitas fiscais nos níveis inferiores devem ser ciclicamente estáveis. Assim sendo, impostos cuja receita depende em grande medida das flutuações da economia, os impostos pessoais sobre o rendimento, impostos sobre os lucros

- e impostos gerais sobre o consumo, devem ser arrecadados pelo nível central;
- v) Os impostos, cuja base de incidência seja repartida de forma muito desigual no território nacional, devem caber ao nível central de decisão ou pelo menos a níveis intermédios. É o que sucede por exemplo com a receita dos impostos sobre recursos naturais;
 - vi) Os impostos ou outros tributos contribuições, taxas, etc, assentes num princípio de equivalência ou benefício são adequados para financiar todos os níveis, em função da verificação e extensão do benefício.

Um modelo de determinação alternativo foi proposto, alguns anos depois, por Shah e Broadway, com base nos seguintes critérios de alocação de impostos:

- i) O critério da eficiência económica na determinação dos poderes fiscais manda que os impostos sobre factores móveis e bens comercializáveis e que intervêm com o funcionamento eficiente do mercado comum interno, devem ser alocados ao nível central de decisão. Com efeito, a atribuição de impostos sobre factores móveis aos níveis inferiores de decisão pode conduzir a políticas de desperdício, como forma de atracção de recursos a essas circunscrições;
- ii) O critério da equidade nacional sugere que impostos sobre o rendimento com eficácia redistributiva sejam cometidos ao nível central de decisão. Isto limita, a possibilidade de os governos locais poderem seguir políticas redistributivas perversas, através da receita e também da despesa, atraindo residentes de elevados rendimentos e repelindo residentes de baixos rendimentos. Ainda assim, sempre poderá aceitar-se a utilização de sobretaxas ou impostos suplementares de taxa fixa, etc., incidindo apenas sobre os rendimentos dos residentes;
- iii) O critério da exequibilidade administrativa, através da diminuição dos custos administrativos e de cumprimento, sugere que os impostos sejam atribuídos à jurisdição que tenha

maior capacidade para monitorizar e avaliar economicamente as respectivas bases de incidência. Este critério indica então que a propriedade, a terra, por exemplo, são bons candidatos a uma responsabilidade pelos níveis locais, pois que estes têm melhores condições para avaliar o respectivo valor de mercado;

- iv) O critério da necessidade financeira ou adequação da receita sugere que, como forma de garantir a responsabilização, os meios de obtenção de receita, ou seja, a capacidade de obter receita a partir dos recursos próprios, deva coincidir, tanto quanto possível, com as necessidades de despesa.

Este último critério constitui uma novidade em relação às regras propostas por Musgrave. Ainda que se aceite a existência de recursos fiscais próprios, mormente pela aplicação dos critérios anteriores, este último aconselha que a receita desses impostos só seja percebida, na medida em que seja necessária. É o corolário do princípio em que o financiamento segue a função. Entretanto, a realidade demonstra que a totalidade das receitas fiscais obtidas pelos países, ainda assim, não é suficiente para fazer face às suas exigências de despesa. O que determina, como se verá, o recurso à outras fontes de financiamento. Tendo por base estes critérios, Shah introduz uma separação entre o exercício dos poderes tributários, determinação dos elementos essenciais do imposto, a arrecadação e a administração da receita.

2.6. O controlo e a supervisão: a sua relevância na descentralização tributária

Num processo de descentralização a orientação e o controle são alguns dos instrumentos fundamentais para o seu sucesso, um regime jurídico sobre a descentralização deve consagrar tais mecanismos de controlo, de responsabilização e sancionatórios do funcionamento das instituições do Estado, nelas se incluindo as instituições dos subníveis territoriais, sejam em forma de autarquia ou desconcentradas.

O acompanhamento e supervisão dos governos locais constituem áreas de preocupação tanto nos países federais como nos unitários²⁴. As medidas que podem ajudar nesta supervisão incluem a criação e gestão de regras fiscais para as despesas e da dívida, exigência de auditorias corporativa e comercial anual aos governos locais; medição da capacidade fiscal usando um critério comum de avaliações dos níveis subnacionais; maior ênfase na fórmula para conceder subvenções a projectos no âmbito de transferências subnacionais; maior ênfase na supervisão de parcerias público-privadas; pesquisas de opinião sobre os padrões de serviços e satisfação dos cidadãos; ratings de performance dos governos locais com base em realizações, resultados e satisfação do desempenho pelo cidadão²⁵.

Os canais tradicionais de prestação de contas são outro instrumento que não poderão ser descurados nos processos de descentralização. Nos países em transição e em desenvolvimento, as funções de auditoria, inspecção e controlo devem ser reforçadas, uma vez que tendem a ser bastante fracas. Ao auditor-geral deve ser dada maior autoridade e autonomia no exercício do seu mandato. A responsabilização judicial reforça a credibilidade dos compromissos públicos. Isto é particularmente importante para as economias em transição, onde as leis-quadro sobre direitos de propriedade, propriedade corporativa e controlo legal, falências, contabilidade financeira e de controlo, não estão completamente desenvolvidas²⁶.

No que se refere a estrutura das relações fiscais intergovernamentais, especialmente o sistema de subvenções, deve ser determinado por algum organismo. São apontadas algumas alternativas como: a criação de um órgão quase-independente de supervisão e recomendações; a

²⁴ Por exemplo, na República da África do Sul a Lei da Constitucional de 1996 (Secção 139 (1) (b)) prevê uma dissolução do governo local em caso de falha em (i) manter os padrões nacionais mínimos de serviço; (ii) evitar acções prejudiciais para os interesses de outro município ou a nação como um todo; (iii) manter a unidade económica. Prevê ainda a retenção de acções fiscais e transferências para o não cumprimento de esforço fiscal (Secção 227 (2)). As obrigações constitucionais relativas a estas disposições requerem uma capacidade de avaliação significativa e superior.

²⁵ Shah, Anwar, *Fiscal Decentralization in Developing and Transition Economies*; World Bank Policy Research Working Paper 3282, April 2004.

²⁶ Idem, Shah, Anwar; 2004.

utilização de comités do nível descentralizado para negociar os termos do sistema; comissão intergovernamental conjunta; ou um corpo legislativo intergovernamental como a parlamentar²⁷.

Para Sousa Franco²⁸, dos diversos princípios fundamentais em que estão alicerçados os Estados constitucionais modernos resultam na necessidade de se garantir, através do controlo:

- A limitação do poder do Estado traduzido, designadamente, na subordinação dos seus órgãos à Constituição e à lei;
- A racionalidade da actuação do Estado, tendente à obtenção do máximo benefício social com mínimo custo social.

O controlo da administração, compreende todas as formas de fiscalização a que ficam sujeitas os órgãos do Estado e inclusive os órgãos locais, relativamente à gestão dos programas preconizados e à execução dos seus orçamentos.

O relatório de actividades é o documento que juntamente aos relatórios da contabilidade pública, contribuem para a fiscalização do órgão nacional e local, onde é feita uma análise da implementação dos programas e da situação financeira, referindo aspectos como o endividamento, a relação entre receitas e despesas correntes e de capital, assim como as diferenças entre as receitas e despesas previstas e as concretizadas.

No que se refere à fiscalização e controlo financeiro, um dos documentos fundamentais produzidos para tal é a conta de gerência ou a contabilidade pública, pois ela reflecte toda a actividade financeira, ocorrida ao longo do ano económico, podendo, através dela, fazer-se o apuramento do valor global das receitas cobradas e das despesas realizadas. Esta contabilidade serve para todos os órgãos da administração pública e, no que pretendemos realçar, ao nível local, e permitirá o apuramento do grau de capacidade da administração local, que se manifesta nos níveis de execução orçamental alcançados, e que se

²⁷ Ibidem; Shah, Anwar; 2004.

²⁸ António Sousa Franco, *O Controlo da Administração Pública em Portugal*, Lisboa, 1993, pg.5.

medem a partir da relação entre as previsões efectuadas e os resultados obtidos.

A contabilidade da gestão pública deve conter os elementos que permitam reflectir, de facto, todos os passos dados durante a execução do orçamento, devendo, por isso, comportar um conjunto de anexos, tais como mapas e outros documentos que traduzam e justifiquem todos os valores inscritos. Por isso a conta, como refere Sousa Franco, a propósito da Conta Geral do Estado, “não é apenas um registo e síntese de execução; constitui, sobretudo, um meio de controlar as operações em que consistiu a execução e de responsabilizar os seus agentes pela fiscalização a *posteriori*”. Temos então que numa tentativa de resumo do conceito do controlo financeiro das contas do Estado podemos dizer que ele consiste na actividade que visa assegurar a adequação da gestão dos recursos financeiros públicos às normas ético-jurídicas e técnicas que a enquadram²⁹.

O controlo financeiro das contas do Estado e da execução orçamental dos órgãos do Estado e do nível local, do ponto de vista das entidades fiscalizadoras, pode ser interno ou externo.

O controlo interno é aquele que é desenvolvido pela própria administração (está inserido na sua própria estrutura administrativa), pelo órgão deliberativo (fiscalização política), por ocasião da aprovação da conta e do relatório de actividades, e ainda pelos próprios quadros administrativos (fiscalização administrativa), que durante a execução do orçamento verificam a legalidade de cada uma das despesas, da prova da correspondente prestação e de uma maneira geral o cumprimento das regras da boa gestão financeira.

Actualmente em Angola, o controlo interno da gestão dos níveis subnacionais (províncias e municípios) está consagrado pelo Decreto Presidencial n.º 40/18, ao Órgão de Fiscalização do controlo Interno das Finanças Públicas e da Administração do Território. Significando que estamos perante a fiscalização de um órgão interno à estrutura governamental. De acordo ainda com o artigo 20º do mesmo diploma, os responsáveis pela gestão das contas do Estado são responsá-

²⁹ Costa, Paulo Nogueira, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*, Coimbra Editora; pg.28.

veis pelo incumprimento e pelas irregularidades graves que possam ocorrer, ficando sujeitos à responsabilização administrativa, civil e criminal.

O controlo externo é aquele que é desenvolvido por órgãos exteriores à administração, que pode ser exercido pela administração central, por Auditores Gerais, por órgãos jurisdicionais como o Tribunal de Contas, e ainda pelos cidadãos eleitores, sendo que esta última forma de controlo se tem revestido de um carácter demasiado demagógico e pouco eficaz. As instituições autónomas do Estado que realizam o controlo externo são denominadas de Instituições Superiores de Controlo (ISC) e são realizados dois tipos de controlo: o controlo prévio e o controlo sucessivo.

O controlo prévio caracteriza-se pela verificação da conformidade dos actos administrativos relativamente ao sistema normativo vigente e a Constituição.

Relativamente ao controlo sucessivo, a tendência actual traduz-se na sua realização através de auditorias de natureza diversificada, exercido por organismo público independente e externo relativamente à entidade controlada (uma instituição superior de controlo). No modelo jurisdicional de controlo financeiro externo as instituições superiores de controlo têm estrutura colegial e exercem funções jurisdicionais (o controlo externo de tradição francesa) bem como funções não jurisdicionais (de mero controlo financeiro). Apesar de tradicionalmente tender a privilegiar o controlo da legalidade, tem vindo a acentuar-se a preocupação com o mérito da gestão.

O controlo financeiro externo, tal como deveria ser, no sentido da sua independência revela-se crucial nos Estados de Direito contemporâneos. Para garantir tal independência os ordenamentos jurídicos devem consagrar garantias. A International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)³⁰, no Projecto de Carta de Independência das Instituições Superiores de Controlo de 2001, enumera um conjunto de pressupostos que se devem verificar para que seja assegurada a independência destas instituições, nomeadamente:

³⁰ International Organization of Supreme Audit Institutions; <http://www.intosai.org/documents.html>. Última visita em 11/10/2018.

- A existência de normas constitucionais, legais e regulamentares adequadas, que permitam uma actuação eficaz das ISC;
- A existência de garantias de inamovibilidade e imunidade legal dos seus juízes (no modelo de tribunal de contas) ou auditores, no exercício das respectivas funções;
- A existência de um mandato suficientemente amplo em que as funções da ISC estejam claramente definidas;
- O acesso irrestrito à informação;
- O direito e a obrigação de prestar informação sobre os resultados da sua actividade, designadamente os resultados das auditorias;
- A liberdade de decidirem acerca do conteúdo e oportunidade dos seus relatórios de auditoria e de os publicarem e divulgarem;
- A existência de mecanismos eficazes de acompanhamento das recomendações das ISC;
- A autonomia administrativa e financeira que devem também dispor de meios humanos, materiais e financeiros adequados.

Igualmente decisivo para assegurar a independência funcional das ISC é o sentido das normas de eleição ou nomeação dos seus membros. Se os membros do órgão de controlo financeiro externo forem nomeados pelo Parlamento, tenderá a reproduzir-se no órgão de controlo financeiro externo a representação parlamentar das diversas forças político-partidárias o que tende a reproduzir-se no controlo financeiro externo. Se forem nomeados por órgão executivo, a independência funcional estará a partida diminuída. O que se justifica a consagração de mais garantias legais. Também uma atenção deverá ser dada à duração do mandato, no qual uma reeleição aumentaria a condescendência nos últimos anos de mandato, sendo então preferível a opção legislativa que prevê um único mandato com um tempo superior. E a existência de regras específicas como a definição legal de incompatibilidade das respectivas funções, bem como a existência de regras específicas que enquadrem a actividade e as carreiras do pessoal especializado (como auditores e consultores).

Em Angola o Tribunal de contas tem as seguintes competências, tendo em conta o critério funcional:

- **Competência relativa à fiscalização preventiva, ou ex-ante, de visto (artigo 8º da Lei n.º 5/96):** Essa competência é exercida mediante a concessão ou recusa do visto, de forma a verificar se os actos ou contratos a ele sujeitos estão conforme às leis vigentes, e se os encargos deles decorrentes têm cabimentação orçamental (n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8º da Lei n.º 5/96). Porém, a própria lei exclui, do âmbito da fiscalização preventiva, os actos de nomeação emanados pelo Presidente da República; os actos de nomeação do pessoal afecto aos gabinetes dos titulares de Órgãos de Soberania; os diplomas relativos a cargos electivos, de entre outros actos estipulados na própria lei (n.º 4 da Lei n.º 5 /96);
- **Competência relativa à fiscalização sucessiva, ou ex-post, de controlo:** consiste na verificação interna e externa das contas e de auditorias à gestão financeira e é exercida mediante a elaboração de relatório e parecer sobre a conta geral do estado, bem como o relatório sobre as contas dos Órgãos de Soberania e também a realização de acções que visam a efectivação da fiscalização sucessiva dos serviços da Administração Central do Estado, de quaisquer entidades públicas com funções de tesouraria, dentre outras competências atribuídas por lei, artigo 9º Lei n.º 5/96 e 32º e 41º Decreto n.º 23/01. A competência para o julgamento das contas sujeitas a fiscalização sucessiva, é da 2ª Câmara;
- **Competência relativa à efectivação de responsabilidade financeira:** reintegratória ou sancionatória, é de aplicação de multas, artigo 29º da Lei 5/96, e artigos 42º ao 46º do Decreto n.º 23/01. A responsabilidade financeira é efectivada em processos tipicamente jurisdicionais e podem assumir a forma de responsabilidade Financeira reintegratória e responsabilidade sancionária ou punitiva.

A responsabilidade reintegratória é efectuada mediante instrução de processos judiciais, e em caso de desvio de dinheiro ou ainda de pagamentos indevidos, traduz-se na condenação dos responsáveis na reposição ao Cofre do Estado, de tais importâncias e correspondem as infracções previstas nos artigos 29º, 30º e 31.º da Lei n.º 5/96, ava-

liando o grau de culpa, tendo em consideração as competências do infractor, o volume de valores e fundos movimentado e a índole das principais funções de cada responsável. A responsabilidade sancionatória ou punitiva é efectivada mediante instrução de processos judiciais, em que se traduzem na aplicação de multas de natureza não criminal, n.º 4 artigo 31.º da Lei n.º 5/96 e artigo 13º e 41º do Decreto n.º 24/01.

Porém, a efectivação de responsabilidade financeira, em qualquer das suas formas, não obsta a efectivação das responsabilidades disciplinar e criminal, a que igualmente haja lugar, n.º 4 artigo 31º da Lei n.º 5/96. Portanto, o exercício da jurisdição do Tribunal de Contas, compreende a fiscalização e o controlo financeiro e a efectivação de responsabilidade financeira de todas as instituições, agentes e funcionários públicos que utilizem dinheiro, valores ou património público, artigo 15º da Lei n.º 5 /96.

III. A Despesa Pública: A finalidade dos paradigmas tributários

3.1. O problema da alocação de funções e das despesas

Os paradigmas tributários têm como função a realização das despesas públicas, sendo estas a génese e justificação da existência de tributos. A questão que se coloca prende-se em se saber até que ponto as despesas públicas influenciam a densidade de tributação ou se será a tributação a influenciar a densidade de despesas públicas. A doutrina é divergente embora seja possível explorar algumas teorias.

Com base nas primeiras formulações teóricas assumiu-se, na base de um critério de eficiência alocativa, que a primeira grande tarefa exigida à teoria económica do federalismo financeiro é a de dar resposta ao problema da atribuição de funções e de despesas (*assignment problem*), pela identificação do critério económico que justifique a atribuição de funções e de despesa aos níveis inferiores de decisão, em detrimento do nível central ou superior. O princípio fundamental nesta matéria é, como indica Shah³¹, o de que o financiamento segue a

³¹ Ob. Cit. Shah, 1994, pg. 9.

função despesa, ou seja, importa determinar, em primeiro lugar, quais são as responsabilidades dos níveis inferiores em matéria de realização de despesa para se procurar definir os critérios de afectação de receitas e do exercício de competências tributárias.

Entretanto, esta explicação normativa do fenómeno alocativo tem sido contestada. A economia política da descentralização financeira deu novos contributos e uma nova perspectiva. Ahmad, Hewitt e Ruggiero³² apontavam nesse sentido, quando defendiam que a teoria económica é insuficiente para explicar a descentralização e que outros factores, mormente de carácter institucional, deveriam ser considerados. Acima de tudo, estes autores assinalam que os critérios normativos de determinação das funções de despesa não explicam, tanto quanto pretendem, a realidade de que em muitos países a atribuição de fontes de financiamento se faça de uma forma aparentemente desligada daquelas que são as necessidades de despesa sentidas pelas circunscrições locais. Isso é muito evidente, no caso das subvenções ou transferências do Estado central para os níveis inferiores, onde se assiste comumente ao fenómeno da ilusão fiscal. Na verdade, as transferências não são, como deveriam ser, determinadas pelas necessidades de despesa resultantes das funções atribuídas aos níveis inferiores de decisão, mas antes são os meios financeiros postos ao dispor destes níveis que acabam por determinar essas despesas e o seu nível. Por isso, concluem os mesmos autores, os padrões de financiamento acabam por influenciar decisivamente o nível de despesa local e as transferências acabam por estimular gastos acrescidos pelos governos beneficiários, para lá das expectativas.

Em suma, poder-se-á dizer que a fragilidade desta ponte de ligação entre o lado da despesa e o lado da receita é geradora de vários efeitos perversos. Antes de mais verifica-se que ela é propiciadora de gastos públicos acrescidos. Para além disso, o fenómeno da ilusão fiscal³³ parece contribuir, em certos contextos, para a fragilização da

³² Ahmad, Hewitt e Ruggiero; 1997, pg. 25-33, in ob. cit. Cabral, Nazaré, 2013, como o princípio da eficiência pelo benefício, ou seja, as despesas são realizadas em consonância com a programação do orçamento e a prestação de contas (*accountability*).

³³ Trata-se de um fenómeno descrito pela primeira vez por Amilcare Puviani (1903) e retomado por Buchanan (1967). O fenómeno é descrito como a organização

responsabilidade e do rigor na gestão local. Ela é, por fim, geradora de uma certa esquizofrenia nas relações financeiras definidas entre os diferentes níveis de decisão: grande independência dos níveis locais quanto às decisões de despesa; dependência excessiva destes perante o Estado Central, muito para lá do justificado, relativamente às opções e fontes de financiamento.

Entre nós, quando verificamos os preceitos sobre atribuição de funções consagrados na Lei nº 17/2010, denota-se que tanto ao nível provincial como municipal, a existência de um conjunto de funções genéricas e sem diferenciação entre os referidos níveis de Governo. O que constituiria um incentivo à liberdade de programação da despesa, na perspectiva do novo paradigma económico da economia da “escolha pública”, com base nas atribuições de funções em obediência ao princípio do benefício, e deixaria às administrações descentralizadas uma grande liberdade na sua programação, tendo como orientação a eficiência económica. Mas o que acontece na realidade é que neste caso específico não havendo liberdade de arrecadação e nem conhecimento claro dos critérios de devolução de recursos financeiros, esta perspectiva acaba por perder o seu alcance.³⁴ Existem também mais alguns argumentos que jogariam contra o princípio da eficiência pelo benefício e a prestação de contas (*accountability*), na situação actual de Angola, nomeadamente, o facto de sermos ainda uma jovem democracia, a falta de hábitos de prestações de contas e o ainda baixo grau de participação dos cidadãos na vida da administração local (no caso da prestação de contas pelo critério da cidadania). O que justificaria então, uma conjugação das duas perspectivas, tanto a normativa e funcional como a mais liberal com base no princípio do benefício, de modo a conferir alguma liberdade de programação.

dos impostos com o objectivo de levar os contribuintes a pensarem que os impostos a que estão sujeitos são menos onerosos do que na realidade são, para fazerem com que o contribuinte atribua um maior valor aos bens e serviços fornecidos pelo Estado.

³⁴ Note-se que tanto na Lei 30/10 como na actual Lei 40/18 estão pautados os critérios de devolução as receitas aos níveis subnacionais (provincial e municipal o problema se coloca na sua efectivação prática, no qual até ao momento, de acordo com entrevistas realizadas tanto aos responsáveis provinciais como municipais a prática se pautava pelo critério orçamental do duodécimo e de forma aleatória.

Muitos autores defendem ainda a perspectiva normativa como muito forte e necessária, visto que ela permite a estruturação de critérios claros que orientam as grandes decisões em matéria de descentralização financeira, por vezes até com projecções no plano jurídico-constitucional³⁵. Numa procura, a partir dos argumentos tradicionais, fundados na tríade de Musgrave, “eficiência microeconómica-redistribuição-estabilização”, para definir melhor as balizas que podem levar, nuns casos à opções pela solução de descentralização, noutros à defesa de soluções centralizadoras. Para além disso, justificam ainda a existência de limites ou balizas à descentralização, com base no argumento da preservação do mercado comum interno.

São dois os argumentos que reforçam as suas posições: o objectivo de eficiência microeconómica e da eficiência financeira. Partindo da eficiência microeconómica, e do teorema da descentralização de Oates³⁶

³⁵ Ibidem ob.cit; Cabral, Nazaré, 2013.

³⁶ Cf. Teorema da descentralização de Oates (**W. E. Oates em Fiscal Federalism de 1972**). Segundo Oates, uma solução uniforme, como a centralizada, não permite satisfazer todos os indivíduos que sera possível adoptando uma solução descentralizada. O que implicaria perda de bem-estar para os indivíduos deixados insatisfeitos. Uma oferta diferenciada territorialmente só seria alcançável na presença de uma descentralização institucional.

Por outras palavras Oates mostra que a solução centralizada no fornecimento de bens públicos locais não é Pareto eficiente, uma vez que é possível melhorar o bem-estar de certos indivíduos, sem diminuir a de outros através da solução descentralizada.

As hipóteses sobre as quais o teorema é construído, além dos pressupostos de preferências diferenciadas territorialmente e da oferta de um bem público local, são essencialmente quatro.

1) A primeira é que, na solução centralizada, os bens são fornecidos em igual medida em todo o território nacional. Na realidade, nada impede que o governo central articule a oferta de um bem público de maneira diferente nas diferentes jurisdições. Mas tal escolha implicaria custos mais altos devido às dificuldades que o governo central teria que enfrentar. É difícil tanto na organização como nas dificuldades que a administração central teria para reunir as informações necessárias e para organizar a produção de diferentes maneiras. É improvável que o Estado adote uma solução territorialmente diferenciada na oferta de determinado bem público.

2) O custo marginal do fornecimento de bens públicos é constante, em outras palavras, pressupõe que não haja economias de escala na produção; no entanto, não é uma hipótese muito realista. Pelo contrário, na presença de economias de escala na produção e de vários níveis intermediários de governo, a solução descentralizada no nível mais baixo pode não ser necessariamente a solução ideal.

tem-se o argumento de que a provisão eficiente de bens colectivos ou de serviços públicos locais, com base num princípio de benefício, não é absoluto. Pode, pelo contrário, dar-se a necessidade ou de recentralização de competências, ou de criação de mecanismos de compensação financeira aos subníveis de decisão, designadamente através da partilha, sempre que ocorram as seguintes vicissitudes:

- Externalidades espaciais. Estas ocorrem quando os benefícios ou os custos dos serviços públicos sejam sentidos pelos não-residentes das circunscrições locais em apreço (*spillouts*), ainda que residentes em circunscrições vizinhas ou próximas. Além disso, existe um conjunto de bens colectivos, cujos benefícios são, pela própria natureza do bem, de alcance nacional. É o caso, por exemplo, da Defesa e dos Assuntos Externos;
- Economias de escala. Alguns serviços, para poderem ser melhor assegurados numa óptica de custo-eficácia, requerem que a provisão respectiva seja concretizada a uma escala superior do que o nível local (designadamente, a realização de infra-estruturas com um custo fixo inicial muito elevado). É o caso que acontece, por exemplo, com os transportes colectivos, com o fornecimento

3) O teorema implicitamente assume que a área em que se estendem os efeitos da actividade levada a cabo por uma jurisdição coincide com a área de administração do mesmo, ou seja, que a aplicação incorpora o princípio da correspondência. Na realidade, as duas áreas podem não ser equivalentes, e isto pode gerar efeitos colaterais dos benefícios, que são devidos a ineficiências, que precisam de ser corrigidas com os regulamentos apropriados ou compensados com transferências a partir do centro.

4) A última hipótese do teorema é colocada no sentido em que as preferências dos indivíduos da mesma comunidade local estão distribuídas de forma idêntica, ou mais precisamente, de modo que a falta média de homogeneidade das preferências é menor na comunidade do que no nível nacional. Ainda é possível demonstrar a superioridade da solução descentralizada em relação à centralizada com base no critério democrático, levando-se em consideração a percentagem de indivíduos satisfeitos pela solução. Mas, com base no critério económico utilitarista de maximização do bem-estar, devemos distinguir dois casos: o primeiro em que indivíduos com preferências muito diferentes residem na mesma jurisdição e que a solução centralizada em termos de bem-estar se coloca, quando a falta de homogeneidade de preferências é maior nos níveis subnacionais do que no nível nacional.

de água e com o tratamento de resíduos, designadamente, mas não só, nas grandes áreas metropolitanas;

- Custos administrativos e de cumprimento. Uma administração tributária centralizada envolve normalmente custos administrativos e de cumprimentos mais baixos, associados ao financiamento dos serviços ou bens colectivos locais.

Para além da eficiência microeconómica, tem-se que ter em atenção a eficiência financeira, pois a descentralização pode conduzir à ineficiências fiscais. Na verdade, a descentralização de decisões conduz a diferentes benefícios fiscais líquidos, benefícios imputados à prestação de serviços públicos locais menos o esforço fiscal, e que estes ficam a dever-se, fundamentalmente, a uma capacidade fiscal não homogénea das diferentes circunscrições locais. Assim sendo, como já assinalava Musgrave, uma jurisdição mais rica pode fornecer um nível superior de serviços públicos com níveis de tributação mais baixos. Este benefício fiscal líquido encorajaria os indivíduos a deslocarem-se para áreas mais ricas em recursos, ainda que isso não se ficasse a dever a quaisquer oportunidades económicas adicionais. Haveria, assim, uma alocação ineficiente de recursos, uma vez que as decisões de localização das pessoas ficar-se-iam a dever à percepção do rendimento bruto, rendimento privado mais o benefício fiscal líquido menos o custo da mobilidade, auferido na nova localização, ao passo que a eficiência económica ditaria que se atendesse, antes, à consideração tão-só do rendimento privado menos o custo da mobilidade.

Pesem estes efeitos ambivalentes, mantém-se válida e necessária a preocupação de controlar os efeitos negativos da concorrência financeira entre governos locais. De resto, se ela se faz sentir quando assumimos a descentralização do lado da despesa (e a possibilidade de as entidades locais competirem entre si através dos instrumentos de despesa), assume especial evidência quando se associa a descentralização do lado da receita tributária.

Embora seja bastante convincente que o papel substancial dos Governos locais no processo de desenvolvimento nacional, e não apenas na posição formal relativamente à legislação e no sistema governamental depende, entre outros factores que são tratados mais

adiante, das funções que lhes forem atribuídas e dos meios que lhes forem conferidos para a realização dessas funções. Depende ainda da capacidade que os Governos locais tenham de criar e gerir uma serie de serviços de utilidade pública e que contribuam para o desenvolvimento de determinado nível subnacional de governo. Por isso, essas funções têm de estar estreitamente associadas às necessidades básicas e de desenvolvimento de serviços públicos de natureza local, pois, do contrário, os Governos locais deixam de ter expressão e, portanto, de poder actuar efectivamente no processo de desenvolvimento económico e social.

Mas um outro desafio prende-se com a capacidade de gestão dos governos locais. A atribuição de funções aos Governos descentralizados não poderá ser realizada apenas com o objectivo geral de melhorar as políticas públicas, mas também coloca novos desafios na gestão das despesas públicas, prestação de serviços e impostos. Os governos locais estão melhor posicionados para fornecer certos serviços, atendendo que estão mais familiarizados com as necessidades dos residentes, mas esta vantagem não é por si uma garantia de eficiência e uma justificação da descentralização das funções. Para satisfazer a procura, as autoridades governamentais locais têm que ter capacidade de gestão. Esta qualificação diz respeito à utilização de recursos humanos e da capacidade do governo local para encontrar pessoas com conhecimento técnico e habilidades de gestão nas funções descentralizadas.

Como forma de resolver em parte o problema da capacidade de gestão dos governos locais, é concebível a contratação de competência profissional em serviços especiais. Mas não é possível manter uma autonomia local significativa quando a perícia falhar em muitas funções. Quando a prestação de serviços externos (*out-sourcing*) torna-se regra a nível local, os moradores provavelmente irão forçar a transferência das responsabilidades para o nível mais elevado, com o governo local a perder influência, sobretudo, informal e poder na concepção de políticas³⁷.

³⁷ Ehtisham Ahmad; Giorgio Brosio; *Handbook of Fiscal Federalism*; Published by Edward Elgar Publishing Limited; USA 2006; pg. 290-301.

Por último, estando perante uma situação de inexistência de regras claras ou um regime jurídico claro relativamente aos critérios de afectação de receitas arrecadas ao nível local, tal facto poderá conduzir, tal como visto anteriormente, ao fenómeno da ilusão fiscal³⁸, o que poderá contribuir, em certos contextos, para a fragilização da responsabilidade e do rigor na gestão local. Geradora de relações financeiras definidas entre a grande independência dos níveis locais quanto às decisões de despesa, também originada por critérios de atribuição excessivamente abrangentes, como é o caso, e excessiva dependência destes níveis perante o Estado central relativamente às opções e fontes de financiamento.

IV. Uma proposta para a Conformação da Descentralização Tributária

4.1. *Enquadramento*

Chegados a este ponto de exploração ao longo desta dissertação, importa tecer algumas ilações que entendemos como sendo de grande relevância. A análise realizada permitiu-nos concluir que a configuração do processo de descentralização num determinado país pode ser independente do modelo político, porque se trata de um processo essencialmente jurídico-económico. Contudo um modelo de descentralização eficaz só poderá ser criado e implementado se houver vontade política para tal. A descentralização é um processo dinâmico, mas condicionado à convergência de objectivos nacionais.

Ao entendermos a descentralização como um processo jurídico-económico significa por um lado, uma compreensão do alcance da sua grande finalidade como um processo de recriação de recortes territoriais que sejam capazes de gerir ou reinventar recursos próprios em favor de um resultado beneficiante e colectivo. Por outro lado, tal

³⁸ Entenda-se aqui ilusão fiscal não somente associada à percepção do esforço fiscal pelos indivíduos ao nível local mas também ao fraco ou nenhum empenho dos governos locais em demonstrar que os tributos pagos pelos contribuintes têm equivalência com os bens e serviços fornecidos.

actuação só se poderá desencadear e se desenvolver se encontrar uma base de direitos e obrigações que interliguem as partes envolvidas, num sistema jurídico favorável e num regime de normas onde a construção do processo de descentralização se possa apoiar.

Mas, tratando-se de um processo de grande dinamismo social, exige ao nível jurídico uma particular atenção à densidade de normalização, pois se as lacunas jurídicas perante este processo poderão conduzir à improvisação, o excesso de normalização poderá levar à estaticidade do mesmo.

Como temos vindo a observar vários são os problemas que se levantam em sede de finanças locais, desde as diversas categorias de meios financeiros de que os Governos locais necessitam para dar corpo às competências que lhes são atribuídas na concretização do exercício dessas competências, ao equilíbrio entre as despesas necessárias para satisfazer as necessidades das populações locais, bem como o controlo desse equilíbrio e a relação entre o nível local e o nível central. Na escolha dos tributos locais deve-se ter em conta a evolução económica nacional, a evolução económica local, e por outro lado, as necessidades de despesas e tipologia de prestação de serviços pelos governos locais.

Os impostos em especial, devem acompanhar o desenvolvimento de forma neutral (princípio da neutralidade), ou seja, não devem influenciar o curso do desenvolvimento económico, a não ser que sejam impostos extrafiscais. Significando de facto que o impacto da sua arrecadação não deve resultar na contracção do desenvolvimento económico, mas deve sim influenciar e incentivar o desenvolvimento económico promovendo a justiça económica seguindo o princípio da justiça fiscal. Sendo esta última razão, uma das profundas justificações da descentralização fiscal, esperando-se como consequência a responsabilização fiscal e financeira do nível subnacional.

Das observações feitas relativamente à relação entre a descentralização política e a descentralização fiscal, poderemos verificar como corolário que a descentralização política é tacitamente aceite como a base para uma descentralização fiscal ou tributária mas não é por si só garante do sucesso de uma descentralização fiscal ou tributária, logo a descentralização fiscal também pode ser bem-sucedida através de um processo de desconcentração política e descentralização fiscal ou

tributária. Sem querer deixar de reconhecer as vantagens de uma descentralização política ao nível da liberdade de participação e possível envolvimento nas tomadas de decisões e controlo do nível local por parte dos cidadãos, de acordo com as teorias económicas da *Escolha Pública*³⁹.

Deve-se entretanto, estar ciente da necessidade de uma grande vontade política para a descentralização, que envolve um processo de regulação, coordenação política e controlo, factores vistos como fundamentais entre o sucesso ou insucesso dos processos de descentralização financeira e fiscal.⁴⁰ Entretanto, embora os preceitos estudados ao longo desta análise nos leve a concluir pelas vantagens da descentralização, importa sublinhar, de acordo com Basta e Fleiner⁴¹, “(...) que a descentralização ou centralização são os dois polos da

³⁹ Consubstanciada à noção de descentralização resultante da perspectiva da Escolha Pública em que os custos (receitas públicas) tendem a focalizar-se na tributação segundo o benefício, considerando-se como mais eficiente o financiamento com recursos locais, relegando o uso de transferências como uma situação de excepção, de carácter selectivo e com contrapartidas.

⁴⁰ Sem nos esquecermos das teorias a favor e contra a descentralização. Na crítica teórica à descentralização, destacam-se três autores contemporâneos, todos referidos à visão tradicional de funções do governo de Musgrave: Remmy Prud'homme, Vito Tanzi e Teresa Ter-Minassian. Os dois primeiros inauguram um período de amplo debate acerca da descentralização, desenrolado em meados dos anos 90, com autores a favor (especialmente, McLure (1995) e Sewell (1996) , destacando os ganhos de eficiência proporcionados por um sistema descentralizado, e outros contra (Prud'homme (1995) e Tanzi (1995)), enfatizando os efeitos danosos sobre a política macroeconómica e a distribuição do rendimento. Prud'homme (1995) é o primeiro a questionar as bases teóricas dos processos descentralização e a condenar seu uso indiscriminado sem considerar possíveis efeitos danosos, em especial, nos casos dos países em desenvolvimento acompanhados pelo Banco Mundial. O contraponto que estabelece entre a descentralização e a administração económica nacional, refere que a descentralização complicaria o exercício da função estabilizadora exercida pelo governo central. Argumenta que, para actuar de maneira relevante nessa esfera, o Governo central deveria ter peso em termos de arrecadação tributária e de despesas, o que passaria a não ocorrer em sistemas com elevados níveis de descentralização fiscal e financeira. Além deste certo resgate da visão keynesiana, o autor destaca os riscos do uso indevido de recursos, da actuação dos *rent seeking*, da má administração, os quais passaram, então, a ser localizados de forma predominante no âmbito descentralizado.

⁴¹ Basta, Lidija R. / Thomas Fleiner, *Federalism and Multiethnic States – The case of Switzerland*, Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, pg 3.

sociedade humana, que ajudam os Estados a as suas instituições a respirarem. Se estes polos deixam de funcionar sufocarão a vida social através de um centralismo autoritário ou explodirá numa anarquia e numa sociedade atomizada”.

4.2. A Configuração de alguns princípios jurídicos de base para uma descentralização tributária

O *princípio da margem de escolha local*: com base neste princípio por um lado a descentralização tributária deve reflectir o que uma determinada comunidade possa definir como bem-estar. Por outro, temos a necessidade de equalização do desenvolvimento de um país que limita esta escolha à uma margem definida geralmente pelo Governo Central, como visto anteriormente relativamente à teoria normativa de Musgrave.

A argumentação deste ponto de vista não descarta o facto de que a margem de escolha local da maioria através da “escolha pública” nem sempre implica a escolha da melhor solução administrativa, em termos tributários, ou seja, aquela que melhore significativamente a qualidade de vida da população. Em termos tributários, o sucesso da “escolha pública” se reflete melhor numa conjugação entre a “boa escolha local” e a “boa escolha central”.

O *princípio da eficiência*: trata-se de uma eficiência em sentido lato, ao contrário da eficiência associada à maximização da cobrança de impostos. Aqui a eficiência significa a maximização da arrecadação de receitas tributárias ao menor custo administrativo, económico e social, para tal e conseqüentemente, poderemos apontar uma eficiência administrativa e financeira que significará a capacidade de cobrar tributos e incentivar simultaneamente a economia e a organização social local na perspectiva do desenvolvimento local. Neste sentido ao contrário da descentralização política, a descentralização tributária depende da referida eficiência administrativa, significando que independentemente da “cor política” que vença as eleições políticas subnacionais cabe à sua capacidade administrativa cumprir com a maximização da arrecadação das receitas para a realização das despesas pública à custos

administrativos, económicos e sociais incorrosivos ao tecido social e económico. Significando que a arrecadação de receitas não deverá diminuir a qualidade de vida dos habitantes e nem diminuir a decisão de investimentos por parte dos agentes económicos, pelo contrário deverá incentivar o investimento. Logo a descentralização tributária ao depender da eficiência administrativa, a “escolha pública” tem essencialmente um papel de permitir a procura de alternativas caso não haja capacidade de alcance da necessária eficiência pela “cor política” em função.

O *princípio do incentivo*: este princípio é visto como a capacidade que as instituições públicas locais possam ter para incentivar a organização económica e social na perspectiva da melhoria da capacidade contributiva dos seus habitantes, sejam eles pessoas singulares ou colectivas. O incentivo poderá também implicar uma concorrência intranacional, ou seja, entre jurisdições subnacionais. Neste âmbito o sistema normativo sobre a descentralização deve conter preceitos que proporcionem incentivos à concorrência fiscal sem deixar a perspectiva equalizadora para os níveis territoriais menos produtivos. O princípio do incentivo poderá significar por exemplo uma margem de alíquotas do imposto sobre o rendimento deixado para o nível local como para fixação pelos níveis subnacionais com o objectivo de atrair sedes de empresas.

Por outro lado, ao nível nacional a legislação que pretenda incentivar o investimento ao nível local deve conter uma componente equalizadora previamente estudada e realista da situação subnacional. Ao contrário do que sucede actualmente com a legislação sobre o investimento privado (Lei nº 16/18) que divide os níveis subnacionais em termos de zonas com alíquotas diferenciadas para a concessão de benefícios fiscais, mas por exemplo incluía as Províncias da Huíla e Benguela ao mesmo nível de Luanda, sabendo que Luanda se distancia significativamente de todas as demais províncias por excesso de concentração política, administrativa e de infra-estruturas, esta medida vem afastar ainda mais as províncias equiparadas à Luanda no que se refere à fixação de sedes de empresas.

O *princípio da coerência normativa e económica*: a coerência do sistema normativo em si e a coerência entre o sistema normativo e a

realidade económica deve ser um exercício constante, sobretudo no que se refere à descentralização tributária. De facto a descentralização tributária tem sido regulamentada através de diferentes normas esparsas em legislações específicas e muitas vezes sem a devida consideração por aspectos relativos à coerência, como é o caso da desconsideração económica, já referido anteriormente, relativo às províncias menos capacitadas em termos de infra-estruturas do que Luanda, colocadas ao mesmo nível no que se refere aos benefícios fiscais, impedindo-as de concorrer na atracção de sedes de empresas, ou ainda o facto das derramas municipais constantes do Código Mineiro serem inviabilizadas pelo método da atribuição de receitas por duodécimos.

4.2. A conformação fiscal na perspectiva da descentralização

A política fiscal não tem por si só o mérito de incentivar o crescimento da microeconomia e muito menos da microeconomia local. Pode pelo contrário, desincentivar o crescimento da microeconomia (ineutralidade fiscal), através da diminuição ou aumento dos preços da oferta e diminuição do consumo no mercado, traduzindo-se por sua vez no desincentivo ao investimento. Por isso a política fiscal deve ser integrada com políticas sectoriais sobretudo no que se refere ao desenvolvimento de infra-estruturas locais, recursos humanos compatíveis e o ordenamento do território. De facto, este último é um dos aspectos mais importantes referentes às estratégias de descentralização políticas, administrativas ou tributárias. Controlar o número de residentes e saber onde estão, permitirá traçar estratégias de descentralização mais realistas, e este tem sido um aspecto descurado por muitos países em desenvolvimento onde se inclui Angola.

Na tarefa de determinação de impostos próprios para os níveis sub-nacionais (tendo em conta que ainda não existem) haverá que tomar-se em consideração que tratando-se de receitas tributárias que integram o sistema fiscal geral deverão estar subordinadas, ou pelo menos ser patíveis, com princípios que regem o sistema fiscal, como, por exemplo o princípio da legalidade, da igualdade (capacidade contributiva e da justiça fiscal), do benefício, da simplicidade e da neutralidade.

A inserção no sistema tributário nacional, o qual para efeitos doutrinários segundo o critério do âmbito da respectiva aplicação territorial comporta impostos de âmbito nacional e de âmbito local e se justifica que na concepção que se faça dos impostos locais, se estabeleça a harmonização necessária entre aqueles e estes, isto é, que os objectos prosseguidos quer pelo poder central, quer pelo nível subnacional, justifiquem o tipo de impostos atribuídos.

Tal facto comportaria uma reforma fiscal cujas linhas de força, inevitavelmente, apontam para uma transformação profunda da estrutura fiscal, descartando a hipótese de uma transformação conjuntural de meros ajustamentos para se adaptar às situações económicas e sociais. Entretanto, esta necessária reforma deverá comportar princípios administrativos da simplicidade e da eficiência a serem profundamente estudados, no qual por exemplo a estrutura dos impostos poderia integrar adicionais ou adicionamentos aos impostos nacionais de maior elasticidade, conjugados com a partilha entre o nível central e o nível subnacional. Um quadro de impostos estruturado com base em adicionais ou adicionamentos apresentaria como vantagens: o lançamento simples, sem necessidade de recurso à serviços especiais e cobranças locais e sem dispêndios maiores para o nível subnacional. Os inconvenientes, porém, poderão ser a menor produtividade do imposto devido a falta de flexibilidade pela sua não adaptação a todos os níveis subnacionais, por isso uma margem de majoração e minoração local seria neste caso de grande relevância.

Constituem inconvenientes da partilha de impostos a diminuição de autonomia financeira dos subníveis, em prejuízo da liberdade destes poderem decidir sobre a escolha e administração dos recursos financeiros de que necessitam; a atribuição de uma soma inferior de receitas fiscais às necessidades de certos níveis subnacionais, por exemplo ou ainda a partilha de impostos pouco produtivos no nível local o que consequentemente levará ao desincentivo na sua produção e arrecadação. Em contrapartida aos impostos autónomos que são os que apresentam como vantagens a sensibilidade para com o contribuinte, a melhor correspondência com o princípio da descentralização, bem como a sua melhor adequação à natureza das despesas locais.

Com o objectivo de eficiência económica e realização da justiça financeira e fiscal, a estrutura de impostos locais assentaria na criação de impostos conjugados com a partilha dos impostos estaduais e conjugação com os impostos adicionais ou de adicionamentos. Uma reforma nestes moldes obrigaria a determinação de competências e avaliação de eficiências na arrecadação ao nível local bem como a determinação dos impostos que melhor serviriam aos objectivos de eficiência da cobrança local e a sua relação com o nível nacional.

A concretização de alguns impostos para os níveis subnacionais, deverá ainda ter em conta os desníveis de desenvolvimento económico e sociais subnacionais, os desníveis de recursos naturais subnacionais e as preferências culturais subnacionais, entre outros aspectos sócio económicos, tal como analisados anteriormente.

4.2.1. A tributação do património imobiliário

A forma mais comum de tributação local é a que recai sobre o património imobiliário, trata-se de impostos que se baseiam no princípio do benefício (este princípio já se encontra postulado no artigo 13º do CGT) e, geralmente, as suas receitas destinam-se aos vários fins infra-estruturais, nomeadamente, construção de estradas e arruamentos, redes de esgotos, recolha de lixos, etc. À partida, as razões que estão na preferência pelo imposto sobre a propriedade imobiliária se explica pelas várias vantagens que são atribuídas a este imposto, designadamente, a sua fácil percepção por parte dos contribuintes da necessidade de repartição da carga fiscal em função dos benefícios conseguidos (por exemplo a valorização da localização da propriedade), por comportar custos administrativos não muito elevados para a sua cobrança, além de se tratar de um imposto pouco permissivo à evasão fiscal⁴².

Trata-se de um imposto que pode recair sobre a propriedade rústica, urbana ou mista, e que poderá incidir sobre todo tipo de propriedade imobiliária de natureza comercial, industrial, habitacional e institu-

⁴² Shah, Anwar, *Fiscal Decentralization in Developing and Transition Economies*, World Bank Working Paper 3282, April 2004; pg.17-18.

cional. A taxa deste imposto, cuja determinação é feita através de métodos de avaliação patrimonial, pode ter base legal nacional ou ser aplicada segundo a discricionariedade da autoridade local, mas neste caso fica sujeita a um tecto mínimo e máximo legalmente previsto. A taxa varia consoante o tipo de propriedade que é aplicada, de acordo com as políticas imobiliárias.

Os métodos de avaliação possíveis para a determinação da taxa assentam nos seguintes factores: o valor anual das rendas (potencial rendimento do proprietário sobre o arrendamento); o valor do capital da propriedade construída (o potencial valor de venda de mercado do terreno e respectivas edificações); o valor do terreno sem construções (o potencial valor de venda de mercado do terreno sem construções).

Apesar das diversas vantagens que são atribuídas ao imposto sobre a propriedade como um bom imposto local, este não está imune às várias críticas, como será o caso de se tratar de um imposto pouco dinâmico, que não acompanha o aumento das despesas (provocadas por factores como a inflação, o crescimento da população, o aumento dos padrões sociais de vida), pelas dificuldades que se colocam ao seu ajustamento (o que só pode fazer-se através das avaliações cadastrais) cuja periodicidade não é a desejável pelo seu carácter regressivo, visto que não atende à capacidade contributiva dos contribuintes e que apenas é extensivo a proprietários, ficando deles isentos os demais contribuintes que também beneficiam dos serviços prestados pelos Governos locais.

Angola tem uma nova revisão ao Código do Imposto Predial Urbano tributando a propriedade de construções sobre o seu rendimento e sobre a sua detecção⁴³. A nova actualização segue as linhas preceituais da legislação original (Diploma Legislativo n.º 4044 /70) em que o imposto se configura com base no princípio da legalidade tributária, de acordo com o seu preâmbulo “(...) vinculado a regras de força constitucional e subordinado ao supremo império da legalidade que caracteriza o moderno Estado de Direito.” Esta justificação

⁴³ A tributação de rendimentos prediais nacionais constitui uma receita fiscal de tradição em muitos países subdesenvolvidos e mesmo em países industrializados, como é o caso de uma boa parte dos países da OCDE.

serviu em 1970 como base para se renominar a antiga “Contribuição Predial” em “Imposto Predial Urbano”, na realidade o que aconteceu foi que com esta renominação retirou-se sim a legalidade subjacente ao princípio do benefício, transformando o pressuposto da bilateralidade associado à contribuição em prestação unilateral associada ao conceito de imposto. Esta característica se mantém na nova revisão ao código do Imposto Predial Urbano (Lei nº 18/11). Um dos corolários desta nova forma de nomenclatura poderá ser entendido a partir da actual legislação portuguesa no qual não se faz a distinção entre prédio urbano e terreno para construção, distinção que fazia sentido na vigência do Código da Contribuição Predial, segundo o qual os terrenos para construção não são prédios, por não produzirem rendimento. Tal diferenciação já não se justifica tendo em conta que o imposto sobre a propriedade imobiliária incide sobre o património, nos termos do Código da Contribuição Autárquica. Em Angola este imposto não tributa a propriedade de terrenos rústicos ou urbanos⁴⁴.

Tentando ultrapassar a problemática sobre a nomenclatura, ou forma, associada ao princípio do benefício subjacente ao imposto sobre a propriedade imobiliária, se olharmos para a matéria que se pretende tributar, a substância, verificamos que os objectivos da base de incidência do imposto predial urbano é a detecção de imóvel e o seu rendimento, quando alugado. Sendo um imposto de quota variável proporcional, a partir de um montante fixo de 50.000,00 kwanzas até ao qual o proprietário beneficia de uma isenção⁴⁵, e permitindo deduções de até 40% das bem-feitorias sobre os imóveis alugados.

Voltando ao foco da tributação do património como um imposto local para a realidade angolana, não se poderá descurar na sua argumentação ao favor das vantagens já referidas, relativamente à proximidade e facilidade de percepção dos contribuintes locais de tal imposto, como também, e sobretudo, do princípio do benefício,

⁴⁴ Em Angola a introdução de uma tributação sobre a detecção de terrenos urbanos e rústicos deve passar por preceitos que estejam em conformidade com a lei de terras e o seu princípio em que a terra é propriedade originária do Estado.

⁴⁵ Sem deixar de se ter em atenção à desvalorização monetária e flutuações no valor de mercado imobiliário (artigo 98º da Lei 18/11 de Abril).

substancialmente a ele associado. O que faz levantar mais uma vez a problemática da justiça fiscal associada aos impostos. De facto, tendo em conta a actual situação de degradação das infra-estruturas e edifícios das cidades angolanas, uma tributação local que vá de encontro a uma política local de reabilitação urbana torna-se um imperativo.

A implementação deste imposto ao nível local esbarra com a dificuldade, já encontrada nos países que tributam a propriedade, de ter de assentar num sistema de avaliação cadastral eficiente, resultante de uma permanente actualização do valor matricial dos prédios, assim como dos níveis de cobrança do imposto, o que se agrava caso seja gerido pelo nível local, por isso uma necessidade de cooperação com o nível central na implementação deste tipo de imposto.

Em Angola, a aplicação deste imposto encontrara inúmeras dificuldades, nomeadamente, quer pela ausência de um sistema de avaliação do valor tributável do património imobiliário, quer pelo envolvimento de recursos humanos qualificados, quer pelo efeito da oscilação da inflação e desvalorização monetária.

A determinação do sujeito passivo do imposto, se o proprietário ou se o utilizador, é matéria que não acolhe uma solução uniforme nas legislações de vários países, optando uns por apenas tributar o proprietário, outros por tributarem apenas o utilizador, neste último caso com o argumento de ser este quem colhe os benefícios que a colectividade proporciona.

Além disso, o regime jurídico deste imposto considera como não tendo capacidade contributiva quem possui uma habitação até 50.000,00 kwanzas, não tendo em conta o rendimento do detentor do imóvel. Alguém pode ter uma habitação com um valor superior ao montante estabelecido e em determinado momento da vida não ter rendimentos, como por exemplo estar desempregado, então ao ter que pagar o imposto estará a ultrapassar a sua capacidade contributiva. Ao não se considerar o rendimento, o imposto predial urbano tal como legislado poderá em determinadas situações da vida do contribuinte se convolar em confisco. Nesta senda a tributação deverá incidir sobre o valor do imóvel conjugado com os rendimentos obtidos em determinado período.

Por outro lado, em Angola a propriedade imobiliária rústica não é tributada pela sua detecção e nem pela sua exploração, embora a detecção de prédios rústicos rurais não explorados seja um dos motivos da diminuição da produção agrícola. Logo estaremos perante uma oportunidade de estabelecimento de um quadro normativo que venha tributar a detecção da propriedade imobiliária rústica não somente com o objectivo fiscal mas também extrafiscal, no que se refere ao incentivo à exploração agrícola. Entretanto, numa perspectiva da tributação da propriedade imobiliária rústica rural será necessária uma coerência com a Lei de Terras.

Ainda no domínio da propriedade imobiliária justificar-se-ia a aplicação do imposto patrimonial que incidisse sobre a detecção de veículos, neles se incluindo os automóveis e motociclos, aeronaves e barcos de recreio, mas justificando-se a tributação destes bens com base no princípio do benefício, servindo esta fonte de receitas locais para a construção, melhoramento, manutenção de estradas e outras estruturas necessárias à circulação e estacionamento desses bens.

4.2.2. A tributação da transmissão do património imóvel

O imposto sobre a transmissão de imóveis, tanto urbanos como rústicos (ainda apelidado de SISA em Angola), regulado pelo Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações⁴⁶, cuja incidência recai sobre a transmissão a título oneroso de bens imóveis, parece-nos ser um bom imposto a ser cobrado ao nível local dada a ligação dos prédios transmitidos no nível local em que estejam situados. Entretanto deverá ser passível de uma renovação no seu quadro normativo. O imposto da SISA só contempla o lado da manifestação da capacidade contributiva sobre uma despesa, não tributando o lado do rendimento do transmissor do imóvel, o que deverá mudar na perspectiva da reformulação e modernização deste imposto.

⁴⁶ Diploma Legislativo n.º 230, de 21 de Maio de 1931.

4.2.3. *A tributação do rendimento*

Face aos objectivos a que deve subordinar-se a modelação de impostos locais, a eficiência, a equidade, aos custos de administração e as necessidades locais de receitas adequadas para a realização de despesas, é inquestionável que os Governos locais devem beneficiar da capacidade de tributar os impostos sobre o rendimento.

O imposto sobre o rendimento pessoal é na maior parte dos países um imposto de âmbito nacional e cujo sujeito activo é o Governo central por constituírem uma das maiores fontes de receitas fiscais e se adaptarem especialmente para a função redistributiva e de estabilização macroeconómica, tal como analisado anteriormente e de acordo com as funções musgravianas. A sua arrecadação ao nível local implica uma serie de constrangimentos, como problemas de escala, distorções provocadas pela mobilidade dos residentes, elevados custos administrativos, entre outros. No entanto, em alguns países, os níveis locais também são sujeitos activos deste imposto através do sistema de partilha da base tributária⁴⁷. Esta seria também uma possível solução para Angola, como mais uma fonte de receita fiscal, embora sejam conhecidas as desigualdades relativas aos rendimentos pessoais com a maior concentração nas grandes cidades, além da grande dificuldade de cobrança dos rendimentos provenientes de actividades por conta própria.

Relativamente à conformação dos impostos sobre o Rendimento das Sociedades como impostos locais, já verificamos anteriormente as suas desvantagens. Mas também aí se encontram vantagens na partilha da sua base de incidência podendo ser um imposto acessório. O imposto acessório sobre os rendimentos colectivos é sempre uma receita de grande importância para o nível local, pois poderá funcionar

⁴⁷ Cf. *Ibidem*, Ambrosanio e Bordignon, 2006, pg. 326 in Cabral, Nazaré; 2013, Estes autores defendem que a atribuição deste imposto aos níveis inferiores de decisão, pode ainda justificar-se na base do princípio do benefício, ao se pensar que os serviços públicos locais são sobretudo utilizados por residentes; neste caso, os impostos sobre o rendimento pessoal devem ser aplicados a uma taxa fixa. Sem deixarem de lhe reconhecer problemas.

como um atractivo à concorrência local na atracção de investimentos privados.

4.2.4. A tributação do consumo e da despesa

Os impostos sobre a despesa ou consumo são impostos que tributam a capacidade contributiva no acto da despesa, isto é a capacidade revelada pela aquisição onerosa de bens e serviços. Este tipo de imposto pode revestir a forma de imposto geral sobre a despesa ou de impostos especiais sobre a despesa, que podem incidir sobre mercadorias (como é o caso do imposto sobre o consumo de tabaco e de bebidas alcoólicas). Ao nível local este imposto poderá ser implementado na forma de imposto sobre as vendas, cobrado tendo em conta o princípio do destino dos bens, adaptando-se bem à descentralização. Para o caso de Angola, na qualidade de país unitário a sua gestão poderia envolver tal complexidade que acarretaria deseconomias de escala e elevados custos administrativos, pelo que seria pertinente uma opção por um imposto geral sobre o consumo nacional. Sendo também uma boa fonte de receitas e um incentivo às actividades de consumo seria relevante uma partilha clara com o nível local, como já acontece em Angola relativamente as taxas aduaneiras nas províncias de fronteira e de portos. Entretanto, em Angola o grande problema que se prende com a implementação deste tipo de imposto prende-se com a acentuada informalidade da economia, um desafio que deverá ter em consideração o princípio da coerência normativa e económica, já analisados.

4.2.5. A tributação dos rendimentos dos recursos naturais como uma das principais fontes de receitas para o OGE

No caso de Angola a tributação local dos rendimentos sobre os recursos naturais reveste-se de elevada importância tanto no que se refere à necessidade de receitas para o nível local como em termos de percepção de justiça fiscal local. Sendo um país rico em recursos naturais seria justo ou socialmente e economicamente integrador a

percepção que uma parte dos rendimentos locais aplicados, provenham desses recursos locais.

Angola tem envidado esforços no sentido de modernizar os seus regimes jurídicos da exploração do petróleo e da exploração de outros minerais, mas ainda contempla somente a partilha e não a capacidade de tributar ao nível local.

Nas conjecturas relativamente ao imposto sobre os recursos naturais importa distinguir entre recursos renováveis e recursos não renováveis. Os recursos renováveis poderão entrar num modelo de exploração sustentável coadjuvado por políticas sectoriais e ambientais. Os recursos não renováveis ao serem explorados, vão constituindo uma perda irreparável para o território onde se encontram. Atendendo que estes recursos geralmente pertencem ao Estado, levanta-se a questão de se encontrar ao nível fiscal uma forma otimizadora de rentabilidade desses recursos. É o que sucede com o petróleo e outros minerais como os diamantes que são recursos não renováveis e cuja exploração contribui significativamente para o orçamento do Estado, sobretudo no que se refere à exploração do petróleo.

Ao nível do regime jurídico da tributação esses dois sectores têm regimes específicos sendo, nomeadamente, o Código da Tributação das Actividades Petrolíferas, Lei n.º 13/04, de 24 de Dezembro, e o Código Mineiro, Lei n.º 31/11, de 23 de Setembro.

O Código da Tributação das Actividades Petrolíferas contempla os seguintes impostos: Imposto sobre o rendimento do petróleo; imposto sobre a produção do petróleo (royalty) (artigo 14º); imposto sobre a transacção do petróleo (artigo 41º); taxa de superfície (artigo 52º); contribuição para a formação de quadros angolanos (artigo 57º). O Código Mineiro contempla os seguintes impostos, taxas e contribuições: imposto sobre o rendimento (artigo 238º); imposto sobre o valor dos recursos minerais (royalty) (artigo 249º); taxa de superfície (artigo 260º); taxa artesanal (artigo 264º) e senha mineira (taxa artesanal para a exploração de diamantes) (artigo 283º); taxa de concessão de licença ambiental (Decreto n.º 59/07 do – Ministério do Ambiente); fundo ambiental (artigo 267º).

Os impostos provenientes da exploração do petróleo são geridos ao nível central, sendo partilhados somente com as regiões donde o

petróleo é extraído (DP 30/10). De acordo com o artigo 8º do referido diploma, “são afectas às Províncias de Cabinda e Zaire, as receitas fiscais referentes à exploração petrolífera realizada nos respectivos territórios, cujo valor é fixado no Orçamento Geral do Estado, como uma das fontes de financiamento dos Governos Provinciais e das Administrações Municipais”. Ou seja, temos uma receita que é titularidade do Estado mas que é atribuída ao nível provincial e municipal em forma de crédito cujo montante depende do Orçamento Geral do Estado. O problema se põe no facto dos valores serem fixados ao nível do Orçamento do Estado e de não se fixarem uma quota de partilha, o que retira transparência ao método de partilha.

Quanto às receitas dos diamantes, de acordo com o n.º 1 do artigo 9º “é atribuído às províncias da Lunda-Norte, da Lunda-Sul e do Moxico, anualmente, 10% do imposto do rendimento e 10% do imposto de produção (royalty), proveniente da exploração diamantífera realizada nos respectivos territórios (...)” o que se afigura uma partilha mais clara. Além disso, o Código Mineiro prevê um adicional de 5% da colecta do imposto sobre o rendimento que deverá reverter a favor do município onde se encontra a mina (artigo 245º).

De facto, no que se refere às posições de atribuição ou partilha dos impostos sobre os recursos minerais o método é muito diferente nos diversos países com mais recursos minerais, sendo os países federais como a Austrália e Canadá que atribuem ao nível provincial tanto o imposto sobre o rendimento como os royalties, mas na sua maioria atribuem somente os royalties⁴⁸. Dos países analisados nesta dissertação destaca-se a China que atribui a titularidade dos recursos ao nível central, partilhando com o nível territorial de origem do recurso, um royalty ad valorem, denominado de taxa de compensação dedutível do imposto de renda, cuja receita é partilhada entre o governo central e os governos locais.

A tributação dos recursos minerais e atribuição ou partilha com os territórios onde se efectua a exploração tem sido tema de diferen-

⁴⁸ Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes – A summary of rates and rules in selected countries, Global mining industry update, PWC, June 2012.

tes debates pelo facto dos recursos serem esgotáveis ou renováveis, mas também devido ao facto de que esse tipo de exploração acarreta normalmente elevados danos ambientais para o território onde são explorados. Por isso, as políticas tributárias envolvem não somente mecanismos de arrecadação de receitas, mas também políticas extra-fiscais de tributação para diversas compensações como por exemplo as ambientais.

A forma como os tributos são alocados aos níveis territoriais de exploração dos recursos deve ser transparente, pois trata-se de fontes substanciais de receitas. A este propósito o International Monetary Fund publicou um Guia de Transparência da Receita dos Recursos Naturais⁴⁹ que contempla um código de boas práticas para transparência fiscal no qual: “O público deve ser plenamente informado sobre as actividades fiscais passadas; presentes e programadas e sobre os principais riscos fiscais; As informações fiscais devem ser apresentadas de uma forma que facilite a análise de política económica e promova a responsabilização; Deve-se assumir o compromisso de divulgar as informações fiscais tempestivamente; As informações fiscais devem satisfazer normas aceites de qualidade de informações; As actividades fiscais devem seguir procedimentos internos de supervisão e salvaguarda; As informações fiscais devem ser objecto de escrutínio externo”⁵⁰.

⁴⁹ A Noruega constitui um exemplo da melhor prática nesse aspecto. O Ministério do Petróleo mantém publicações regulares na Internet, inclusive informações actualizadas regularmente sobre o sector do petróleo do país, que abrangem os quadros regulatório e fiscal (<http://www.regjeringen.no/en/ministries/oed.html?id=750>). O regime de impostos/royalties tem como base o imposto regular sobre as sociedades (28% em 2003), ao qual se acrescenta um imposto especial de 50%. A política de depreciação e as deduções previstas no cálculo do imposto normal e do imposto especial são claramente especificadas. Além disso, as empresas pagam royalties sobre a produção (uma imposição que está sendo abandonada em estágios progressivos), taxas de superfície e o imposto sobre o carbono. O governo também recebe dividendos de sua participação accionaria (na sua maioria em campos de petróleo e sistemas de transporte na plataforma continental).

⁵⁰ Fundo Monetário Internacional; *Guia para a Transparência da Receita dos Recursos Naturais*; 2007.

4.3. A conformação das Taxas como tributo importante dos níveis subnacionais

A figura da taxa como tributo se justifica em domínios onde seja possível estabelecer um preço público pela prestação de um serviço público, devido à utilização de bens do domínio público, pela remoção de um limite jurídico à actividade dos particulares ou pela cobertura de custos administrativos. Neste ponto nos interessa aferir o alcance da taxa como uma figura tributária que constitui um meio de obtenção de receitas dos níveis subnacionais ou, tradicionalmente, dos municípios vistos como a entidade estatal de maior proximidade aos residentes.

As taxas praticadas nos níveis subnacionais, estão inseridas no Regime Geral de Taxas (Lei nº 7/11 16 de Fevereiro) no qual já tivemos oportunidade de analisar o seu enquadramento jurídico, entretanto, comungando todos os pressupostos que estão na base da criação das taxas em geral (artigo 4º)⁵¹ e a sua criação se baseia nos princípios fundamentais da proporcionalidade e da justa repartição dos encargos públicos, do interesse público e da publicidade (artigo 8º).

Entretanto, as taxas dos níveis subnacionais em Angola também estão enquadradas juridicamente no âmbito de diplomas legislativos para a administração local, nomeadamente, o artigo 7º da Lei nº 30/10 de 9 de Abril em que as taxas são aí designadas como “Receitas de Serviços Municipais”, sendo o nº1 do referido artigo com a seguinte redacção: “Constituem receitas da administração local, o produto da cobrança de taxas, de licenças diversas e da prestação de serviços que dão entrada na conta única do tesouro nacional, através do documento de arrecadação de receitas...”⁵² Na sequência deste diploma tem-se o

⁵¹ Estes pressupostos seguem a doutrina internacional, no qual as taxas são “prestações avaliáveis em dinheiro, exigidas por uma entidade pública” que se justificam “como contrapartida individualizada pela prestação concreta de um serviço público, pela utilização de um bem do domínio público, ou pela remoção de um obstáculo jurídico à actividade dos particulares”.

⁵² Note-se que esta redacção se refere à “taxas”, como preços públicos, e “prestações de serviços”. O que leva a algumas dúvidas em termos doutrinários sobre o pensamento do legislador ao separar as prestações de serviços (como um preço) das taxas (como um preço público que já engloba as prestações de serviços).

Decreto Presidencial nº 287/11 de 1 de Novembro que estipula a Tabela de taxas, Licenças, Multas e outras receitas a cobrar pelos Órgãos do Poder Local. Estas tabelas de taxas são fixadas em unidades de coeficiente fiscal (UCF) com carácter progressivo por diferenciação territorial (as taxas cobradas são maiores nos grandes centros urbanos e vão decrescendo de acordo com critérios de carência económica). Embora se pretenda entender as preocupações de justiça fiscal por parte do legislador, a característica de progressividade atribuída às taxas é contrária à doutrina e leva-nos a questionar se não se estará perante uma convalidação de taxas em impostos.

O financiamento da actividade dos municípios pelo produto de taxas e tarifas tem sido apontado como uma alternativa ou um complemento para a impossibilidade de serem aplicados impostos locais, sempre que esteja em causa a preservação do princípio da equivalência tributária. Ainda assim, será necessário reconhecer que apesar da capacidade das taxas em gerar receitas, não permitem dispensar, ou substituir, qualquer das outras maiores fontes de receitas dos órgãos subnacionais. De facto, são os impostos as fontes puras de arrecadação de receitas, em doutrinas onde o princípio da capacidade contributiva se sobrepõe ao da igualdade ou do benefício fiscal pela difícil praticabilidade deste último.

A taxa ao apelar para ao princípio da equivalência tributária exige por sua vez que o município só consegue arrecadar receitas se tiver contrapartida para oferecer, nota-se a qualificação da taxa como tributo no qual significando que estamos perante uma prestação pecuniária e coactiva exigida por uma entidade pública em contrapartida de uma prestação administrativa efectivamente provocada ou beneficiada pelo sujeito passivo. Então para que um tributo se possa qualificar como taxa é necessário que no seu pressuposto figure uma prestação de que o sujeito passivo seja efectivo causador ou beneficiário.

Seguindo Sérgio Vasques⁵³, a equivalência é entendida, essencialmente, como o princípio subjacente à adequação do tributo público

⁵³ Princípio que nas palavras de Sérgio Vasques domina “toda a actividade legislativa e administrativa” em Portugal. Em Angola o princípio da proporcionalidade é somente fundamentado no Regime Geral de Taxas. Ainda neste sentido, cf. Casalta

ao custo que o sujeito passivo gera à administração ou ao benefício que a administração lhe proporciona. Princípio que se poderá situar no plano dogmático e de o fundamentar no direito constitucional de duas formas. No primeiro sentido, a equivalência que é retractada como a projecção do princípio da igualdade sobre os tributos comutativos, estando em causa o tratar de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é diferente. No segundo sentido, a equivalência que é representada como a projecção do princípio da proporcionalidade tratando-se de assegurar que o sacrifício trazido pelas taxas e contribuições não excede o estritamente necessário à realização do interesse público⁵⁴.

Enquanto expressão de proporcionalidade, o alcance da equivalência está na proibição de taxas e contribuições com montantes que se mostrem grosseiramente excessivos face ao custo ou valor de uma prestação. Compreendida deste modo a equivalência parece um limite superior para a quantificação dos tributos, abaixo do qual o legislador possui inteira liberdade de conformação⁵⁵.

Enquanto expressão de igualdade, pelo contrário, a equivalência revela-se um instrumento mais eficaz quer no controlo da estrutura, quer no controlo do montante de taxas e contribuições. O princípio da equivalência, enquanto expressão de igualdade não apenas lhe proíbe que fixe o montante desse tributo acima do benefício em causa, mas lhe veda qualquer diferenciação entre os contribuintes que se mostre alheia ao benefício a compensar⁵⁶. Esta última perspectiva da doutrina vem justificar as interrogações feitas acima, relativamente à diferenciação territorial das UCF perante as taxas, que contrariam os pressupostos da criação de taxas, já referidos, e os seus princípios pautados no RGT.

Nabais, O dever fundamental de pagar impostos, 1998^a, pp. 251 e ss; Saldanha Sanches, Poderes Tributários do Município e Legislação Ordinária, Fiscalidade 2001c, nº 6, pp. 117-113.

⁵⁴ Neste sentido cf. Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 1998, pp.251 e ss; Saldanha Sanches, *Poderes Tributários do Município e Legislação Ordinária*, Fiscalidade 2001c, nº 6, pp.117-113.

⁵⁵ Ob. cit. Sérgio Vasques, 2008, pg. 356-ss.

⁵⁶ Idem Sérgio Vasques, 2008, pg. 356-ss.

A concepção supra, inclui o conceito de equivalência jurídica e equivalência económica⁵⁷. Separando ambos os conceitos para melhor se caracterizar, se entende por equivalência jurídica a relação de bilateralidade que é característica da taxa, o nexó sinalagmático que nela existe entre a obrigação tributária que impende sobre o sujeito passivo e a prestação que ele efectivamente provoca ou aproveita. Enquanto, a equivalência económica assinala a relação que se estabelece entre o montante das taxas e o custo ou valor das prestações que constituem a sua contrapartida.

No que se refere à equivalência económica da taxa, tendo em conta que esta tem uma função, essencialmente, redivitória, na ausência de qualquer preocupação ou finalidade extra-financeira legalmente consagrada, a doutrina tem sistematicamente avançado a ideia de que não é exigível que ocorra uma equivalência económica entre as prestações dos particulares e os serviços prestados pelo Estado⁵⁸. O que se entende tendo em conta a posição de monopolista relativamente à maioria dos serviços prestados pelos órgãos públicos conjugados com a função social que é atribuída ao Estado actualmente nas Sociedades de Direito.

Tendo em conta a situação analisada e as precisões doutrinárias, importa relevar que apesar dos passos que Angola tem dado no sentido de um enquadramento das taxas como figuras tributárias, além das necessidades de aprimoramento próprias de um processo evolutivo que é a descentralização tributária, o que há agora a fazer é o seu enquadramento substancial, ou seja, atendendo que os tributos para-fiscais não podem ser vistos como fontes puras de receitas, e para que as mesmas se convertam numa fonte de receitas válida, é necessário que existam prestações de serviços com os seus custos associados, mas

⁵⁷ Na doutrina portuguesa é frequente distinguir-se entre equivalência económica e equivalência jurídica. Defendendo o facto de bastar ao estabelecimento da taxa o conceito de equivalência jurídica. Neste sentido, Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, 1974, pg. 44; ob. cit. Saldanha Sanches, 2001c, nº 6, pg. 130; Paz Ferreira, “Ainda a propósito da Distinção entre Impostos de Taxas: O Caso da Taxa Municipal Devida pela Realização de Infra-Estruturas Urbanísticas”, CTE, 1995b, pg. 76-77.

⁵⁸ Carlos Baptista Lobo, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, 2006, pg. 441.

também que acarretem uma serie de benefícios na sua devida e real proporção, obedecendo ao princípio da equivalência.

V. Conclusões

1. A descentralização política, administrativa e tributária justifica-se pela constatação de que as preferências dos residentes variam de comunidade para comunidade, através da descentralização as suas escolhas se adequam às suas preferências. Porém a descentralização poderá acarretar perigos associados á disseminação de unidades governamentais o que poderá intensificar as actividades de “*lobbyng*” e “*rent-seeking*” à volta das novas unidades governativas.
2. O poder tributário tem uma relevância indiscutível no contexto da autonomia local. Pois favorece a diversificação da estrutura de receitas e consequentemente a inovação e a aprendizagem de formas eficientes de intervenção de acordo com as necessidades locais.
3. A configuração do processo de descentralização tributária num determinado país pode ser independente da descentralização política, porque se trata de um processo essencialmente jurídico-administrativo e jurídico-económico.
4. O desafio da descentralização tributária poderá não estar necessariamente ligado à descentralização política, ou seja, a descentralização tributária poderá ser implementada mesmo em ambiente de desconcentração administrativa. Mas o sucesso da descentralização política depende essencialmente do sucesso da descentralização financeira e tributária.
5. Em Angola tem sido desenvolvida, essencialmente, a desconcentração das despesas para os níveis provincial e municipal. O poder de tributar e a arrecadação de receitas continuam centralizados e os mecanismos devem ser redesenhados e melhor clarificados.
6. Se a descentralização em Angola obedecer os preceitos constitucionais de igualdade de cidadania, implementando o processo

de descentralização política em todo o território (faseado ou não). Deverão ser reconhecidos os desníveis de desenvolvimento territoriais. Nesta perspectiva, a equalização tributária territorial será então um dos importantes desafios, que deverá ser promovido.

7. Quanto à descentralização dos tributos, deve-se ter em conta os princípios que estão na base da sua criação, nomeadamente, a neutralidade, a simplicidade, a igualdade e a legalidade. O princípio da neutralidade, não permitindo que afecte a relação entre os preços de equilíbrio, por exemplo originando fenómenos de deslocação. Quanto ao princípio da simplicidade, a atenção vai no sentido de se evitar a dupla tributação, situações de difícil apuramento de rendimentos, como por exemplo os rendimentos agrícolas dos camponeses. No que se refere ao princípio da igualdade (em que estão contidos os princípios do benefício fiscal e da capacidade contributiva), quanto ao princípio do benefício fiscal, ao nível local ressalta a sua percepção relativamente aos impostos arrecadados enquanto que o princípio da capacidade contributiva se torna mais eficiente ao nível nacional, na lógica da redistribuição. Quanto ao princípio da legalidade, grande atenção deverá ser dada no processo de descentralização tributária neste aspecto, sobretudo, relativamente às taxas, os tributos mais permeáveis às distorções do referido princípio.
8. No âmbito da descentralização fiscal deve-se ter ainda em conta os princípios da margem de escolha, da eficiência, do incentivo e da coerência entre o quadro normativo e económico. O princípio da margem de escolha é entendido como a liberdade que é conferida ao nível local para incrementar a sua visão de bem-estar. A eficiência é entendida em sentido lato como sendo a necessidade de intensificação da arrecadação sem deixar de intensificar o bem-estar e o desenvolvimento local. O princípio do incentivo tem a ver com a função extra-fiscal da tributação que deverá servir também como um instrumento de incentivo ao bem-estar da população local. A coerência entre o quadro normativo e económico, tanto nacional como local, tem a ver

com a necessidade de o mesmo ir de encontro à realidade económica actual ou pretendida, o que ao nível da descentralização fiscal envolve um exercício contínuo.

9. Num quadro de descentralização política por processos democráticos, cada vez mais os representantes eleitos deverão ser julgados pelas políticas que desenvolvem ao nível das esferas de actuação que representam. Ou seja, se querem mais despesa pública, ter-se-ão de confrontar com maiores exigências de lançamento de impostos e com o aumento de taxas dos mesmos; se querem menos impostos, terão de fazer menos despesa pública.
10. Este *trade-off* por parte dos representantes eleitos condiciona a pressão de autonomia local, que é imposta pelos votantes, pois a partir do momento que cada comunidade tem a oportunidade de sufragar os seus próprios custos farão maior pressão aos autarcas de acordo com os seus interesses, e estarão dispostos a suportar estes custos desde que sejam equivalentes aos benefícios, está-se perante o que Tiebout definiu como “votar com os pés”.
11. Entretanto, a autonomia e a validação das escolhas dos representantes locais também se faz pelo lado das opções em matéria de investimentos públicos (que pressupõe meios fiscais adequados) as receitas próprias, em particular as dependentes de impostos e taxas, são menos dependentes de favores e das contingências dos orçamentos do Estado e, além disso, colocam à prova os autarcas na medida em que são obrigados a um maior escrutínio por parte das populações por via eleitoral, o que não sucede se têm que gerir transferências do orçamento do Estado. A autarquia encontra desculpas fáceis para promessas eleitorais não cumpridas (no caso da “escolha pública”).
12. Dois inconvenientes submergem desta situação: um é a maior pressão que os municípios farão em cada orçamento, para se verem dotados de maiores transferências, um segundo, uma menor autonomia política.
13. Isto leva-nos a concluir sobre a importância das despesas por um lado como catalisador de desenvolvimento por outro lado o seu aumento descontrolado revela-se um fenómeno negativo

para o referido desenvolvimento. Temos então dois mecanismos que deverão ser jogados a favor da realização responsável das despesas (não querendo significar que deverão constituir-se freios às despesas, pois entendemos que caso os recursos fossem ilimitados também as despesas poderiam ser, caso realizadas sempre em favor do desenvolvimento): o primeiro é a responsabilização tributária local e maior autonomia tributária local, e o segundo consiste num sistema de transferências com fórmulas claras de repartição de receitas nacionais que não devam depender das conjunturas dos orçamentos gerais do estado e nem devam ser permeáveis á chantagens locais e a relações de promiscuidade políticas entre o governo central e os governos subnacionais.

14. As condições de responsabilidade tributária local e um sistema claro de transferências e partilha de receitas, ressaltam então a grande importância que deve ser dada ao sistema de transferências que se deve desenvolver em equilíbrio com as políticas de maior autonomia tributária e na arrecadação de receitas locais. Neste contexto se destaca o papel fundamental do Estado central no processo de regulação e facilitação de compatibilidade entre os interesses de desenvolvimento local e nacional.
15. Concluimos que os preceitos anteriores são mais fáceis de ser implementados num contexto de desconcentração política e descentralização tributária do que num contexto de descentralização política e tributária (sem dissociar um bom sistema de controlo normativo e externo). Caso se venha a concretizar a implementação do processo de descentralização política e administrativa, pautado na Constituição, através da criação de autarquias locais, uma atenção especial deverá ser dada a esta problemática no sentido de se assegurarem mecanismos concretos de autonomia na obtenção de receitas e capacidade de gestão das mesmas, bem como a responsabilização local relativamente às despesas tendo em conta as previsões que poderão ser feitas a partir de conhecimentos prévios do que os níveis subnacionais (ou os municípios) poderão contar relativamente às transferências do nível central.

16. A teorização acerca do federalismo fiscal tradicional traz como contribuição o facto de evidenciar a importância de se analisar a distribuição dos encargos e das receitas entre os níveis de governo central e subnacional. Apesar da relevância do seu objecto, essa visão não é considerada suficiente para a tarefa a que se propôs, tendo em vista ater-se ao campo meramente normativo, macro institucional e económico. A evolução posterior do conceito de descentralização incorpora microfundamentos desde o processo político, ampliando para essa esfera a explicação da distribuição das competências e dos encargos, o que resulta na qualificação da descentralização pela noção de prestação de contas (*accountability*).
17. A prestação de contas deve ser construída, posto não ser necessariamente alcançada por meio da descentralização política e fiscal democrática. Isso porque nem sempre os pressupostos da “escolha pública” que se inserem num contexto prévio no qual vigoram instituições democráticas são compatíveis com determinadas realidades institucionais, (ou o contexto não é democrático ou se esbatem em falhas da representatividade democrática como tem acontecido mesmo em países que já acumulam experiência democrática).
18. Os controlos, prévios e sucessivos, jurisdicionais e financeiros (auditorias), tanto à actuação do Estado central como dos Governos subnacionais, são fundamentais para o sucesso da descentralização fiscal e devem ser reforçados e estar juridicamente bem enquadrados. As ISC têm um papel fundamental no processo como controlo externo e devem também ser desconcentradas no sentido de um melhor seguimento do processo de descentralização fiscal.

BIBLIOGRAFIA

Abdul-hakim Issa; Decentralization in SADC Countries-Transformation and Challenges of Decentralization, Faculty of Law, University of Western Cape, November 2004.

- Administração Local, Coleção Legislação Local, Vol I e II, IFAL, 3ª Edição, Edições Edijuris, Imprensa Nacional, 2013.
- Ahmad, Ehtisham; Giorgio Brosio; Handbook of Fiscal Federalism; Published by Edward Elgar Publishing Limited; USA 2006; pg. 290-301.
- AIP-Associação Industrial Portuguesa Angola-Integração Regional na SADC e Relacionamento com países da CPLP, Maio 2014.
- Alexandrino, José Melo/ Luís, Sandra Lopes, Legislação de Direito Municipal dos Sistemas de Língua Portuguesa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- Amaral, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, vol. I, 2.ª edição, 5.ª reimpressão, 2001, Almedina; pg. 423-426.
- Amaral, Diogo Freitas; Curso de Direito Administrativo; Coimbra; Almedina; 2005; pg. 491-492.
- Araújo, Fernando, Introdução à Economia, Almedina, Coimbra, 2004.
- Ardant Gabriel/ James Coffiel; Histoire de l' Impôt: A popular history of taxation, 1970 in ob.cit. António L. Sousa Franco, 2012, 2 vols, 1971-72; pg. 147.
- Ardant, Gabriel, Histoire de l' Impôt 2 vols, 1971-72.
- Babitt, Bruce, A Reindustrialização no âmbito estadual. In: Economic Impact; Washington, USA, United States Wonnation Agency (Usia), n. LIII, 1986/1. p. 54-59.
- Basta, Lidija R. / Thomas Fleiner, Federalism and Multiethnic States – The case of Switzerland, Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse.
- Benedict, Silva, Teoria das funções municipais. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1955. pg. 206 R.A.P.4/91.
- Boadway, Robin / Shah, Anwar, Fiscal Federalism Principles and Practice of Multiorder Governance, The World Bank May 2009.
- Boadway, Robin / Shah, Anwar, Intergovernmental Fiscal Transfer Principle and Practices, The World Bank May 2007, pg.49.
- Brasileiro, Ana Maria. Região metropolitana do Grande Rio. Brasília, Ipea, 1976. pg. 26-35.
- Brennan, Geoffrey / James M. Buchanan, The Power to Tax: Analytic Foundations of a Fiscal Constitution, Cambridge University Press, 1980, pg. 5-ss.
- Brosio, Giorgio, Decentralization in Africa, October 2000, pg.5.
- Cabral, Nazaré da Costa, A Teoria do Federalismo Financeiro, Almedina, 2013 pg. 13.

- Caetano, Marcello; Manual de Direito Administrativo, vol I; Almedina; Coimbra 1984.
- Camões, Pedro, *Análise da Evolução das Finanças Públicas Locais*, 2004, pg. 6.
- Carvalho, Joaquim Santos, *O Processo Orçamental das Autarquias Locais*, Almedina, 1996.
- Corporate income taxes, mining royalties and other mining taxes – A summary of rates and rules in selected countries, *Global mining industry update*, PWC, June 2012.
- Costa, Maria do Rosário Caleiro, *Redes Intermunicipais: Uma nova dimensão económica no quadro da CPLP*, Universidade Técnica de Lisboa ISEG (Inédito).
- Costa, Paulo Nogueira, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*, Coimbra Editora, pg. 28.
- Cruz, José Neves, *Economia Política – Uma Abordagem Dialéctica da Escolha Pública*, Coimbra Editora, 2008.
- Cruz, Rui A., *Fiscalidade e Desenvolvimento Económico e Social em Angola*, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 366, Lisboa, 1992.
- Delgado Ralph, *História de Angola*, vol. I e II, Benguela, 1948.
- Fauré, Yves/A. Rodrigues, Cristina /Udelsmann, *Descentralização e Desenvolvimento Local em Angola e Moçambique: processos, terrenos e actores*, Editorial Almedina 2011.
- Ferreira, Eduardo Paz, *O poder Tributário das Regiões Autónomas: Desenvolvimentos Recentes*, Coimbra, 2002.
- Fjeldstad, Odd/Helge Rakner, Lise, Chr. Taxation and tax reforms in developing countries: Illustrations from sub-Saharan Africa Michelsen Institute Development Studies and Human Rights. Chr. Michelsen Institute
- Franco, António L. Sousa; *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Volume II, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pg. 148.
- Franco, António Sousa, *O Controlo da Administração Pública em Portugal*, Lisboa, 1993, pg. 5.
- Franco, António Sousa, *Os poderes financeiros do Estado e do município: sobre o caso das derramas municipais*, in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1995 pg. 30.
- Fundo Monetário Internacional, *Guia para a Transparência da Receita dos Recursos Naturais*, 2007.

- Institute for Research on the Economics of Taxation – IRET, The Tax System of China, December 23, 2010, N° 94.
- Jianxiong, Zhai, Tax Legislation of the People’s Republic of China and its Information Sources, National Library of China, Revenue Law Journal, article 10, vol.8 issue 10, 1998.
- Legislação Fiscal, Coleção Legislação Angola, 2ª Edição, Plural Editores, 2015.
- Lobo, Carlos Baptista, Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, pg. 441.
- Martin, Jean-Pierre; As Províncias Romanas da Europa Ocidental e Central de 31 a. C. a 235 d. C.; trad.; Lisboa, Europa-América; 1999; pg. 192.
- Martínez, Pedro Soares, Economia Política, 11ª edição, Lisboa, 2006.
- Martínez, Pedro Soares, Manual de Direito Fiscal, Coimbra, 1983, pg. 23 e ss.
- Mazula, Aguiar / Gamito, Alfredo / Macamo, Fernando / Gouveia, Jorge Bacelar / Guambe, José Manuel Elijá / Guimaraes, Vasco / Canas, Vitalino, Autarquias locais em Moçambique: antecedentes e regime jurídico, Lisboa 1998, pg. 226.
- McLure, C. E.; Comment on The dangers of decentralization, by Remy Prud’homme, The World Bank Research Observer, Oxford, vol. 10, n. 2, p. 221-226, Aug 1995.
- Mourão, Paulo Jorge, Que Indicadores para a Lei das Finanças Locais, Encontro Anual da Associação portuguesa para o Desenvolvimento Regional, 2004.
- Musgrave, Richard; Economics of Fiscal Federalism; Nebraska Journal of Economics and Business, 1971; pg. 1-13.
- Musgrave, Richard A. e Musgrave, Peggy B. Public Finance in Theory and Practice; McGraw-Hill; 1973; pg. 600-ss.
- Musgrave, Richard A./ Musgrave, Peggy B., Finanças públicas: Teoria e Prática; São Paulo: Campus, 1980.
- Musgrave, Richard, Public Finance in a Democratic Society: The Foundation of Taxation and Expenditure, vol III, 1996, pg. 255-303.
- Musgrave, Richard; The Theory of Public Finance; New York; McGraw Hill; 1959, pg. 182
- Nabais, Casalta, Direito Fiscal, 6ª Edição; Almedina, Coimbra, 2010, Pg.11.
- Naito, Jiro, Fiscal System and Policy in China, Transition and Tasks of Thirty-year-Reform and Opening policy, Policy Research Institute, Ministry of Finance, Japan, Public Policy Review, Vol. 6, No. 3, March 2010.

- Nguenha, Eduardo Jossias, *Primeira Reforma Fiscal Autárquica em Moçambique*, IESE, Boletim n° 16, 2009.
- Nunes, Elisa Rangel, *Finanças Municipais em Angola*, Impressão Rolo & Filhos II, SA, Luanda, 2011.
- Oates, Wallace, *Studies in Fiscal Federalism: economists of the twentieth century*; England, 1991.
- Oates, Wallace, *Toward a Second-Generation Theory of Fiscal Federalism*, *International Tax and Public Finance*, vol. 12, p. 349-373, 2005.
- Oksenberg, Michel and James Tong, *The China Quarterly – The Evolution of Central–Provincial Fiscal Relations in China, 1971–1984 The Formal System*, volume 125, March 1991, pg. 1-32.
- Orçamento Geral do Estado para 2015 – Síntese Revista, Ministério das Finanças, http://www.minfin.gv.ao/fsys/Sintese_OGE_2015_Revisto.pdf. Último acesso 03/11/2015.
- Ordem dos Advogados do Brasil, *Direito Tributário: Questões Atuais*, Brasília, 2012.
- Orre, Aslak, *Porquê cobrar impostos locais em Angola? E os desafios de o fazer*, Michelsen Institute (CMI) e Centro de Estudos e Investigação Científica da Universidade Católica de Angola (CEIC); May 2011 Volume 1 N° 14.
- Pahula, Ovídio, *A Evolução da Constituição Económica Angolana*, Casa das Ideias, Lisboa, 2007.
- Pereira, Manuel H. de Freitas, *Fiscalidade*, 4ª Edição, Almedina, 2011, pg. 13.
- Pereira, Paulo Trigo; Santos, José Gomes; Arcanjo, Manuela; Afonso António, *Economia e Finanças Públicas*, Escolar Editora; 2ª Edição; 2007.
- Prata, Helena, *Lições de Direito Económico*, 1ª Edição, Casa da Ideias, Lisboa, 2008.
- Prud’Homme, R.; Shah, A., *Centralization v. decentralization: the devil is in the details*; 2002.
- Qian, Yingyi and Barry R. Weingast; *Federalism as a Commitment to Perserving Market Incentives*; *The Journal of Economic Perspectives*; vol.11, N°4 1997, pg. 83-92.
- Rela, José M. Zenha, *Angola – Entre o presente e o futuro*, Edição Escher, 1992; pg. 234.
- Rocha, Alves da, *Opiniões e Reflexões*, Centro de Estudos de Investigação Científica da Universidade Católica de Angola, Luanda 2004.

- Rocha, Alves, *As Transformações Económicas e Estruturais na África (2000-2010)*, Edição Mayamba, CEIC-UCAN, Luanda 2013, pg. 273-ss.
- Rocha, Alves, *Economia e Sociedade em Angola*, Lisboa 1997.
- Rocha, Manuel José Alves, *Desigualdades e Assimetrias Regionais em Angola – Os Factores de Competitividade Territorial*, Universidade Católica de Angola, Centro de Estudos e Investigação Científica, Luanda, Agosto de 2010.
- Rondinelli, Dennis/ Shabbir Cheema, *Implementing Decentralization Policies*; Beverly Hills, London, New Delhi, Sage Publications, 1983. p. 9-17.
- Samuelson, Paul e William D. Nordhaus, *Economia*, 18ª Edição, McGraw-Hill.
- Sanches, J.L Saldanha, *Direito Económico – Um Projecto em Construção (..)*.
- Sanches, José Luís, *Abuso de Direito em Matéria Fiscal: natureza, alcance e limites*, centro de Estudos Fiscais, Direcção Geral dos Impostos, Lisboa 2000.
- Sanches, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2010, Pg. 17.
- Sanches, Saldanha, *Poderes Tributários do Município e Legislação Ordinária*, Fiscalidade 2001c, nº 6.
- Sewell, David; *The dangers of decentralization according to Prud'homme: some further aspects*. *The World Bank Research Observer*, Oxford, vol11, n. 1, p. 143-150, Feb 1996.
- Shah, Amuah, *Fiscal Federalism and Macroeconomic Governance: for better or for worse?* Washington: World Bank, 1997.
- Shah, Anwar *The world bank, The Reform of Intergovernmental Fiscal Relations in Developing and Emerging Market Economies 1994*; pg. 6.
- Shah, Anwar, Chunli Shen, *The Reform of the Intergovernmental Transfer System to Achieve a Harmonious Society*; World bank, 2006, pg. 5-10.
- Shah, Anwar; *Fiscal Decentralization in Developing and Transition Economies. Progress, Problems, and the Promises*, World Bank, Washington, April 2004, pg. 2.
- Shen, Chunli and Jing Jin and Heng-fu Zou, *Fiscal Decentralization in China: History, Impact, Challenges and Next Steps*, CEMA, Central University of Finance and Economics, Beijing, China, *Annals of Economics and Finance*, 13-1, 1-51, 2012.
- Silva, Benedicto; *Teoria das Funções Municipais*. Rio de Janeiro; Fundação Getúlio Vargas, 1955. pg. 206.

- Sistac, Gilles, *Jornadas de Direito Municipal Comparado Lusófono*, Lisboa, Abril de 2012.
- Sousa, Marcelo Rebelo, *Lições de Direito Administrativo*; Lisboa, Lex, 1999, pg. 330-331.
- Stigler, George, *The Theory of Price*, third edition, 1966.
- Su, Ming / Zhao, Quanhon, *China's Fiscal Decentralization Reform*, The Research Institute for Fiscal Science, MOF. P.R.China, 2005.
- Tanzi, Vito, *Fiscal federalism and decentralization: a review of some efficiency and macroeconomic aspects*, Edited by Michael Bruno, Boris Pleskovic, Annual World Bank Conference on Development Economics 1995.
- Tanzi, Vito, *On Fiscal Federalism: Issues to Worry About*, www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/2000/fiscal/tanzi.pdf.
- Teixeira, Carlos, *Administração e governação local em Angola, História: Debates e Tendências – v. 11, n. 1, jan./jun. 2011, p. 47-64 – Publicado no 1º semestre de 2012.*
- Ter-Minassian, Teresa, *Decentralization and Macroeconomic Management*, Washington, International Monetary Fund, 1997.
- Torres, A., *O Império Português entre o Real e o Imaginário*, Escher, 1991.
- Valdez, Vasques, *Autonomia Tributária dos Municípios*, Editora Vida Económica, Porto, 2014.
- Valério, Nuno, Fontoura, Maria Paula, *Evolução Económica de Angola durante o Segundo Período Colonial — uma tentativa de síntese*, *Análise Social*, vol. XXIX (129), 1994 (5.º), 1193-1208.
- Vasques, Sérgio, *As Reformas Fiscais Africanas, Fim do Século* Edições, Lisboa, 1998.
- Vasques, Sérgio, *O princípio da Equivalência como Igualdade Tributária*, Almedina, Coimbra, 2008, pg. 132.
- Vasques, Sérgio; *Manual de Direito Fiscal*; Almedina, Coimbra, 2011, pg. 181.
- Vilarinho, Cristina, *O Impacto das Alterações na Lei das Finanças Locais*, 2010, <https://bibliotecadigital.ipb.pt>.
- Wong, Christine P.W., *Central-local Relations Revisited: the 1994 Tax Sharing Reform and Public Expenditure Management in China*, World Bank Office in China, July 2000.
- Wong, Christine, *Central-local Relations Revisited: the 1994 Tax Sharing Reform and Public Expenditure Management in China*; World Bank Office in China July 2000;

- Xavier, Alberto, Manual de Direito Fiscal, Lisboa, 1974.
- Xavier, Alberto, Manual de Direito Fiscal, Lisboa, 1981, pg. 31-50.
- Xu, Chenggang, Chinese Reform and Chinese Regional Decentralization, London School of Economics, Hong Kong University of Science and Technology, 29 November 2006.
- Xu, Chenggang, Journal of Economic Literature, The Fundamental Institutions of China's Reforms and Development, May 2010, , University of Hong Kong, pg. 29-35.
- Zavale, Jonas Bernardo, Municipalismo e Poder Local em Moçambique, Escolar Editora, 2011.
- Zhang e Martinez-Vazquez, China in the Global Economy Challenges for China's Public Spending, OECD Publishing; 2006; pg. 30.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

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

E-mail: presidente@idilp.net

A arbitragem no sector dos Petróleos e Gás em Moçambique¹

The arbitration in the Oil and Gas sector in Mozambique

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA²

Resumo: O Presente Trabalho tem como objecto de estudo a Arbitragem no Sector dos Petróleos e do Gás em Moçambique. O trabalho apresenta o conceito de arbitragem, a natureza jurídica da arbitragem, características de arbitragem, princípios da arbitragem, vantagens da arbitragem e o quadro legal que regula a arbitragem em Moçambique. Entre as vantagens que se destacam no recurso a arbitragem para a resolução de litígios ou conflitos, consiste na celeridade e flexibilidade que caracteriza a arbitragem, sendo por isso recomendável face a situação da morosidade e do burocratismo que caracterizam a actuação dos tribunais forais.

Palavras Chaves: *Arbitragem, Árbitro Resolução de litígios, Sentença, Celeridade, Contrato de Concessão, Tribunais Judiciais.*

Abstract: The present work aims to study the arbitration in the Oil and Gas sector in Mozambique. The study brings the concept of arbitration, legal nature of the arbitration, characteristics of arbitration, principles of arbitration, advantages of arbitration and the legal framework that governs the arbitration in Mozambique. Among the advantages of applying arbitration for dispute and conflict resolution is celerity and flexibility that characterize the arbitration, the reason why it is advisable to the situation of slowness and bureaucracy that characterize the action of the courts.

Key words: *Arbitration, Arbitrator conflict resolution, sentence, celerity, concession agreement, courts of Justice.*

¹ Entregue: 5.9.2018; aprovado: 9.11.2018.

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

Introdução

O presente trabalho tem como objecto de estudo a arbitragem no sector dos Petróleos e do Gás em Moçambique.

Constituem objectivos do trabalho, analisar o instituto jurídico da arbitragem no ordenamento jurídico moçambicano, analisar a sua importância na atração de investimentos para o sector de petróleo e do gás, e analisar as suas vantagens.

O trabalho é constituído por 3 partes fundamentais, a primeira dedica-se a análise de conceito de arbitragem e sua natureza jurídica, a segunda aborda a arbitragem no ordenamento jurídico moçambicano em geral e nos contratos de concessão para exploração do Petróleo e do Gás em particular, e a terceira aborda as vantagens da arbitragem.

A metodologia empregue para a realização do trabalho foi a de pesquisa bibliográfica, baseada na análise da escassa literatura disponível sobre a matéria, análise da legislação moçambicana, do direito internacional e do direito comparado.

I

1. Conceito de arbitragem

De acordo com o Professor Luís de Lima Pinheiro, a arbitragem é um modo jurisdicional de resolução de controvérsias em que a decisão é confiada a particulares. Na arbitragem voluntária, esta alternativa baseia-se num acordo das partes: a convenção de arbitragem. Assim, a arbitragem e, em especial, a arbitragem voluntária constitui numa alternativa ao recurso aos tribunais estaduais. No comércio internacional, porém, a arbitragem, mais do que um modo alternativo de resolução de controvérsias, é o modo normal de resolução de controvérsias³.

Segundo Jacob e Cármen Tibúrcio, a arbitragem é um meio mais utilizado de solução de litígios fora da esfera do judiciário. Difere da

³ Luís de Lima Pinheiro, *Introdução a arbitragem de investimento no sector de Energia perante as ordens jurídicas Portuguesas e Angolanas*, Pag. 1.

mediação e da conciliação, pois, nesses as pendências entre as partes não são resolvidas por terceiros mas pela vontade comum dos litigantes, com a ajuda de um mediador ou terceiro que actua como mediador ou conciliador. Na arbitragem, as partes buscam a solução através de uma decisão imposta por um direito internacional privado e a de direito internacional público, essa última entendida como o tipo de arbitragem em que quem figura como parte ou árbitro é o próprio Estado.⁴

2. Natureza Jurídica da Arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem tem sido objecto de inúmeros debates. A questão central para a compreensão da natureza jurídica da arbitragem, reside em definir se a arbitragem sendo um instituto autónomo de solução de conflitos, estaria sujeita à jurisdição estatal, ou sujeita a algum sistema jurídico interno ou estaria submetida ao direito internacional, ou se, ainda, se estaria subordinada a ambos igualmente, ou sujeita a suas próprias regras?

Segundo Jacob Dolinger e Carmen Tibúrcio, existem quatro teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem⁵:

- a) Teoria Jurisdicional – Pela teoria jurisdicional a actuação do árbitro é comparada à do juiz no exercício da jurisdição, declarando o direito e decidindo a lide, e embora nomeado pelas partes, seus poderes decorrem da lei, que permite o exercício privado do poder jurisdicional.
- b) Teoria Contratual – Para os adeptos da teoria contratual, a jurisdição é monopólio do Estado e manifestação da soberania, indelegável aos particulares, e a arbitragem na verdade é um contrato oriundo única e exclusivamente da vontade das partes, exercendo o árbitro seus poderes em razão do contrato.
- c) Teoria Mista (jurisdicional/contratual) – Os adeptos da teoria mista sustentam que, efectivamente, a arbitragem decorre de um contrato, mas no qual as partes constituem um julgador

⁴ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Cármen, *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*, 2003, Pag. 19.

⁵ *Idem*.

privado para o seu litígio que exerce poderes jurisdicionais reconhecidos pelo Estado, e cuja decisão possui coercibilidade para as partes, constituindo título executivo judicial.

- d) Teoria Autónoma – a teoria autónoma sustenta que, tratando-se de arbitragem internacional, cuja fundamentação e desenvolvimento ocorrem com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação a um sistema jurídico nacional, a decisão arbitral é autónoma, não estando vinculada à qualquer jurisdição.

Em face das teorias supra-elencadas, é evidente o carácter contratual/jurisdicional da arbitragem, uma vez que decorre de um ato privado, a convenção arbitral, que investe terceiro em actividade tipicamente jurisdicional, para dirimir um litígio fora da jurisdição estatal. Por um lado, o facto de o árbitro não possuir o poder coercitivo sobre bens ou pessoas, no que tange ao exercício da força por ato próprio, não descaracteriza o exercício da jurisdição, ou parcela dela, decorrente do ato de julgar definitivamente uma demanda posta pelas partes, pois o cumprimento da sua decisão é obrigatório, constituindo título executivo. Não há um controle de fundo da decisão arbitral por parte da justiça estatal, o controle é meramente formal. Em caso de uma sentença arbitral estrangeira, a decisão está sujeita ao mesmo controle, a que estão sujeitas as sentenças judiciais mormente quanto a não ofender a ordem pública nacional. Por outro lado, sem jurisdição estatal a reconhecer validade, a decisão arbitral seja no Estado em que foi sede da arbitragem seja em Estado estrangeiro, ela torna-se sem nenhuma eficácia, logo não é autónoma, pois é sempre dependente da jurisdição para possuir eficácia⁶.

Tratando-se de jurisdição privada, possui vantagens sobre a estatal, pois os procedimentos são mais céleres e desburocratizados, podendo as partes dele participar mais activamente, inclusive com prazo certo para prolator a sentença. Por não haver duplo grau de jurisdição, podem as partes autorizar o árbitro a julgar por equidade e manter sigilo sobre todo o processo⁷.

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

Dessa forma, inegável é ao menos a semelhança da actividade desempenhada pelo árbitro e pelo juiz e da finalidade do procedimento arbitral e estatal. Certo é que a doutrina que defende a natureza jurisdicional do árbitro tem fundamentos para justificá-la, partindo de todos os conceitos de jurisdição, rompendo, obviamente, com premissa absoluta de que o exercício da actividade jurisdicional é monopólio do Estado.⁸

Ainda quanto a natureza jurídica da arbitragem, Jacob Dolinger salienta que das diversas teorias doutrinárias adoptadas para analisar a natureza jurídica da arbitragem, dos últimos tempos a tendência é a adopção da teoria autónoma pela jurisprudência internacional. Sobre esta teoria o autor aborda nos seguintes termos:⁹ [...] mais recentemente, surgiu a teoria autónoma, que defende a ideia de que a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação com o sistema jurídico nacional. Como o desenvolvimento da arbitragem se deu em função dos interesses dos negócios e da necessidade de um método rápido e eficiente na solução das disputas, a arbitragem segue as regras próprias elaboradas a partir de anos de prática. A óbvia consequência dessa teoria é a desnacionalização da arbitragem e a sua consequente caracterização como transnacional, sem vinculação a um país determinado. [...] a via arbitral, como alternativa à via judicial, decorre de expressa manifestação de vontade das partes, pois, desde há muito, não mais vigora o sistema da arbitragem obrigatória, quando para alguns assuntos determinados a única via para solução de controvérsias era a arbitragem. Hodiernamente, sem a convenção arbitral não haverá arbitragem. Os poderes do árbitro derivam, portanto, não da jurisdição estatal e da soberania, mas da autonomia da vontade das partes contratantes. Nesse contexto, justifica-se o entendimento de que o processo arbitral está desvinculado ao país no qual transcorre.

Pelo exposto, conclui-se que a natureza jurídica da arbitragem, tem o seu alicerce na autonomia da vontade. Portanto, embora alguns doutrinadores entendam que a maioria dos contratantes terão que se

⁸ Ferreira, Warton Chamuiza Buanga Afonso, 2014, Pag. 15.

⁹ *Ibidem*.

submeter às leis locais impostas, isso não significa que a autonomia da vontade tenha desaparecido ou pelo menos tenda a desaparecer. O que acontece é que “haverá, por certo, a extensão de certas limitações impostas pela ordem pública”.¹⁰

II A ARBITRAGEM EM MOÇAMBIQUE

3. Objecto da Arbitragem¹¹

De acordo com o plasmado no n.º 1, do artigo 4 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho, (Lei de Arbitragem), as partes interessadas podem submeter a solução de todos ou alguns dos seus litígios ao regime de arbitragem, mediante convenção expressa de arbitragem.

O n.º 2 do artigo supracitado estabelece que a convenção de arbitragem pode ter por objecto qualquer litígio actual ainda que tenha sido interposta acção em tribunal judicial e em qualquer estado do processo designando-se, nesse caso, por compromisso arbitral, ou qualquer litígio eventualmente emergente de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual designando-se, então, por cláusula compromissória.

O n.º 3 do mesmo dispositivo legal consagra que as partes podem acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contratos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção.

4. Requisitos da convenção¹²

Nos termos do disposto no artigo 10 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho, a convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Artigo 4 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho (Lei de Arbitragem).

¹² Artigo 10 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho (Lei de Arbitragem).

Considera-se reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante de documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, telex, fax ou outro meio de comunicação que prove a sua existência, na qual a existência de uma tal convenção foi alegada por uma parte e não contestada pela outra.

A referência, num contrato, a um documento que contenha uma cláusula compromissória, equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato revista forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato.

O compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio actual; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios eventualmente emergentes respeitem.

Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só é eficaz se o aderente tomar a iniciativa de instruir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição.

5. Designação de Árbitros¹³

Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, devem as partes designar o árbitro ou árbitros que constituirão o tribunal, ou fixar o modo por que serão escolhidos.

Não havendo acordo sobre a designação dos árbitros ou sobre a forma da sua designação, são, aplicáveis as regras previstas no artigo 18 da Lei de Arbitragem citada.

Se às partes couber designar um ou mais árbitros, a notificação referida no n.º 2 do artigo 18 da Lei supra deve conter a designação do árbitro ou árbitros pela parte que se propõe instaurar a acção, bem como o convite dirigido à outra parte para designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe indicar.

Se o árbitro único for designado por acordo das partes, a notificação deve conter a indicação do árbitro proposto e o convite à outra parte para que o aceite.

¹³ Artigo 18 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho (Lei de Arbitragem).

Caso pertença a terceiro a designação de um ou mais árbitros, tal designação não tenha ainda sido feita, deve o terceiro ser notificado para a efectuar e a comunicar a ambas partes.

Se as partes não tiverem designado o árbitro ou os árbitros nem tiverem fixado o modo da sua escolha e não houver acordo entre elas quanto a essa designação, deve cada um indicar um árbitro, a menos que acordem em que cada uma delas indique mais de um em número igual, cabendo aos árbitros assim designados a escolha do árbitro que deve completar a constituição do tribunal.

Em todos casos em que falte nomeação de árbitro ou árbitros, em conformidade com o disposto no artigo 18 da lei de arbitragem, cabe essa nomeação ao presidente de um organismo institucionalizado de arbitragem escolhido pelas partes ou em quem este delegar e, na falta de acordo quanto à escolha deste organismo, ao tribunal judicial a pedido de uma das partes.

A nomeação pode ser requerida passados oito dias sobre a notificação prevista no n.º 3 do artigo 18 ou a contar da nomeação do último dos árbitros a quem compete a escolha, no caso referido no n.º 6 do mesmo artigo.

A decisão de uma questão confiada a um organismo institucionalizado de arbitragem ou ao tribunal judicial, nos termos do n.º 7 do artigo 18, não é susceptível de recurso.

Na nomeação de um árbitro, o organismo institucionalizado de arbitragem ou o tribunal deve ter conta todas as qualificações exigidas a um árbitro pelo acordo das partes e tudo aquilo que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e, no caso de nomeação de um árbitro único ou um terceiro árbitro, deve ter igualmente em consideração o facto de que poderá ser desejável a nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes.

6. Regras de processo de arbitragem¹⁴

Sem prejuízo das disposições da Lei n.º 11/99 de 12 de Julho, as partes podem escolher livremente as regras de processo a seguir pelo tribunal arbitral, bem como sobre o lugar da arbitragem.

¹⁴ Artigo 27 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho (Lei de Arbitragem).

O acordo entre as partes pode resultar na escolha de um regulamento de arbitragem emanado de um organismo institucionalizado de arbitragem ou na escolha dessa entidade para a organização da arbitragem.

Se as partes não tiverem acordado sobre as regras de processo a observar na arbitragem e sobre o lugar de funcionamento do tribunal, a escolha caberá aos árbitros. O lugar da arbitragem é fixado tendo em conta as circunstâncias do caso, incluída a conveniência das partes.

Na faculdade conferida ao tribunal arbitral referida inclui-se a determinação de admissibilidade, pertinência e valor das provas.

Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 27 da lei supra, o tribunal arbitral pode, salvo convenção em contrário das partes, reunir-se em qualquer lugar que julgue apropriado para consultas entre os seus membros, para audição de testemunhas, de peritos ou das partes, ou para exame de mercadorias, outros bens ou documentos.

7. Determinação do direito aplicável¹⁵

As partes poderão escolher livremente as regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação dos bons costumes e dos princípios de ordem pública da lei moçambicana.

Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até aceitação do primeiro árbitro, os autorizem a julgar segundo a equidade.

Quando as partes não estipulem o direito aplicável, o tribunal arbitral aplicará as regras de Direito que considere convenientes.

As partes poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

¹⁵ Artigo 34 da Lei n.º 11/99, de 18 de Julho (Lei de Arbitragem).

8. Características de Arbitragem

De acordo com o professor Dario Vicente, são três, as características fundamentais da arbitragem que se desprendem da Lei n.º 11/99 são¹⁶:

- Em primeiro lugar, esse instituto é, como declara o artigo 1 da Lei, um meio de resolução de conflitos ou litígios. Mas não é só isso, pois a arbitragem também pode ter por objecto conflitos de interesses sem carácter contencioso, por lhes faltarem os elementos constitutivos de um litígio: uma pretensão e uma resistência. É esse o caso das questões a que se refere o artigo 4, n.º 3, da Lei: a revisão de contratos, por exemplo, pode ser confiada a árbitros, ainda que nenhum contencioso exista a esse respeito;
- Em segundo lugar, a arbitragem é um instituto que implica a subtracção de litígios aos tribunais estaduais e a atribuição a particulares da competência para decidi-los. Esses particulares tanto podem ser designados pelas partes como por terceiros (v.g. uma instituição de arbitragem por eles escolhida ou um tribunal judicial). Não prejudica esta característica a circunstância de o tribunal arbitral ser integrado por juízes, como nos parece admitir o artigo 19 da Lei n.º 11/99, contanto que os mesmos exerçam a função de árbitros à margem da sua condição oficial;
- Uma terceira nota distintiva do conceito de arbitragem é o facto de a eficácia da decisão proferida pelos árbitros ser – em Moçambique tal como em Portugal – idêntica à da sentença proferida pelo tribunal judicial (artigo 43: a decisão arbitral, depositada nos termos do artigo 42, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo).

¹⁶ Dário Moura Vicente, *Arbitragem e outros meios de resolução extrajudicial de litígios no Direito moçambicano*, Pag. 2.

9. Modalidades de Arbitragem

Iremos abordar as modalidades da arbitragem adoptando os ensinamentos do professor Dário Moura Vicente¹⁷:

Uma primeira distinção é a que pode estabelecer-se entre arbitragem voluntária e arbitragem necessária.

Na primeira, a instituição do tribunal arbitral depende da vontade das partes e dá-se por meio de uma convenção de arbitragem, consoante prevê o artigo 4, n.º 1, da Lei de Arbitragem. É fundamentalmente desta modalidade de arbitragem que se ocupa a Lei.

Na segunda, a que se referem os artigos 1526.º e 1528.º do Código de Processo Civil (alterados pelo Decreto-Lei n.º 1/2005, aprovado pelo Conselho de Ministros em 27 de Dezembro de 2005), os poderes do tribunal arbitral decorrem de uma norma legal, que impõe a sujeição a árbitros de certa categoria de litígios.

O critério da distinção consiste, pois, na influência da vontade dos interessados na instituição de um tribunal arbitral para julgar certo litígio.

De jure condendo, é muito questionável a arbitragem necessária: a sujeição de litígios a árbitros e a sua subtracção à jurisdição dos tribunais judiciais, dado que contendem com o direito fundamental de acesso à justiça, só devem, em princípio, ter lugar quando convenha as partes. A arbitragem necessária é, nesta medida, uma figura anómala. Bem andaria, por conseguinte, o legislador moçambicano caso se abstivesse de a prever em diplomas legais específicos.

Outra distinção possível é a que separa a arbitragem institucionalizada da arbitragem ad hoc. A primeira está prevista no artigo 69 da Lei n.º 11/99, de 12 de Julho, e consiste na arbitragem que se processa no âmbito e de acordo com as regras de instituições especializadas, denominados centros de arbitragem (como o Centro de Arbitragem, Conciliação e Mediação sediado em Maputo); a segunda decorre à margem de tais instituições, perante árbitros escolhidos pelas partes.

¹⁷ Dário Moura Vicente, *Arbitragem e outros meios de resolução extra-judicial de litígios no direito moçambicano*, 2006, Pág. 4.

Podem ainda autonomizar-se a arbitragem privada e a arbitragem pública. O critério determinante da qualificação é o da natureza das partes e da qualidade em que intervêm no processo arbitral: a arbitragem privada tem lugar entre particulares ou entre particulares e entes públicos actuando sem poderes de autoridade; a arbitragem de Direito Público – contemplada no artigo 3 da Lei n.º 5/92, a que o artigo 70, n.º 4, da Lei n.º 11/99 deu nova redacção – é a que opõe particulares a órgãos da Administração Pública agindo, iure imperi e obedece, pelo menos em parte, a um regime próprio.

Encontra-se, pois, superada na ordem jurídica moçambicana a proibição de o Estado se comprometer em árbitros, que subsiste nalguns países, pelo menos no tocante aos litígios de índole exclusivamente interna (como sucede, por exemplo, em França). As garantias de imparcialidade que a arbitragem oferece ao investidor estrangeiro – aspecto crucial nas relações entre particulares e entes públicos de países diversos, em que por via de regra as partes ocupam posições muito desiguais e os riscos económicos são por isso também muito elevados – justificam plenamente esta opção do legislador moçambicano.

Temos, finalmente, a distinção entre arbitragem interna e arbitragem internacional.

A arbitragem internacional é uma categoria especial de arbitragem, sujeita, quanto a certos aspectos (v.g. lei aplicável, recursos, admissibilidade de composição amigável), a regras próprias.

Há dois critérios determinantes da qualificação da arbitragem como internacional, que a Lei n.º 11/99 consagrou no artigo 52: o do objecto do litígio e o do processo.

De acordo com o primeiro, uma arbitragem é internacional se tiver por objecto uma relação que ponha em jogo interesses do comércio internacional (artigo 52, n.º 1, proémio) ou uma relação plurilocalizada, v.g. porque as partes têm domicílio em países diferentes (artigo 52, n.º 1, alínea a)).

Em conformidade com o segundo, é internacional a arbitragem em cujo processo se verifiquem elementos de extraneidade, v.g. porque o lugar da arbitragem se situa em país diverso daquele em que se encontra o estabelecimento das partes (artigo 52, n.º 1, alínea b), subalínea i).

10. A importância de Arbitragem

A arbitragem constitui hoje um modo fundamental – e nalgumas matérias é mesmo o modo normal – de resolução dos litígios emergentes de relações comerciais e de consumo. Demonstram-no, para além de qualquer dúvida, as estatísticas publicadas pelos principais organismos internacionais de arbitragem, entre os quais sobressaem a Cour d'arbitrage da Câmara de Comércio Internacional (de Paris) e o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (com sede em Genebra)¹⁸.

Tem-se registado nas últimas décadas um importante movimento no sentido da celebração de convenções internacionais em matéria de arbitragem, às quais os Estados têm aderido em número significativo. Por exemplo, a Convenção de Nova Iorque de 1958 Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – uma das mais importantes neste domínio – encontra-se em vigor, presentemente, em 138 países. Nenhuma outra convenção internacional no domínio do Direito Internacional Privado logrou até hoje obter um número semelhante de adesões. De tal sorte que é actualmente mais fácil obter o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira do que de uma sentença judicial estrangeira¹⁹.

Esse movimento tem também passado pela reforma das legislações nacionais sobre arbitragem. Assim, em 1985, a CNUDCI aprovou uma Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial internacional. Até hoje, mais de três dezenas de países adoptaram leis sobre a arbitragem que incorporam maioritariamente as regras dessa Lei-Modelo²⁰.

Moçambique não ficou à margem desse movimento. A Lei n.º 11/99 instituiu um novo e pormenorizado regime para a arbitragem, que acolhe em muitos aspectos as soluções da Lei-Modelo da CNUDCI. E já anteriormente, em 11 de Junho de 1998, Moçambique aderiu à Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento de sentenças

¹⁸ Dario Moura Vicente, *Arbitragem e outros meios de resolução extrajudicial de litígios no direito moçambicano*, 2006, Pag. 6.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Idem*, Pag. 7.

arbitrais estrangeiras, tendo a Convenção entrado em vigor a 9 de Setembro do mesmo ano²¹.

Mas a arbitragem releva ainda noutro plano, que cumpre referir. É que ele põe em evidência a importância actual do pluralismo jurídico e judiciário: a resolução de conflitos nas sociedades contemporâneas não se faz apenas sujeitando-os ao Direito estadual e aos órgãos estaduais de administração da justiça. Há outras fontes – mormente os usos e o costume –, bem como outras instâncias jurisdicionais, emanadas da sociedade civil, a que tais conflitos podem também ser submetidos²².

Esta é, aliás, uma matéria em que o Direito moçambicano se revela hoje um dos mais progressivos dos países africanos de língua oficial portuguesa, pois a Constituição de 2004 dispõe, no artigo 4.º, sob a epígrafe pluralismo jurídico, que: «O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição»²³.

Semelhante reconhecimento corresponde a uma necessidade social inelutável. Ele é conforme com o princípio da adequação, o qual constitui um corolário da finalidade precípua a que se dirigem as regras jurídicas. Na medida, com efeito, em que estas visam disciplinar a vida em sociedade segundo certa ordem de valores, importa que se adequem ao sentimento de justiça dos seus destinatários, sob pena de serem rejeitadas pelo corpo social que visam conformar – o que, em última análise, conduz (como tantas vezes ocorre) à sua ineficácia²⁴.

Ora bem: a Lei n.º 11/99, ao consagrar nos artigos 34, n.º 4, e 54, n.º 4, a aplicabilidade pelos árbitros, mesmo na arbitragem interna, dos usos e costumes mercantis, acolhera já, antes da Constituição de 2004, a ideia de pluralismo jurídico²⁵.

²¹ *Idem*, Pag. 7.

²² *Idibem*.

²³ *Idibem*.

²⁴ *Idibem*.

²⁵ *Idibem*.

Cabe ainda perguntar quais as razões que explicam o acréscimo contemporâneo da importância da arbitragem e de outros meios de resolução extrajudicial de litígios?²⁶

Elas prendem-se, a nosso ver, com as vantagens que este modo de composição de litígios apresenta relativamente ao recurso às instâncias judiciais comuns para a resolução dos diferendos entre agentes económicos (incluindo-se nestes quer os fornecedores de bens e serviços quer os próprios consumidores)²⁷.

Entre essas vantagens podem apontar-se a confidencialidade do processo arbitral, de particular importância para a salvaguarda da imagem comercial das empresas; a possibilidade de se confiar a resolução dos diferendos a pessoas dotadas de conhecimentos técnicos especiais; a dispensa do patrocínio judiciário; a salvaguarda da continuação das relações comerciais entre as partes através do recurso à composição amigável; no plano dos diferendos internacionais, a neutralidade do foro arbitral, sobre o qual não recai – visto que não decide em nome de qualquer Estado – a suspeita de favorecer os interesses dos nacionais de determinado país; e a maior facilidade do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras por confronto com as sentenças emanadas dos tribunais judiciais²⁸.

Refere-se também, por vezes, como vantagem do recurso à arbitragem a maior rapidez do processo arbitral. Numa época, como a nossa, de acentuada crise das instituições judiciárias do Estado, caracterizada pela morosidade processual, é evidente a relevância que este aspecto assume. A experiência revela, porém, que nem sempre essa suposta vantagem é real, sobretudo nos Estados mais generosos na consagração legal de fundamentos de anulação das sentenças arbitrais pelos tribunais judiciais²⁹.

²⁶ *Idem*, Pag. 8.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

11. O significado da Arbitragem

Para o desenvolvimento de qualquer país é fundamental o investimento estrangeiro e a transferência de tecnologia. Ora, a efectivação destes depende largamente das garantias que se oferecem as empresas e aos particulares estrangeiros de uma resolução célere e justa dos litígios de que porventura venham a ser partes. O amplo reconhecimento, nos artigos 4 e 5 da Lei n.º 11/99, da liberdade de as partes cometerem a árbitros a decisão dos seus litígios, desde que os mesmos incidam sobre direitos disponíveis e não devam ser submetidos exclusivamente a tribunal judicial, desempenha, pois, um papel de primordial importância no desenvolvimento económico do País³⁰.

Alude-se por vezes, a propósito destes institutos, a «meios alternativos» de resolução de litígios (do inglês *alternative dispute resolution*). Esta ideia encontrou algum eco na própria lei moçambicana: é ver, por exemplo, o artigo 1 da Lei n.º 11/99, onde se refere que «[a] presente Lei rege a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, como meios alternativos de resolução de conflitos, que os sujeitos jurídicos podem adoptar antes ou em alternativa a submeter os seus litígios ao poder judicial»³¹.

Mas, salvo melhor opinião, em rigor nenhuma alternatividade existe entre as figuras de que a Lei trata e o recurso aos tribunais judiciais. Basta ter presente, a este propósito, que nem todas as questões suscitadas perante o tribunal arbitral podem ser resolvidas por ele. A intervenção dos tribunais judiciais no processo arbitral é, com efeito, indispensável em certas situações – como, por exemplo, para suprir a falta de acordo entre os litigantes quanto à constituição do tribunal arbitral (artigo 18, n.º 2), para as diligências instrutórias que importem o exercício de poderes de autoridade (artigo 32, n.º 2) ou para a decisão de certas questões prejudiciais (artigo 37, n.º 4)³².

Melhor se diria, pois, estarmos perante meios de resolução de litígios adicionais ao recurso às jurisdições estaduais. Estas continuam,

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idem*, Pag. 9.

³² *Ibidem*.

por isso, a ser imprescindíveis na resolução dos litígios cometidos a árbitros ou conciliadores – quanto mais não seja como jurisdições de apoio³³.

Um ponto-chave da regulamentação legal da arbitragem e da conciliação ou mediação é, por isso, a intervenção do tribunal judicial na arbitragem: um regime excessivamente liberal pode deixar uma das partes à mercê da outra ou dos árbitros; mas um regime demasiado intervencionista pode sufocar a arbitragem³⁴.

Essa intervenção tem, pois, de ser cuidadosamente ponderada pelo legislador, sobretudo no que toca a duas questões: a determinação do objecto do litígio e a impugnação judicial da sentença arbitral³⁵.

Qual é orientação seguida em Moçambique a este respeito³⁶?

Relativamente à primeira questão, é notório que o legislador moçambicano procurou evitar a intervenção do tribunal judicial, ao cometer a determinação do objecto do litígio, na falta de acordo entre as partes, a um organismo institucionalizado de arbitragem: vide o artigo 17, n.º 4, da Lei. Mas se as partes não tiverem escolhido esse organismo, restará o recurso ao tribunal judicial, previsto para a hipótese contemplada no artigo 18, n.º 7; o que poderá enterrar o processo arbitral³⁷.

Preferível seria, pois, que a determinação do objecto do litígio fosse deixada aos próprios árbitros, que a ela procederiam na base das pretensões formuladas nas peças processuais apresentadas pelas partes. Foi, por exemplo, a solução adoptada pelo legislador português na revisão a que submeteu, em 2003, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto de 1986, sobre a arbitragem voluntária³⁸.

No tocante à segunda questão, a Lei adoptou um regime restritivo, que se nos afigura inteiramente adequado: na esteira do que dispõe a Lei-Modelo da CNUDCI, da decisão arbitral apenas é admitido, nos termos do art. 44 da Lei n.º 11/99, um recurso de anulação, o qual

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Idem*, Pag. 10.

³⁸ *Ibidem.*

apenas pode fundar-se nos vícios tipificados neste preceito, consistentes em deficiências particularmente graves do processo ou da sentença arbitral³⁹.

12. Dos Princípios da Jurisdição Arbitral

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 2 da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, os meios alternativos de resolução de conflitos estão sujeitos aos seguintes princípios:

- a) **Liberdade:** reconhecimento da autonomia das partes na escolha e adopção de meios alternativos ao poder judicial para a resolução de conflitos;
- b) **Flexibilidade:** preferência dada no estabelecimento de procedimentos informais, adaptáveis e simplificados;
- c) **Privacidade:** garantia de privacidade e confidencialidade dos processos e seus intervenientes;
- d) **Idoneidade:** exigência de características de imparcialidade e independência para o desempenho de funções de árbitro ou conciliador;
- e) **Celeridade:** dinâmica e rapidez na resolução de conflitos;
- f) **Igualdade:** garantia de que as partes serão tratadas com estreita igualdade e que a cada uma delas serão dadas as mesmas condições e todas as possibilidades de fazer valer os seus direitos;
- g) **Audiência:** oralidade típica dos mecanismos alternativos;
- h) **Contraditório:** garantia de que ambas as partes serão ouvidas oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final.

12.1. *O princípio da autonomia da vontade e a questão dos direitos disponíveis*

Um dos princípios que sempre acompanha o campo da arbitragem em todos os seus aspectos é o princípio da autonomia da vontade. Esse

³⁹ *Ibidem.*

princípio reconhece ampla liberdade para as partes escolherem a lei que melhor atenda aos seus interesses, inclusive estes podem até escolher aplicar apenas os princípios da *Lex Mercatória*, em detrimento da lei estatal⁴⁰.

Desse modo, a autonomia da vontade adquire fundamental importância quando da celebração do contrato de concessão com alguns países cujas legislações são totalmente estranhas ao investidor estrangeiro. Ainda em relação ao aludido, a arbitragem, em qualquer caso, só pode ser instaurada após um acordo de vontade entre as partes, que optam por esse mecanismo e renunciam a via judicial. É também expressão de autonomia da vontade a liberdade de escolher os árbitros e de estabelecer o prazo para que a sentença seja proferida⁴¹.

No que tange a questão dos direitos disponíveis, a lei da arbitragem, dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos pelos quais a parte pode exercer livremente, de acordo com a sua vontade, e que não sofrem quaisquer restrições legais podendo estes direitos serem alienados⁴².

Face ao supra exposto, uma questão que se suscita reside em saber se a arbitragem ser utilizada para a solução de conflitos nos contratos de concessão, em face da indisponibilidade dos bens públicos. Para dirimir esta controvérsia doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho, discorre da seguinte maneira⁴³:

Não há dúvidas de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da colectividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transacções, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a até porque semelhante actividade

⁴⁰ Ferreira, Wharton Chamuiza Buangre Afonso, A Arbitragem como meio, conveniente, para a solução de controvérsias decorrentes dos contratos de concessão para as actividades de UPSTREAM na indústria do Petróleo, Pag. 15.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

se configura como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade. Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou de autoridade pública (*ius imperii*), a arbitragem pode ser adoptada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o poder público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro dos parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade.

Para discorrer sobre a disponibilidade de um direito, quando exercido sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, e confirmar a impossibilidade de utilização da supremacia do interesse público, como baliza para determinar o que pode ou não pode ser objecto de arbitragem, vale mencionar os autores Diego Franzoni e Fernanda Davidoff⁴⁴: [...] essa definição impõe que se verifique se existe alguma norma cogente que imponha determinada conduta ao agente em relação ao exercício de determinado direito. Assim, em função da ideia de que a conduta administrativa é regida pelo princípio da estrita legalidade, [...] seria possível defender que nenhum direito do Estado seria disponível: toda conduta da administração deveria estar pautada pelas normas constitucionais e infraconstitucionais cogentes que impõem a supremacia do interesse público como interesse da colectividade dos cidadãos. [...] é um equívoco pensar que todo e qualquer direito da administração pública é indisponível, pois aqueles direitos que dizem respeito às actividades de gerenciamento ou remetem a um contrato são considerados disponíveis. Assim, não se poderia confundir a disponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade do interesse público. [...] Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público não pode ser encarado de forma absoluta, pois sua função é verificar se a actuação do agente público que representa o Estado está de acordo com o interesse da colectividade, penetrando na essência dessa actuação para aferir a sua razoabilidade. [...] Quer dizer, a utilização da arbitragem seria possível porque a disposição a

⁴⁴ *Idem.*

respeito de direitos patrimoniais do Estado não se confunde com a disposição do interesse público.

Conforme o exposto observa-se que, em razão das especificidades e características peculiares que os contratos de concessão do sector petrolífero apresentam, a utilização da arbitragem na solução de conflitos em nada viola o princípio da indisponibilidade do interesse público⁴⁵.

12.2. A cláusula compromissória da convenção de arbitragem

Para que possamos falar em juízo arbitral, é necessário que as partes assim tenham convencionado, mediante estabelecimento da cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral. A cláusula compromissória tem como escopo a renúncia à jurisdição ordinária. Essa cláusula é capaz de instaurar a arbitragem e se constitui na convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem as questões futuras que podem surgir quando da execução desse contrato entre as partes⁴⁶.

Portanto, o uso da arbitragem deve estar previsto em contrato, pela chamada convenção de arbitragem, designação geral para cláusula compromissória e o compromisso arbitral. O recomendável é que as partes optem pela cláusula compromissória aproveitando que ainda existe confiança mútua⁴⁷.

A Lei do petróleo, ao estipular a arbitragem para solução de eventuais controvérsias decorrentes dos contratos de concessão do sector petrolífero, orientou-se no sentido de que os contratos contêm cláusulas compromissórias neles incluída. Esse instituto está contemplado na lei do petróleo, através do artigo 43, inciso X como cláusula essencial do contrato de concessão. Deste modo, a cláusula compromissória retrata o ajuste firmado em cláusula contratual com a previsão de serem submetidos à arbitragem litígios supervenientes à celebração do contrato⁴⁸.

⁴⁵ *Idem*, Pag. 17.

⁴⁶ *Idem*, Pag. 18.

⁴⁷ *Idem*, Pag. 19.

⁴⁸ *Ibidem*.

A adopção dessa cláusula, no âmbito dos contratos de concessão, e a possibilidade destes contratos serem solucionados por neutralidade e imparcialidade arbitral, garantem uma enorme segurança para o investidor estrangeiro, no sentido de, uma vez amparado no juízo arbitral, o concessionário, afasta questões concernentes à imunidade de jurisdição estatal, visto que este princípio não se aplica com relação ao instituto da arbitragem, somente quando o Estado se submete à jurisdição de outro Estado soberano⁴⁹.

Por fim, é importante ressaltar que na redacção da cláusula compromissória, as partes podem decidir se será um árbitro singular ou um painel composto por três árbitros no julgamento do litígio. “Esta última deliberação, de um lado, traz maiores encargos financeiros às partes, mas, por outro, diminui os riscos de uma decisão imprevisível⁵⁰.”

12.3. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

O princípio da indisponibilidade do interesse público é um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. Este princípio parte da ideia de que o administrador não tem a propriedade sobre o interesse público de maneira que possa dele dispor. Nesse sentido, o interesse público é confiado ao Estado e não a seus órgãos ou agentes. Logo, a vontade do agente não conta, devendo as actividades do administrador serem orientadas a um fim, condizente com o interesse geral⁵¹.

Nesse sentido, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR ensina que “o proprietário ‘dispõe’ e o administrador ‘administra’”. Contudo, como visto acima, o interesse público pode ser dividido entre o interesse público primário e o interesse público secundário, sendo o interesse público secundário aquele referente ao interesse particular da Administração Pública enquanto titular de direitos e obrigações, não se referindo, portanto, ao interesse da sociedade. Logo, considerando que a indisponibilidade se baseia no fato de que o administrador ao gerir a coisa pública não é

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ BEZERRA, Gabriel Correa da Coste, *Arbitragem no contrato de Concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural*, 2012, Pag. 44.

titular dos bens e interesses, mas apenas mero gestor, o princípio não deve ser aplicado quando estivermos diante de interesses próprios da Administração e, portanto, dissociados do interesse público em sentido estrito⁵².

Desse modo, a doutrina defende uma relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público, aplicando-o apenas às situações que envolvam o interesse da colectividade. Sob esse prisma é possível entender a indisponibilidade absoluta como a regra geral que deve nortear a actuação do Administrador, considerando que os interesses da colectividade não podem ser livremente negociados, a não ser por meio das vias políticas, com base constitucional. Contudo, deve-se admitir a indisponibilidade relativa como excepção, recaindo sobre os interesses públicos derivados, ou seja, aqueles atinentes às pessoas jurídicas que integram a Administração Pública⁵³.

Além disso, ainda que rechaçada pela doutrina administrativista mais moderna, a distinção entre os actos de império e actos de gestão praticados pelo Poder Público também se faz útil na verificação da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Considerando que os actos de império estão associados ao interesse público primário e os actos de gestão ao interesse público secundário, a indisponibilidade do interesse público se aplica apenas ao exercício de ato de império por parte da Administração Pública. Portanto, apenas os actos praticados no gozo da sua autoridade perante o administrado estariam sujeitos ao princípio da indisponibilidade. Considerando que, como visto em capítulo anterior, a arbitrabilidade de uma controvérsia é determinada, dentre outras, pela disponibilidade dos direitos envolvidos, é possível concluir que são arbitráveis as causas que não envolvam o interesse público primário e actos de império praticados pela Administração Pública. Ou seja, a arbitrabilidade objectiva de uma controvérsia que envolva a Administração Pública é determinada pelo tipo de interesse público envolvido, bem como pelo tipo de ato praticado pelo administrador⁵⁴.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Idem*, Pag. 45.

⁵⁴ *Ibidem*.

Além disso, se a Administração Pública pode dispor de determinados direitos ao estabelecê-los mediante a celebração de contrato administrativo, ou seja, por meio de simples acordo de vontades, não faz sentido que sejam os mesmos direitos entendidos como “indisponíveis” para que seja vedada a submissão voluntária dos litígios decorrentes do contrato administrativo à arbitragem⁵⁵.

Desse modo, impõe-se desfazer o mito que geralmente circunda a suposta contraposição entre a indisponibilidade do interesse público e a utilização da arbitragem para dirimir controvérsias atinentes à Administração Pública⁵⁶.

Isso porque, em razão da pluralidade de interesses geridos pelo administrador, não se pode generalizar e conferir a todos eles o título de “indisponíveis”; é necessário um exercício de ponderação para se determinar quais desses interesses e direitos são primários e quais são secundários, a fim de averiguar a sua disponibilidade e, portanto, a possibilidade de submetê-los à arbitragem. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência pátria. Podemos citar o acórdão de relatório do Ministro Luiz Fux, então integrante do Superior Tribunal de Justiça, que expõe a questão com precisão: “Erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como ‘disponíveis, porquanto de natureza contratual ou privada. (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público⁵⁷.” (STJ, MS 11.308/DF, 1a Seção, julgado em 09.04.2008, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 19.05.2008)

Ante o exposto, considerando que os contratos administrativos em geral e também os contratos de concessão na indústria de petróleo trazem disposições e cláusulas diversas, é preciso identificar quais des-

⁵⁵ *Idem*, Pag. 46.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

sas disposições e cláusulas devem ser revestidas da indisponibilidade característica do interesse público primário. Nesse sentido, no âmbito dos contratos de concessão é possível traçar a diferenciação entre as cláusulas regulamentares e as cláusulas financeiras. As primeiras são aquelas referentes ao objecto, à forma de execução do contrato, condições etc. São cláusulas estipuladas e que podem ser alteradas unilateralmente pela Administração. Ao revés, as cláusulas financeiras se referem ao carácter contratual da obrigação e garantem o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio económico-financeiro do contrato. Nesse sentido, podemos concluir que as cláusulas regulamentares constituem ato de império e, portanto, não são arbitráveis⁵⁸.

Por outro lado, as cláusulas financeiras, que visam à submissão da Administração a uma contraprestação financeira não estão submetidas à indisponibilidade do interesse público e, portanto, são plenamente arbitráveis⁵⁹.

Portanto, as questões atinentes a interesses patrimoniais são disponíveis e, portanto, podem ser objecto de arbitragem. Por outro lado, não se pode conferir ao árbitro a decisão sobre a legitimidade de actos administrativos, ou as cláusulas exorbitantes dos contratos de concessão, mas apenas sobre as suas consequências patrimoniais⁶⁰.

Sob a premissa exposta acima de que as questões puramente patrimoniais oriundas dos contratos de concessão em geral são arbitráveis é possível entender como passíveis de submissão ao juízo arbitral a manutenção e eficácia das cláusulas económicas, ou seja, o equilíbrio económico-financeiro do contrato, bem como a revisão de tarifas e eventuais indemnizações devidas no término do contrato, inclusive as que se refiram à reversão de bens⁶¹.

Além disso, por não serem dotadas de interesse público primário, são igualmente arbitráveis as controvérsias que envolvam apenas questões de fato oriundas do contrato de concessão. Nesse contexto, é possível a instauração de arbitragem cujo objeto seja determinar a

⁵⁸ *Idem*, Pag. 47.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

existência ou não de descumprimento de obrigações contratuais pelas Partes ou, ainda, averiguar se determinado dano foi causado por culpa das partes ou de terceiros⁶².

Por outro lado, as cláusulas que se refiram ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, da disposição do domínio público e do controle da prestação dos serviços concedidos são insusceptíveis de solução extrajudicial, por se inserirem na esfera dos direitos indisponíveis⁶³.

Além disso, a adopção da arbitragem não pode ser admitida para dirimir controvérsias oriundas do lançamento e o respectivo pagamento, pelas concessionárias de exploração e produção de petróleo, das participações governamentais previstas no art. 45 da Lei do Petróleo. Contudo, adoptando o entendimento exposto acima de que ainda que a cláusula em si não seja arbitrável por envolver o interesse público primário, são passíveis de submissão ao juízo arbitral as consequências patrimoniais da respectiva cláusula, a fórmula de cálculo das participações governamentais, bem como a base sobre a qual devem incidir podem ser objecto de procedimento arbitral⁶⁴.

Ainda no contexto específico dos contratos de concessão para exploração e produção de petróleo, temos como indisponíveis as controvérsias que se refiram ao impedimento contratual à exportação e a obrigação do concessionário de contribuir com o petróleo e gás produzidos para suprir o mercado doméstico em caso de declaração de emergência nacional⁶⁵.

Por outro lado, ainda que a obrigatoriedade da participação do concessionário bem como o tempo que durará o impedimento descrito acima envolvam o interesse público primário, as controvérsias a respeito do volume mensal a ser destinado para cumprir com tal obrigação são passíveis de solução mediante arbitragem⁶⁶.

Não obstante o esforço da doutrina em tentar delimitar os limites para a adopção da arbitragem pelo Estado em geral, incluída nesse

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Idem*, Pag. 48.

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

contexto a utilização da arbitragem para solucionar conflitos entre o Poder Concedente e o concessionário nos contratos de concessão da indústria petrolífera, faz-se, ainda, necessária a análise minuciosa de cada caso específico, a fim de se averiguar a existência ou inexistência de interesse público primário no caso concreto. Feita a análise sob a óptica da indisponibilidade do interesse público, cumpre analisar a possibilidade de submissão da Administração Pública à arbitragem em razão do princípio da publicidade⁶⁷.

12.4. *Princípio da Publicidade*

Como se sabe, o administrador não atua em nome próprio ao gerir a coisa pública e, portanto, seus actos e decisões devem ser dotados de transparência, a fim de viabilizar o controle de tais actos e inibir irregularidades, sendo este princípio aplicável a todos os sectores e todos os âmbitos da actividade administrativa⁶⁸.

Por outro lado, a arbitragem, costumeiramente, é dotada de privacidade e sigilo. Enquanto a privacidade diz respeito ao local e à matéria discutida, o sigilo se refere ao conteúdo da sentença arbitral e aos documentos constantes dos autos do procedimento arbitral⁶⁹.

Desse modo, em uma primeira análise, no âmbito da submissão da Administração Pública ao juízo arbitral vislumbramos um choque entre o princípio da publicidade e o sigilo e privacidade de que normalmente são dotados os procedimentos arbitrais. Entretanto, estamos diante, em verdade, de um falso dilema. Isso porque, o sigilo na arbitragem é uma característica facultativa, ou seja, normalmente os procedimentos arbitrais, por convenção das partes, são dotados de confidencialidade, inexistindo determinação legal nesse sentido. Desse modo, demonstra-se plenamente possível que os litigantes abram mão dessa confidencialidade, atribuindo publicidade aos actos referentes ao procedimento arbitral específico. Logo, na arbitragem em seja parte o Estado o sigilo absoluto não poderá ser adoptado pelas partes, em

⁶⁷ *Idem*, Pag. 49.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Idem*, Pag. 50.

respeito ao princípio da publicidade. Contudo, ainda que as decisões e os actos essenciais do processo arbitral que envolva o Estado devam ser dotados de transparência, o sigilo e a confidencialidade podem ser mantidos no que se refere aos debates e aos documentos que instruíram o processo arbitral⁷⁰.

Nesse sentido, enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíba, ao administrador só lhe é facultado fazer o que a lei permitir. Assim, através da submissão da Administração à lei, obedecer à Administração passa a ser o mesmo que obedecer à lei, e não à simples vontade da autoridade⁷¹.

Logo, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, a actuação do Poder Executivo fica condicionada à uma autorização prévia conferida pelo Poder Legislativo. Nesse contexto, muitos autores defendem que a submissão do Estado à arbitragem, enquanto meio extrajudicial de solução de controvérsias, deve ser amparada por autorização legislativa. Contudo, a fim de evitar o engessamento da actuação da Administração Pública, a aplicação do princípio da legalidade deve observar também os demais princípios que informam as actividades da Administração Pública, tais como a eficiência, economicidade, proporcionalidade e razoabilidade⁷².

Assim, não se pode adoptar o princípio da legalidade forma estrita, a fim de se defender a necessidade de norma específica autorizando a adopção da arbitragem pela Administração Pública. Isso porque, a necessidade de autorização legal específica para a submissão do Estado ao procedimento arbitral não atende ao princípio da proporcionalidade, na medida em que é uma exigência desnecessária e desproporcional em sentido estrito. Isso porque existem meios menos gravosos aos princípios constitucionais contrapostos capazes de assegurar igual ou superiormente o interesse público envolvido⁷³

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

III

A ARBITRAGEM NO SECTOR DO PETRÓLEO E DO GÁS EM MOÇAMBIQUE

12.5. A Cláusula Compromissória nos Contratos de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural

As Empresas, tomam suas decisões de investir em um país em razão da atractividade que um determinado local os proporciona. A atractividade de um investimento no sector de petróleo se baseia em três vértices, nomeadamente: o regime regulatório do sector petrolífero de um determinado país; o regime fiscal adoptado; e os aspectos geológicos favoráveis. Ao regime regulatório, cabe prezar pela segurança jurídica e independência dos tribunais locais, possibilitando, inclusive, o uso da arbitragem em caso de conflitos. Isso se deve, porque “em questões de características próprias, que levam a uma especialização, nada é mais peculiar do que o petróleo e todas as questões a ele pertinentes”. Portanto, a melhor maneira de solucionar as controvérsias nesta área específica é por meio da chamada de árbitros de notória capacidade e saber⁷⁴.

Ao firmar um contrato, em operações complexas como nos contratos realizados por empresas/companhias da indústria do petróleo, a adopção da arbitragem surge como uma necessidade, onde a presença da cláusula arbitral pode admitir continuada cooperação entre as partes, enquanto do procedimento de arbitragem pende a decisão sobre alguma questão específica. Na medida em que os limites territoriais do judiciário são diminuídos, e superados pela expansão dos atores económicos, vão aparecendo justiças emergentes representadas por formas alternativas de tratamento de controvérsias. A arbitragem, dessa forma, oferece diversas vantagens para a Indústria Petrolífera, no sentido de que ela representa economia processual e financeira,

⁷⁴ Ferreira, Wharton Chamuiza Buangre Afonso, A Arbitragem como meio, conveniente, para a solução de controvérsias decorrentes dos contratos de concessão para as actividades de UPSTREAM na indústria do Petróleo, Pag. 20.

confidencialidade, especialidade, neutralidade, uma busca por um direito mais favorável e a celeridade em função dos altos investimentos envolvidos nesses contratos⁷⁵.

A arbitragem coloca-se, juntamente com a conciliação e a mediação, na vertente extrajudicial das ADRs, porém, o processo arbitral é dotado das mesmas garantias que o processo Estatal outorga, em razão do reconhecimento de seu carácter jurisdicional pelo legislador. Preservam-se, assim, em grau máximo, a segurança do mecanismo de solução de litígios e a vontade dos litigantes, seja quanto ao processo, seja quanto ao procedimento, seja quanto ao direito material a ser aplicado. Tudo isso é possível porque, o árbitro, junto com as partes, além de poderem resolver as controvérsias sem ter que recorrer ao judiciário, fazem uso de um procedimento que preza pela confiança, informalidade, flexibilidade, economia, e justiça nas decisões⁷⁶.

A primeira grande vantagem vem com a adopção da cláusula compromissória no âmbito dos contratos de concessão que representa um grande atractivo aos investidores que atuam na indústria petrolífera. As disputas solucionadas por um órgão neutro e imparcial, exógeno as garras do poder judiciário do país local, garante uma enorme segurança para o investidor estrangeiro. Outra vantagem da utilização da arbitragem, é em relação ao processo judicial, pelo fato das partes poderem contar com especialistas da indústria petrolífera como árbitros, bem como podem optar pela composição de um tribunal arbitral, conforme a natureza do conflito. A escolha de especialistas da indústria do petróleo como árbitros é uma grande vantagem em relação ao processo judicial em que o juiz deve conhecer as mais distintas áreas. Compreensivelmente, os membros do poder Judiciário são, por via de regra, generalistas, e não especialistas⁷⁷.

Num contexto geral, a nova legislação da arbitragem veio, também, desafogar o Judiciário resguardando-o para actuar nos litígios que lhe são próprios. Outro importante ponto é que a arbitragem “tende ao ideal da pronta justiça dos casos e tende a promover uma justiça de

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Idem*, Pag. 21.

⁷⁷ *Idem*, Pag. 21.

coexistência, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação”⁷⁸.

Disso posto, podemos observar que dos factores gerais acima referidos, todos eles apontam para uma característica presente no instituto da arbitragem, que é a celeridade. Essa característica é imprescindível para sector petrolífero, cujas actividades específicas são movidas pela economia do tempo, e a arbitragem vem proporcionar maior celeridade no tratamento das controvérsias, facultando as partes, inclusive, estabelecer prazo para a sentença arbitral, “podendo as mesmas responsabilizar civilmente o árbitro que descumprir o prazo estipulado”. A celeridade também se apresenta como factor preponderante, em razão dos altos investimentos envolvidos nos contratos de concessão do sector petrolífero. E embora a arbitragem seja notoriamente conhecida por seus altos custos, quando analisamos a relação tempo versus custos, concluímos que a celeridade do procedimento arbitral contribui, ainda, para a diminuição dos custos⁷⁹.

Destarte, conforme o exposto, resta concluir que a arbitragem proporciona maiores vantagens para a indústria do petróleo, em função da facilidade que garante a possibilidade das partes convencionarem e de submeterem sua dissidência ao julgamento de particulares que elas mesmas escolhem. Outra maior vantagem se constitui na celeridade de tratamento para a resolução das controvérsias⁸⁰.

A adopção da cláusula compromissória no âmbito dos contratos de concessão (e similares) para exploração de petróleo e gás representa um grande atractivo aos investidores que atuam na indústria do petróleo⁸¹.

Primeiramente, a possibilidade de ter as disputas decorrentes desses contratos solucionadas por um meio neutro e imparcial, fora do

⁷⁸ Amorim, Cláudia Sousa de, *Arbitragem como mecanismo alternativo na solução de conflitos pertinentes a contratos de concessão no Brasil junto ao sector de petróleo e gás natural*, 2006, Pag. 290.

⁷⁹ Ferreira, Wharton Chamuiza Buangre Afonso, *A Arbitragem como meio, conveniente, para a solução de controvérsias decorrentes dos contratos de concessão para as actividades de UPSTREAM na indústria do Petróleo*, Pag. 23.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Tiburcio, Carmen e Medeiros, Suzana, *A Arbitragem na Indústria do Petróleo no Direito Brasileiro*, Pag. 54.

âmbito do Poder Judiciário do país hospedeiro (na maioria dos países o contrato de concessão é celebrado pelo próprio Estado ou por uma agência ou empresa estatal que detém a propriedade ou os direitos de exploração do petróleo e do gás), garante uma enorme segurança para o investidor estrangeiro. Além disso, no juízo arbitral mais facilmente afasta-se a questão da imunidade de jurisdição do Estado hospedeiro, pois a doutrina majoritária entende que esse princípio não se aplica com relação à arbitragem, mas somente quando o Estado se submete à jurisdição de outro Estado soberano. Deve-se mencionar, inclusive, resolução do Instituto de Direito Internacional de 1988, que afirma que “*Un État, une entreprise d’État ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d’arbitrage pour refuser de participer à l’arbitrage auquel il a consenti*». A celeridade representa também um factor muito positivo, em razão dos altos investimentos envolvidos nesses contratos. Ainda que o procedimento arbitral não seja em alguns casos tão rápido como se esperava, ainda será muito mais célere do que se as partes recorressem ao Judiciário⁸².

A celeridade contribui, ainda, para a diminuição dos custos. Assim, apesar de a arbitragem ser notoriamente conhecida por seus altos custos, em comparação com o que se gastaria em anos de litígio, a relação tempo versus custos ainda é positiva em favor da via arbitral⁸³.

Sem dúvida o fato de se poder escolher especialistas da indústria do petróleo como árbitros é uma grande vantagem em relação ao processo judicial, em que o juiz deve conhecer as mais distintas áreas. De fato, juízes e tribunais, por mais capacitados que possam ser, lidam com uma variedade de matérias que vão de questões possessórias a conflitos envolvendo a interpretação de contratos de alta complexidade; passando ainda por questões familiares, ambientais, locações, leasing, dentre outras. Compreensivelmente, os membros do Poder Judiciário são, em regra, generalistas, e não especialistas. Pode-se optar, ainda, pela composição de um tribunal arbitral com advogados, engenheiros, economistas, conforme a natureza do conflito. Além disso, o tempo que o árbitro poderá destinar ao estudo do caso

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

é muito superior ao que o juiz – por mais que quisesse – seria capaz de dedicar⁸⁴.

A utilização desta forma de solução de conflitos é benéfica também porque propicia maior liberdade com relação à lei aplicável ao mérito do litígio. Alguns países ainda insistem em não reconhecer às partes a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável ao contrato, o que torna o tema bastante controvertido quando analisado pelo Judiciário desses países. No campo da arbitragem, prevalece a autonomia da vontade em praticamente todos os seus aspectos, reconhecendo-se ampla liberdade para as partes escolherem a lei que melhor atenda aos seus interesses? As partes podem, inclusive, escolher aplicar apenas os princípios do comércio internacional (a chamada *lex mercatoria*), e não se restringir a uma lei estatal. Essa liberdade adquire fundamental importância quando o contrato de concessão é celebrado, por exemplo, com países do Oriente Médio, onde estão situadas as maiores reservas de petróleo e gás do mundo, e cujas legislações são de base religiosa e totalmente estranhas ao investidor estrangeiro⁸⁵.

A liberdade da arbitragem também alcança a lei aplicável ao procedimento arbitral. As partes além de poderem escolher se querem uma arbitragem institucional ou *ad hoc*, e as regras a serem aplicadas pelos árbitros ao procedimento arbitral, também poderão escolher a lei processual aplicável em caso de lacuna das regras escolhidas. Essa liberdade quanto à escolha da lei processual inexistente na jurisdição estatal, pois o juiz deve necessariamente aplicar a *lex fori*⁸⁶.

Por fim, a arbitragem proporciona maior facilidade para se garantir a efectividade da decisão estrangeira, pois existem inúmeras convenções internacionais que tratam do reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. A principal delas é, sem dúvida, a de Nova York de 1958, que já foi ratificada por 137 países. A segurança do conhecimento por parte do investidor estrangeiro das regras vigentes em mais de 137 países para o reconhecimento e execução de laudos arbitrais

⁸⁴ *Idem*, Pag. 55.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

é um grande ponto positivo em favor da utilização desta via para a solução dos litígios⁸⁷.

13. A arbitragem nos contratos de concessão para exploração do petróleo e do gás em Moçambique

De acordo com o disposto na alínea d) do artigo 16 da Lei n° 21/2014, de 18 de Agosto, (Lei dos Petróleos), uma das garantias jurídicas que é reconhecida aos titulares de direito de operações petrolíferas, é o de recorrer a arbitragem internacional para a resolução de disputas, esgotados os meios alternativos de resolução.

Nos termos do artigo 69 da Lei n° 21/2014, de 18 de Agosto, as disputas emergentes dos contratos de concessão devem ser solucionadas, de preferência, por negociação.

Se a disputa não puder ser resolvida por acordo, a questão pode ser submetida à arbitragem ou às autoridades judiciais competentes, nos termos e condições estabelecidos pelo contrato de concessão ou, não havendo no contrato de concessão uma cláusula de arbitragem, às autoridades judiciais competentes.

A arbitragem entre o Estado Moçambicano e os investidores estrangeiros deve ser conduzida em conformidade com:

- a) a lei que rege a arbitragem, a conciliação e a mediação como meios alternativos de resolução de conflitos;
- b) regras do Centro Internacional de Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID), aprovadas em *Washington*, em 15 de Março de 1965, ou segundo a Convenção sobre a Resolução de Diferendos entre Estados e Nacionais de outros Estados;
- c) regras fixadas no Regulamento do Mecanismo Suplementar, aprovado a 27 de Setembro de 1978 pelo Conselho de Administração do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos, se a entidade estrangeira não

⁸⁷ *Ibidem.*

preencher as condições de nacionalidade previstas no artigo 26 da Convenção;

- d) regras de outras instâncias internacionais de reconhecida reputação em conformidade com o que as partes tiverem acordado nos contratos de concessão previstos na presente Lei, desde que tenham expressamente especificado as condições para a sua implementação, incluindo a forma de designação dos árbitros e o prazo para a tomada de decisão.

De acordo com o disposto do artigo 26 da Resolução n.º 25/2016, de 3 de Outubro, qualquer disputa entre o Governo e as Concessionárias será regida nos seguintes termos:

- Os litígios serão resolvidos, se possível, por negociação entre as partes. A notificação da existência de um litígio será efectuada por uma parte à outra.
- Caso não seja alcançado acordo no prazo de 30 (trinta) dias após a data em que uma parte notifique a outra da existência de um litígio, ou noutro prazo mais extenso que esteja expressamente previsto noutros artigos deste CCPP, qualquer parte terá direito a ver esse litígio dirimido por arbitragem ou por um perito conforme previsto neste artigo 26. A arbitragem e a determinação por perito, conforme atrás referido, constituirão os únicos métodos de decisão de um litígio ao abrigo deste CCPP.

Salvo para a questão submetida a um perito único, as partes submetem qualquer disputa emergente do CCPP que não possa ser resolvida por via negocial, a arbitragem nos seguintes termos⁸⁸:

- a) Todas as disputas serão submetidas para resolução arbitral final de acordo com as Regras da Arbitragem da Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial CNUDCI (*United Nations Commission on International Trade Law* (“UNCITRAL”) *Arbitration Rules*) em vigor na data efectiva;
- b) O local da arbitragem será Genebra na Suíça e a lei substantiva da arbitragem será a lei moçambicana.

⁸⁸ Número 26.3, do artigo 26 da Resolução n.º 25/2016, de 3 de Outubro.

- c) A arbitragem será conduzida na língua inglesa. Sem prejuízo do artigo 28, a versão inglesa deste CCPP assinada pelas partes será usada como a tradução oficial na instância arbitral.
- d) Qualquer decisão de um árbitro ou árbitros será final e vinculará todas as partes;
- e) O painel arbitral será composto por três (3) árbitros designados conforme as Regras do UNCITRAL, contudo, mediante acordo mútuo de ambas as partes, a arbitragem pode ser conduzida por um árbitro único designado nos termos das Regras do UNCITRAL. A menos que ambas as partes concordem que a disputa seja resolvida por um árbitro único, a parte demandante nomeará, por sua vez, dentro de trinta (30) dias do registo do pedido, um (1) árbitro de acordo com as Regras do UNCITRAL. No prazo de trinta (30) dias da data em que ambos os árbitros tenham aceitado a sua nomeação, os árbitros assim designados concordarão num terceiro árbitro que será o Presidente do tribunal arbitral. Se uma das partes não nomear um árbitro nos termos acima, ou se os árbitros nomeados pelas partes não concordem no terceiro árbitro dentro do prazo especificado acima, então a autoridade competente para indicação, o Tribunal Permanente de Arbitragem em Haia, quando requerido pela uma das partes nomeará conforme as regras do UNCITRAL. Se ambas as partes concordarem que a disputa seja resolvida por um árbitro único este será nomeado por acordo entre as partes sujeito a aceitação pelo árbitro nomeado; contanto que se as partes não chegarem a acordo para a nomeação do árbitro único, no prazo de trinta (30) dias da data do registo do pedido pela parte requerida, então o Secretário-Geral do Tribunal Permanente de Arbitragem, quando requerido pela uma das partes designará o árbitro único de acordo com as Regras do UNCITRAL;
- f) Na medida do possível, as partes deverão continuar a implementar os termos deste CCPP, sem prejuízo do início dos procedimentos arbitrais e da pendência de uma disputa;
- g) As disposições deste artigo 26 continuarão em vigor após o termo deste CCPP; e

- h) Nenhum perito único ou árbitro do tribunal arbitral será da mesma nacionalidade que qualquer das partes.

Qualquer sentença ou decisão, incluindo uma sentença ou decisão interlocutória proferida em processo de arbitragem conduzido nos termos deste artigo 26, será vinculativa para as partes, podendo o seu reconhecimento e execução ser promovido em qualquer tribunal que tenha competência para o efeito. Cada parte renúncia por este meio, de forma irrevogável, a qualquer defesa fundada em imunidade de soberania e renúncia a invocar imunidade:

- a) Relativamente a processos para execução de qualquer das referidas sentenças arbitrais ou decisões, incluindo, designadamente, imunidade relativa a citações processuais e à jurisdição de qualquer tribunal; e
- b) Relativamente a imunidade de execução de qualquer das referidas sentenças arbitrais contra os bens da República de Moçambique detidos para fins comerciais

Para efeitos do disposto no artigo 26. 4, entende-se que “as partes” compreenderão cada Concessionária.

26.5. Quaisquer questões em litígio de natureza técnica que não digam respeito à interpretação da lei ou da aplicação do CCPP e que devam ser submetidas a um perito único nos termos do disposto neste CCPP, incluindo nos termos da alínea e) do artigo 10.4 deste CCPP e alínea e) do artigo 2.1 Anexo “C” ou qualquer outra questão de natureza substancialmente equivalente às descritas nos tais artigos (ou qualquer outra questão que as partes possam de outra forma acordar em submeter ao perito), deverão ser referidos para determinação de um perito único, uma vez suscitadas por uma das partes, através de notificação escrita para esse efeito nos termos do artigo 33. Essa notificação conterá uma exposição do litígio e todas informações relevantes com ele relacionado. O perito único será uma pessoa independente e imparcial de reputação internacional com qualificações e experiência nomeado por um acordo mútuo das partes. O perito designado actuará

na qualidade de perito e não na de árbitro ou mediador, sendo instruído no sentido de resolver o litígio que lhe é submetido no prazo de 30 (trinta) dias após a sua nomeação mas nunca num prazo superior a 60 (sessenta) dias após a sua nomeação. Após a escolha do perito único, a parte que receber a referida notificação de submissão da questã apresentará a sua própria exposição contendo toda informação que considere relevante quanto à matéria em litígio. A decisão do perito único será final e vinculativa, não sendo susceptível de qualquer recurso, salvo em caso de fraude, corrupção ou manifesto incumprimento dos procedimentos aplicáveis deste CCPP. Se as partes não chegarem a acordo quanto à nomeação do perito único no prazo de 20 (vinte) dias após uma das partes ter recebido uma notificação de submissão da questão nos termos deste artigo, o perito único será seleccionado pelo Presidente do Instituto da Energia, Londres, sendo a pessoa assim seleccionada posteriormente nomeada pelas partes.

26.6. O perito único decidirá qual o processo a adoptar na tomada de decisão, incluindo se as partes deverão apresentar requerimentos e alegações por escrito ou oralmente, e as partes deverão colaborar com o perito único e disponibilizar toda a documentação e informação que o perito possa solicitar. Toda a correspondência, documentação e informação disponibilizada por uma parte ao perito único deverá ser também enviada à outra parte e quaisquer requerimentos orais efectuados perante o perito único deverão ser realizados na presença de todas as partes, e cada parte terá o direito de resposta. O perito único poderá obter qualquer opinião técnica ou profissional independente que considere necessária. A versão inglesa deste CCPP assinada como documento de apoio pelas partes deverá ser utilizada como tradução oficial em qualquer decisão tomada pelo perito único. Os honorários e despesas de um perito único nomeados pelas partes nos termos do artigo 26.5 serão suportados em partes iguais pelas partes.

As partes comprometem-se por este meio a não exercer qualquer direito de intentar uma acção judicial nos termos de qualquer jurisdição ou lei, visando a anulação de qualquer sentença arbitral, interlocutória ou final, que haja sido proferida de acordo com este artigo 26 excepto que nada neste artigo 26.7 será lido ou interpretado como

impondo qualquer limitação ou constrangimento no direito de qualquer das partes de solicitar a anulação de qualquer sentença arbitral, interlocutório ou final:

- a) Tomada por um tribunal arbitral do UNCITRAL com base nos fundamentos e de acordo com o procedimento previsto no artigo 52 da Convenção, ou
- b) Tomada pelo tribunal arbitral de acordo com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL com base nos fundamentos estabelecidos no artigo 52 da Convenção.

Nos termos do Decreto n.º 2/2014, de 2 de Dezembro – *que estabelece o regime jurídico e contratual especial aplicável ao Projecto de Gás Natural Liquefeito nas áreas 1 e 4 da Bacia do Rovuma*, a resolução de litígios será nos termos do artigo 25 do mesmo Decreto, Com efeito, estabelece o aludido artigo 25 que:

- Sem prejuízo das normas específicas estabelecidas nos contratos de concessão de pesquisa e produção, quaisquer litígios emergentes ou relacionados com qualquer matéria regulada pelo presente diploma serão resolvidos pela lei moçambicana.
- Sem prejuízo das normas específicas previstas nos contratos de concessão de pesquisa e produção, o recurso a arbitragem internacional deverá ocorrer se as partes não conseguirem resolver o litígio de forma amigável no prazo máximo de 90 (noventa) dias.
- Em caso de litígio abrangido, as regras aplicáveis aos procedimentos de arbitragem, incluindo a constituição e funcionamento do tribunal arbitral, são as constantes das disposições de arbitragem dos Contratos de Concessão para Pesquisa e Produção que se encontram em vigor na presente data, sem prejuízo da possibilidade da alteração dessas regras por acordo das partes.
- Sem prejuízo do regime de arbitragem internacional necessária previsto, a ENH ou qualquer outra empresa pública está autorizada a celebrar convenções de arbitragem internacional com

vista à resolução de quaisquer litígios emergentes de quaisquer contratos de concessão ou acordos relativos ao Projecto da Bacia do Rovuma, em conformidade com os termos dos procedimentos de resolução de litígios estabelecidos nos contratos relevantes.

13.1. Elementos da sentença arbitral

De acordo com o disposto no artigo 39 da Lei de Arbitragem a sentença do tribunal arbitral é reduzida a escrito e dela deve constar:

- a) a identificação das partes;
- b) a referência à convenção de arbitragem;
- c) o objecto do litígio;
- d) a identificação dos árbitros;
- e) o lugar da arbitragem, o local, a data em que a decisão foi proferida;
- f) a assinatura do árbitro ou árbitros.

No processo arbitral com mais de um árbitro, serão suficientes as assinaturas da maioria dos árbitros, desde que seja mencionada a razão da omissão das restantes.

A decisão deve ser fundamentada salvo se as partes convencionarem que não haverá lugar a fundamentação ou se se tratar de uma sentença proferida com base num acordo das partes, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 11/99, de 12 de Julho.

Da decisão deve constar a fixação e repartição, pelas partes, dos encargos resultantes do processo.

13.2. Determinação do direito aplicável

O tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de Direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao fundo da causa. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado

país será considerada, salvo indicação expressa em contrário como designando directamente as regras jurídicas materiais desse país e não as suas regras de conflitos de leis.

Na falta de uma tal designação pelas partes, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie.

O tribunal decidirá *ex aequo at bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes a isso expressamente o autorizarem.

Em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta os usos do comércio aplicáveis à transacção,

13.3. Nomeação de árbitros

As partes podem, por acordo, escolher livremente o processo de nomeação do árbitro ou árbitros, sem prejuízo do disposto nos n.º 3 e 4 do artigo 58 da Lei de Arbitragem.

Na falta de um tal acordo:

- a) no caso de uma arbitragem com três árbitros cada uma das partes nomeia um árbitro e os dois árbitros assim nomeados escolhem o terceiro árbitro; se uma das partes não nomear o árbitro no prazo de trinta dias a contar da recepção de um pedido feito nesse sentido pela outra parte. ou se os dois árbitros não se puserem de acordo quanto à escolha do terceiro árbitro dentro de trinta dias a contar da respectiva designação, a nomeação é feita, a pedido de uma das partes por um organismo institucionalizado de arbitragem escolhido pelas partes;
- b) no caso de uma arbitragem com um único árbitro se as partes não puderem pôr-se de acordo sobre a escolha do árbitro este será nomeado, a pedido de uma das partes, por um organismo institucionalizado de arbitragem escolhido pelas partes.

Qualquer das partes pode pedir ao tribunal judicial que tome a medida pretendida, a menos que o acordo relativo ao processo de

nomeação estipule outros meios de assegurar esta nomeação se, durante um processo de nomeação convencionado pelas partes:

- a) uma parte não agir em conformidade com o referido processo; ou
- b) as partes, ou dois árbitros não puderem chegar a um acordo nos termos do referido processo; ou
- c) um terceiro, aí incluída uma instituição, não cumprir uma função que lhe foi confiada no referido processo.

É aplicável à nomeação de árbitros o disposto nos n.ºs 9 e 10 do artigo 18 da Lei n.º 11/99.

14. Vantagens de Utilização da Arbitragem nos Contratos de Concessão para a Exploração e Produção de Petróleos e Gás

A adoção da clausula compromissória no âmbito dos contratos de concessão (e similares) para exploração de petróleo e gás representa um grande atrativo aos investidores que atuam na indústria do petróleo⁸⁹.

Primeiramente, a possibilidade de ter as disputas decorrentes desses contratos solucionadas por um meio neutro e imparcial, fora do âmbito do Poder Judiciário do país hospedeiro (na maioria dos países o contrato de concessão é celebrado pelo próprio Estado ou por uma agência ou empresa estatal que detêm a propriedade ou os direitos de exploração do petróleo e do gás), garante uma enorme segurança para o investidor estrangeiro. Além disso, no juízo arbitral mais facilmente afasta-se a questão da imunidade de jurisdição do Estado hospedeiro, pois a doutrina majoritária entende que esse princípio não se aplica com relação a arbitragem, mas somente quando o Estado se submete a jurisdição de outro Estado soberano. Deve-se mencionar, inclusive, resolução do Instituto de Direito Internacional de 1988, que afirma que «*Un Etat, une entreprise d'Etat ou une entite etatique ne peut pas*

⁸⁹ Tiburcio, Carmen e Medeiros, Suzana, A Arbitragem na Indústria do Petróleo no Direito Brasileiro, Pag. 54.

invoquer son incapacite de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer a l'arbitrage auquel it a consenti»⁹⁰.

A celeridade representa também um fator muito positivo, em razão dos altos investimentos envolvidos nesses contratos. Ainda que o procedimento arbitral não seja em alguns casos tão rápido como se esperava, ainda será muito mais melhor do que se as partes recorressem ao Judiciário. A análise deve ser, pois, comparativa⁹¹.

A celeridade contribui, ainda, para a diminuição dos custos. Assim, apesar de a arbitragem ser notoriamente conhecida por seus altos custos, em comparação com o que se gastaria em anos de litígio, tempo *versus* custos ainda é positiva em favor da via arbitral.⁹²

Sem dúvida o fato de se poder escolher especialistas da indústria do petróleo como árbitros é uma grande vantagem em relação ao processo judicial, em que o juiz deve conhecer as mais distintas áreas. De fato, juízes e tribunais, por mais capacitados que possam ser, lidam com uma variedade de matérias que vão de questões possessórias a conflitos envolvendo a interpretação de contratos de alta complexidade; passando ainda por questões familiares, ambientais, locações, *leasing*, dentre outras. Compreensivelmente, os membros do Poder Judiciário são, em regra, generalistas, e não especialistas. Pode-se optar, ainda, pela composição de um tribunal arbitral com advogados, engenheiros, economistas, conforme a natureza do conflito. Além disso, o tempo que o árbitro poderá destinar ao estudo do caso é muito superior ao que o juiz – por mais que quisesse – seria capaz de dedicar⁹³.

A utilização desta forma de solução de conflitos é benéfica também porque propicia maior liberdade com relação a lei aplicável ao mérito do litígio. Alguns países ainda insistem em não reconhecer as partes a autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável ao contrato, o que torna o tema bastante controvertido quando analisado pelo Judiciário desses países. No campo da arbitragem, prevalece a autonomia da vontade em praticamente todos os seus aspectos, reconhecendo-se

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Idem*, Pag. 55.

ampla liberdade para as partes escolherem a lei que melhor atenda aos seus interesses. As partes podem, inclusive, escolher aplicar apenas os princípios do comércio internacional (a chamada *lex mercatoria*), e não se restringir a uma lei estatal. Essa liberdade adquire fundamental importância quando o contrato de concessão é celebrado, por exemplo, com países do Oriente Médio, onde estão situadas as maiores reservas de petróleo e gás do mundo, e cujas legislações são de base religiosa e totalmente estranhas ao investidor estrangeiro⁹⁴.

A liberdade da arbitragem também alcança a lei aplicável ao procedimento arbitral. As partes além de poderem escolher se querem uma arbitragem institucional ou *ad hoc*, e as regras a serem aplicadas pelos árbitros ao procedimento arbitral, também poderão escolher a lei processual aplicável em caso de lacuna das regras escolhidas. Essa liberdade quanto a escolha da lei processual inexistente na jurisdição estatal, pois o juiz deve necessariamente aplicar a *lex fori*⁹⁵.

Por fim, a arbitragem proporciona maior facilidade para se garantir a efetividade da decisão estrangeira, pois existem inúmeras convenções internacionais que tratam do reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. A principal delas é, sem dúvida, a de Nova York de 1958, que já foi ratificada por 137 países⁹⁶.

Conclusão

O instituto da arbitragem é novo no Direito Moçambicano. A lei de arbitragem foi aprovada em 1999.

Os investimentos no sector do petróleo e do gás envolvem um elevado risco e um elevado capital financeiro, o que exige um sistema jurídico atractivo e que oferece segurança e garantias aos investidores. É neste âmbito que em sede da Lei de Petróleos, o recurso à arbitragem internacional é consagrada como uma das garantias jurídicas que assiste aos titulares de direito de operações petrolíferas.

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Idem*, Pag. 56.

⁹⁶ *Ibidem.*

A arbitragem é um dos factores atractivos para o investimento no sector de petróleo e gás, pois permite uma solução tecnicamente especializada, imparcial, célere, simplificada e segura.

O modelo de contratação adoptado em Moçambique é o modelo de Concessão, contudo o contrato de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás, tem uma natureza jurídica peculiar, não podendo ser igualado aos contratos de concessão de serviços públicos regidos pelo direito público.

A lei do petróleo veio consagrar a arbitragem como um mecanismo extra-judicial de resolução de conflitos na indústria do petróleo e do gás, o que constitui um importante atractivo aos investidores pois, a constância da cláusula compromissória nos contratos de concessão, permite que as partes possam escolher árbitros neutros e adopção de uma jurisdição segura, célere e tecnicamente especializada.

A questão que se levanta é, como é que se explica a submissão do Estado à arbitragem que se rege pelos princípios do direito privado, pois nos contratos de concessão temos duas partes, o Estado, proprietário dos recursos e a empresa concessionada? A razão para a admissibilidade de subdiácono do Estado à arbitragem nos contratos de concessão de petróleo e gás, radica no facto de que estes contratos embora envolvam o Estado e um interesse público, eles têm uma natureza *sui generis*, pois não são uma concessão de serviço público, mas sim de uma actividade económica súbdita pela sua natureza ao Direito Privado, mas sem com isso poder afastar as normas publicitas aplicáveis ao contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, António Carlos Rodrigues do (coord.). **Direito do Comércio internacional: aspectos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

AMORIM, Cláudia Souza de. **Arbitragem como mecanismo alternativo na solução de conflitos pertinentes a contratos de concessão no Brasil junto ao setor de petróleo e gás natural**. 2006. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, 2006.

- ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. **A responsabilidade civil nas actividades petrolíferas: questões interessantes**. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira, e Marcos, Rui De Figueiredo, **Direito do Petróleo**, (coord), Gráfica de Coimbra, 2013
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás**. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia – RBDP 1808-9291– Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, N° 1 (Mar./2006 – CEDPETRO)*, – Rio de Janeiro: Gramma, 2006.
- ARAÚJO, Nádía de., CASELLA, Paulo Borba (coord.), vários autores. **“Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional”**. São Paulo: LTr, 1996. AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efectividade do processo uma nova proposta*. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- BARBOSA, Alfredo Ruy. **A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural**. *Temas de Direito do Petróleo e Gás Natural*. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: <www.jahr.org/nel/rui>. Acesso em 06/11/2006.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. **Geopolítica do petróleo: Tendências mundiais pós-guerra do Iraque de 2003**. Brasil: situação e marco regulatório. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BEZERRA, Gabriela Correa da Costa, **Arbitragem no Contrato de Concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural**, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2012.
- BRAGA, Luciana P.; SZKLO, Alexandre S. *The recent regulatory changes in Brazilian petroleum exploration and exploitation activities*. *Journal of world energy Law and business*, v. 7, n. 2, p. 120-139, 2014.
- CANELAS, AL de S. **Evolução da importância económica da indústria de petróleo e gás natural no Brasil: contribuição a variáveis macroeconómicas**. 2007. 120 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Coordenação dos Programas de Pós-Graduação de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI, Thamar. **Imparcialidade na Arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 117-172, abr./jun. 2014. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem; MEDEIROS, Suzana. **Direito Internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERREIRA, Wharton Chamuiza Buangre Afonso, **A Arbitragem como meio, Conveniente, para a solução de Controvérsias decorrentes dos contratos de Concessão para as actividades de UPSTREAM na indústria do Petróleo**, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.
- TIBURCIO, Carmen e Medeiros, Suzana, **Arbitragem na indústria do petróleo no Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro, 2005, in biblioteca digital. fg. bx.
- VICENTE, Dário Moura – **Arbitragem e Outros Meios de Resolução Extrajudicial de Litígios no Direito Moçambicano**, Beira, 2016

Legislação

- Lei n. 11/99 de 8 de Julho, publicado no BR, do dia 12 de Julho de 1999, I série, n. 27
- Lei n° 21/2014, de 18 de Agosto, publicado no BR n° 66, I Série.
- Lei n° 25/2014, de 23 de Setembro, publicado no BR n° 76, I Série.
- Decreto-Lei n° 2/2014, de 2 de Dezembro, publicado no BR n° 96, I Série.
- Decreto n° 3472015, de 31 de Dezembro, publicado no BR n° 104, I Série.
- Resolução n° 25/2016, de 3 de Outubro, publicado no BR n° 118, I Série.

Sites da Internet

- BACOCOLI, Giuseppe. **Retornando à Questão do Preço do Petróleo**. Artigo Publicado pela COPPE – Coordenação dos Programas de Pós-graduação

de Engenharia – UFRJ – Rio de Janeiro: acesso em 10/10/2006, disponível no website: <http://www.planeta.coppe.ufrj.br/artigo.php?artigo=522>.
MACHADO, Alexandre Ricardo e Saleme, Edson Ricardo, **Arbitragem nos Contratos de Concessão e Partilha de Produção no UPSTREAM**, Brasileiro, in WWW.ZU.STRASSMANN, Karin, e LUCHI, Cinttia, o Instituto da Arbitragem no Brasil in Buscalegis.ccy.UFSC.br, Acesso: 5 de Julho
PINHEIRO, Luís de Lima, Introdução a arbitragem de investimentos no sector de energia perante as ordens jurídicas Portuguesa e Angolana, Lisboa, arbitragem.PT/Conselhoes/arb.investimento/doutrina/nacional. Acesso: 30 de Julho de 2017

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

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

E-mail: presidente@idilp.net

O Papel do Tribunal Penal Internacional nas Relações Internacionais¹

The Role of The Criminal Court in International Relations

MIGUEL GANGA²

Resumo: Trata-se de uma abordagem sobre o papel do TPI para o equilíbrio das relações internacionais, com base na teoria dos jogos que procura explicar como se baseiam as relações entre os Estados no sistema das nações.

Em oito (8) pontos, desde a análise ao ERTPI, organização e objectivos deste importante órgão às posições dos Estados membros do CS, nomeadamente, China, EUA e Rússia, passando pela análise das experiências conseguidas com a criação dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia, o Ruanda e Serra Leoa, assim como pelas posições dos Estados africanos e à instrumentalização política a que o TPI pode estar sujeito, buscando-se satisfazer agendas políticas externas, procurou-se encontrar uma resposta para o futuro do TPI, perante questões que se lhe apresentam, como as incongruências, as incompatibilidades, a equidade e a imparcialidade na aplicação da justiça penal internacional para que se possa constituir, de jure e de facto, num órgão imprescindível e como tal, seja querido por todos os Estados.

Palavras-chaves: *Tribunal Penal Internacional; Relações internacionais; Nações Unidas; Direito Penal Internacional e Humanitário.*

Abstract: It is an approach to the ICC's role for the balance of international relations, based on game theory that seeks to explain how based relations between the United Nations system.

Eight (8) points, from analysis to ERTPI, organization and objectives of this important organ to the positions of the member states of CS, namely, China, USA and Russia, through examination of the experiences gained with the creation of ad hoc tribunals for the former Yugoslavia, Rwanda, Sierra Leone, as well as the

¹ Entregue: 8.7.2018; aprovado: 9.10.2018.

² Doutorando em Direito e Segurança da NOVA Direito.

positions of African states and the political use to which the ICC may be subject, seeking to meet foreign policy agendas, we tried to find an answer to the future of the ICC, before issues presented to him, as the inconsistencies, incompatibilities, fairness and impartiality in the application of international criminal justice that may be incurred, in law and in fact, a vital organ and as such, is cherished by all States.

Keywords: *International Criminal Court; International relations; United Nations; International Criminal and Humanitarian Law.*

1. Introdução

O tema é atual e bastante pertinente, e de difícil abordagem, não só, pela problemática, como pelo facto de se tratar de um organismo cuja dimensão exige uma análise e visão profunda e de âmbito multidisciplinar.

A intenção ou o objetivo é trazer à tona uma nova visão sobre a abordagem do problema, fora do quadro simplesmente das teorias do Direito e da Jurisprudência, mas sim, dentro de uma cosmovisão do sistema internacional, com base em certos conceitos, que pensamos, devem ser reinventados ou operacionalizados numa linha de pensamento e análise realística.

Isto porque, as matérias que se afiguram do domínio e da alçada do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ERTPI), pela sua natureza e complexidade carecem sempre de um estudo e enquadramento que transcende os particularismos da simples lógica da aplicação linear dos princípios jurídicos e dos cânones da justiça penal internacional, já de si bastante polémicos.

Daí que o próprio nascimento do Tribunal Penal Internacional (TPI) afigurou-se, não apenas um parto difícil e de complexos contornos, dentro do sistema das Nações Unidas.

Vejam também que, o atual sistema internacional mais do que unir, separa as nações, tornando-as num conjunto de “*seitas*”, cada uma em busca de seu ideal.

Considerando-se, o ERTPI um tratado internacional solene, questiona-se, a sua universalidade. Talvez se considere um pacto, em busca

de pistas e sinais indicadores das várias possibilidades daquilo que se pode esperar de uma *norma emergente*, capaz de tratar com eficácia os atos internacionalmente tipificados como crimes.

O tratado baseia-se em experiências anteriores, em situações semelhantes, mas até certo ponto, o resultado não pode ser previsto apenas nessa perspectiva.

Esta é, em última análise a visão que se pode ter da atual realidade do sistema internacional, no que a internacionalização do Direito Penal diz respeito.

Aliás, pensamos que, uma das dificuldades com que se debate o ERTPI, prende-se com a sua aceitação plena.

São os seus destinatários que o discutem e o aprovam, e, tendem a sentir-se constrangidos nestas situações em que parecem enlaçar o próprio engodo dentro de um sistema político internacional que carece de normas claras.

De tal sorte que, a lógica será sempre, alguns nele se agarrarem para o seu auto branqueamento, mas, contudo, já se viu que esse facto está longe de ser uma reação universal.

Mas, todavia, e ao fim e ao cabo de intensas e fervorosas discussões, e entre consensos e dissensos, procurou-se adotar, uma fuga para frente, que tornou possível a adoção do *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*³, em 17 de Julho de 1998, entrando em vigor em 1 de Julho de 2002, depois da sua ratificação por 60 Estados.

O Tribunal fixou a sua sede na cidade neerlandesa de Haia, países baixos, como um organismo autónomo, dotado de personalidade jurídica internacional.

Surge assim, como o novo “*Areópago*” da Política e do Direito Internacional até então exercido sublimemente pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), ao qual se liga pelo mesmo cordão umbilical.

³ Apesar da sua entrada em vigor em 2002, o ERTPI, doze anos depois parece ainda encontrar-se numa fase embrionária da sua aplicação e claro está, tem sido nesta perspectiva de se avaliar o grau da sua eficácia, que se vão identificando as anomalias e insuficiências de alguns princípios no âmbito da internacionalização do Direito Penal.

O ERTPI é, de acordo com o nosso pensamento, mais um instrumento jurídico-político, engrossando um conjunto de princípios (que se tornam amorfos com o comportamento do sistema internacional), que se vem juntar a outros tantos instrumentos de tratados internacionais, como sejam, os das Convenções de Genebra (CG), de 12 de Agosto de 1949, e a própria Carta das Nações Unidas (CNU) que rege o funcionamento da mais poderosa organização internacional.

Pensamos que, as inúmeras críticas já tecidas sobre os condimentos jurídico-penais internacionais que enferma o ERTPI, são suficientes para se compreender e chamar a atenção dos mais diversos atores internacionais do facto de que, funcionalmente, o Tribunal representa tão-somente, mais uma nova figura estilística de internacionalização do Direito que permite, às cinco principais potências internacionais cuidar melhor dos seus interesses dentro das limitações e recursos em que gravita o sistema de justiça internacional e de sua posição neles.

A pertinência da abordagem de um tema como este, assenta na sua transversalidade, na sua dimensão interdisciplinar ou transdisciplinar, abarcando matérias de estudo não apenas de âmbito jurídico, mas também filosófico, político, e sobretudo, da sociologia do poder que rege a relação entre os Estados no plano internacional.

Neste contexto, a questão que apraz responder é a seguinte: *Que futuro se pode esperar do TPI, quando a maioria dos atores estatais parece mais disposta a sonegar a sua atuação contra a impunidade das condutas internacionais tipificadas como crimes pelo Estatuto de Roma?*

Aqui recordar as palavras do filósofo norte-americano, John Rawls⁴ para tentar compreender e explicar o seu conceito de “*justiça distri-*

⁴ Cfr. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1973. Embora Rawls centra a sua análise e visão sobre a justiça social, despertou a nossa atenção, o facto de alguns conceitos por ele utilizados terem uma dimensão transformacional em qualquer sistema social, não estando fora deste âmbito o sistema internacional que por sinal envolve não simplesmente indivíduos, mas Estados, nações no seu todo ou os seus cidadãos. Diante da fragmentação do mundo atual, não seria uma heresia lembrar a necessidade de um “*consenso sobreposto*”, o qual seja, um consenso em torno de uma conceção universal de justiça compartilhada pela comunidade internacional. A busca deste consenso exige da parte dos superes-poderes, o uso da “*razão pública*”, ou seja, da capacidade

butiva”. Isto é, o que grassa desde a criação da ONU, em 1945, no sistema internacional, implicando ideias menos precisas sobre o que é justo, em especial na distribuição de recursos e recompensas, referindo o seguinte: «(...) *a igualdade deveria prevalecer, ao menos que a desigualdade servisse aos melhores interesses de todos*».

2. Análise do ERTPI⁵

Para começarmos por compreender as possíveis razões que possam estar na base das dificuldades que ditam, não só, a relação, mas também as contestações que amiúde se levantam relativamente ao papel, a conduta, a atuação e a missão do TPI, temos de olhar para o seu estatuto.

Ao tentar analisar o documento retro, a primeira perceção que surge, é a de que, a criação do TPI foi um *jogo de soma zero* para o exercício de um poder judicial internacional de fórum criminal.

São inúmeras as contradições que se verificam entre os seus princípios para um tipo de justiça completar, para além de que, parecer certificar a sua dualidade de critérios contra a ação do crime.

2.1. A teoria dos jogos nas relações internacionais

O surgimento de um TPI como uma instância de carácter supra estadual, criada com a finalidade de julgar certos crimes no lugar dos Estados, explica a “*teoria dos jogos*” nas relações internacionais.

de colocar-se na esfera da opinião pública, buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes.

⁵ Para um melhor entendimento dos artigos citados, cfr. o ERTPI, sobre as normas que governam o presente documento. Portanto a contradição, o conflito e a tensão que o referido tratado suscita, gera ansiedade e incertezas que carecem de avaliação. Aliás como de resto observou o Professor Jorge Bacelar Gouveia, sobre o mesmo Estatuto de Roma, que revela uma grande variedade de normas diferentes, operando na mesma ocasião, resultando em vários padrões de comportamento, em que apenas alguns dos quais se conformam ao documento retro. Cfr. Também, Gouveia, Jorge Bacelar, *Direito Internacional da Segurança*, Almedina 2013, pp. 132-134.

Cfr. também site na internet do TPI: <http://www.icc-cpi.nt/>

A teoria dos jogos focaliza a maneira como os atores internacionais escolhem entre cooperação, competição e exploração de oportunidades em várias situações conflituantes.

Apesar da questão relativa a criação de um TPI vir sendo estudada pela *Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas*⁶, desde 1989, tendo apresentado o seu projecto em 1994.

E ainda apesar de que até antes da criação do Tribunal propriamente dito, em 1995 um comité preparatório *ad hoc* foi encarregue da organização de uma conferência internacional que ocorreu em 1998, tendo reunido em Roma representantes de 150 Estados, para debater a importância e a necessidade de criação de uma estrutura internacional permanente, de carácter judicial – o TPI – para a aplicação da justiça penal internacional, nos casos em que os Estados se mostrassem incapazes ou ineficazes para julgar certas condutas consideradas graves – e apesar de ser para efeito de um tipo de justiça complementar – o ERTPI, nunca chegou a ser um tratado consensual.

É, precisamente na base deste princípio da subsidiariedade que se manifesta o jogo das relações internacionais. Na reunião de Roma, 120 Estados subscreveram o ERTPI, embora se mantivessem as contradições, ao longo de 5 dias de acérrimos debates, mas apenas 60 Estados, o ratificaram posteriormente.

Não fora ultrapassado, o pomo da discórdia sobre o princípio *jus puniendi*. Afinal, deve-se melhor clarificar em que medida, o Tribunal passa a ter o poder/dever de aplicar penas no lugar dos Estados sobre os crimes de maior gravidade.

Isto é, tendo em conta, a natureza dos crimes, quase sempre ligada ao exercício de funções políticas ou à luta pela sua conquista e exercício, impondo-se aqui também, o carácter da resistência⁷ por uso de meios violentos ou o carácter da legitimidade do uso de meios violentos.

⁶ Cfr. Machado, Jónatas E. M. (2004). *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 2.^a Edição: Coimbra Editora, 2004, p. 360.

⁷ Cfr. O art. 31.º do ERTPI apresenta uma certa confusão teleológica sobre as causas de exclusão da responsabilidade criminal. A mesma confusão verifica-se no art. 31.º sobre os elementos psicológicos, não sendo possível uma distinção clara destes elementos para a tipificação em concreto dos ideais de condutas criminais.

tos no exercício do poder de Estado, instala-se desde logo, a primeira contradição.

O jogo faz com que, vão sendo cada vez mais extremadas, as posições contra o papel do TPI, em exercer um direito que antes era simplesmente privativo dos Estados, suscitando novas correntes de pensamento que defendem a ilegitimidade dessa sua competência.

Portanto, o jogo consiste em perceber este dilema das relações internacionais, em que parece que, muitas vezes são recompensados aqueles que não confessam os seus atos aberrantes em detrimento daqueles que os confessam.

Neste contexto, os Estados jamais pretendem abdicar do direito de punir e/ou de aplicar medidas de segurança, em situações de cometimento de crimes de maior gravidade, passando essa responsabilidade ao TPI. Logo, o dilema fragiliza a cooperação e como seria de esperar, quem detém o poder de decisão explora a situação em proveito próprio.

2.2. *Jurisprudência dos princípios*

As incompatibilidades, as incongruências e as limitações que fazem com que, se coloquem algumas questões inquisitivas, tanto de carácter doutrinário (do Direito Penal Internacional), quanto de carácter político-filosófico sobre os princípios e normas jurídico-legais que enformam ou deformam o estatuto, explicam padrões de comportamento dos atores internacionais em termos do contexto subjacente.

Reza o Estatuto de Roma (ER) que a sua jurisdição assenta «... sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional» (art.º 1.º do ER).

Ora, logo se vê, que não se tratando de crimes comuns, os alvos principais da jurisdição do Tribunal não são pessoas comuns⁸. Isso pressupõe um carácter seletivo.

A nossa análise sobre os pressupostos deste carácter seletivo incide sobre a manifestação de várias tendências que a relação com o Tribunal vai despoletando.

⁸ Cfr. Art. 21.º e 28.º do ERTPI.

Isto é o que domina, a sociologia do poder nas relações internacionais, a busca pela minimização de riscos (ou desvantagens) e maximização de recompensas (ou vantagens) para a satisfação dos interesses de quem dispõe da capacidade de “*solução minimax*” na disputa de interesses agônicos, mormente, no sistema internacional.

Um fator crucial para avaliar a maneira de ver o mundo e as motivações de cada um dos atores num sistema internacional, cada vez menos ordeiro e menos solidário.

Portanto, só isso é suficiente para que possamos compreender a tipologia de crimes elencados, no artigo 5.º, n.º 1 do ER:

- «a) o *genocídio*;
- b) os *crimes contra a humanidade*;
- c) os *crimes de guerra*;
- d) o *crime de agressão*»⁹.

Estes configuram, o caráter seletivo para a avaliação da jurisprudência dos princípios que enformam o ERTPI. Vendo bem, este fator

⁹ Cfr. Cabrita, Isabel (2011), in Enciclopédia de Direito Internacional, Almedina, 2011, p. 461. Esta autora faz uma referência, ao que consiste a definição do crime de agressão através da Resolução RC/Res. 6, adotada pela Conferência de Revisão do ER, realizada em Campala, Uganda, a 11 de Junho de 2010, em conformidade com o que estabelece o n.º 2, do artigo 5.º do ERTPI. Segundo referiu, a competência do TPI em relação ao crime de agressão ficou dependente de uma decisão a tomar depois de 1 de Janeiro de 2017, por uma votação de mais de dois terços dos Estados Partes, conforme consigna o n.º 2, do artigo 15.º, da referida Resolução. Pelo que, a agressão internacional de um Estado contra outro Estado é uma questão amplamente discutida no Direito Internacional e como já o dissemos, a agressão ocorre, quando a frustração de planos estratégicos leva a comportamentos coletivos frequentemente agressivos, esta é a situação do conflito no Médio Oriente, que ao que tudo indica, o pomo da discórdia sobre a definição/tipificação do crime de agressão, passando o seu exercício à competência do TPI reside fundamentalmente, na ausência do que o filósofo norte-americano, John Rawls chamou de “*consenso sobreposto*” sobre as causas da agressão, sendo a região do Médio Oriente, o paradigma desta polémica situação. Embora, a mesma situação se pode colocar em relação a algumas regiões do continente africano, onde o conflito armado assume uma dimensão estratégica de âmbito internacional, não só pelos efeitos de contaminação entre os países vizinhos, mas pela sua dimensão geopolítica e geoestratégica.

parece ter sido fundamental para que os crimes de agressão não constem do género de condutas já proscritas pela CNU¹⁰.

Isto porque, a agressão ocorre quando se recorre à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, agindo contra os objetivos da CNU¹¹.

A proscrição do uso da força pela CNU, embora, se julgue uma realidade universal não se ajusta ao atual modelo de relações internacionais, quando estão em jogo interesses vitais e a frustração ao seu acesso leva a comportamentos coletivos por parte dos Estados, frequentemente de agressividade.

Nesta conformidade, e em face do dilema da cooperação, a dificuldade que se coloca para os Estados reside precisamente, na aceitação do limite da tutela estadual sobre os espaços das suas soberanias, onde ocorrem tais crimes, segundo o princípio *ius puniendi* do direito penal; passando essa tutela, a ser partilhada com o TPI.

A jurisprudência¹² dos princípios neste caso, consiste, exatamente em avaliar em que medida as decisões judiciais foram de encontro com a gravidade dos atos cometidos ou os seus responsáveis se viram imunes da ação sancionatória que devia ser imposta pelo regime jurídico do Estado por omissão do crime.

Os artigos 6.º, 7.º e 8.º definem os crimes tratados no art. 5.º, nomeadamente: o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, passando estes a constar do documento sobre os elementos constitutivos do crime (art. 9.º, n.º 1 do ER), a ser adotado por uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes.

¹⁰ O art. 2.º, n.º 4 da CNU estabelece a proibição geral do uso da força nas relações internacionais, ao passo que, o art. 39.º estipula que o Conselho de Segurança das Nações Unidas determinará a existência de qualquer acto de agressão e “recomendará, ou decidirá as medidas a tomar de acordo aos arts. 41.º e 42.º, para manter e restaurar a paz e a segurança”.

¹¹ Cfr. também Gouveia, Jorge Bacelar (2004). Manual de Direito Internacional Público, 2.ª edição, atualizada e ampliada, Almedina, pp. 650-657.

¹² Cfr. CORTÊS, António (2010). Jurisprudência dos Princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional, Universidade Católica Editora. O autor discorre sobre os fundamentos da decisão judicial, enquanto fundamentos dos princípios do Direito, pp. 9 e segs.

Para além do descrito, no n.º 1 do art. 9.º; o n.º 2, al. a); b) e c) e o n.º 3 do mesmo artigo, podem suscitar questões relevantes, de elevada sensibilidade para as relações entre os Estados. O conflito de interesses que se pode gerar sobre os elementos do crime, fora do quadro da decisão judicial.

Este princípio da proporcionalidade deve chamar a atenção para o carácter prático, teleológico e dialético do Direito Internacional, politicamente relevante para o enfoque das penalizações.

Já não basta a controvérsia que se evoca sobre o princípio do Direito, *ex injuria jus non oritur*, segundo o qual, o direito não nasce do que é injusto, quando se trata de analisar todo o processo que esteve na génese do TPI e do seu papel.

Tratando-se de uma instância que parece situar-se no vértice do “*capitólio*” do sistema internacional, devia dotar-se dos instrumentos necessários que lhe permitissem responder ao âmago das preocupações de paz e segurança de todos.

Mas, ao que tudo indica, não apenas pela sua atuação, mas também pelas suas intrincadas decisões contra a jurisprudência dos princípios do Direito Penal que enformam o ERTPI, e a colisão de interesses em processos políticos dos Estados, como o que acontece, com a situação do Uganda, este desiderato está longe de ser um facto.

Pois, a norma deve ter por objetivo resolver esse conflito, tentando harmonizá-lo ou dando prevalência ao que parece mais consentâneo ou a sua interpretação tender para o equilíbrio e não para não para a sua irredutibilidade, como aparenta ser apanágio dos seus aplicadores.

3. Os Objetivos do TPI e as dificuldades da sua materialização

Falar dos objetivos pressupõe tecer considerações sobre as vantagens e desvantagens que a existência desta instituição supra-estadual de justiça pode representar para a preservação da paz e da segurança internacionais.

Os objetivos do TPI estão plasmados no ER, e se conjugam com os consignados na Carta das Nações Unidas, que para além de circunscre-

verem a manutenção da paz e da segurança internacionais, promovem o respeito pelos direitos humanos (art. 1.º da CNU).

Quer do ponto de vista doutrinal¹³, do direito penal internacional, quer do ponto de vista político deve-se reconhecer o valor e princípio que o TPI representa, sobretudo, porque nem sempre as estruturas dos Estados se mostram capazes de julgar crimes graves que chocam profundamente com a dignidade das pessoas.

Mas ainda assim, e mesmo havendo razões óbvias que apontem não só para a falência ou a impotência das estruturas de muitos Estados sobre eventos e condições do passado, do presente e no futuro provável, a presença do TPI em ordem de deseabilidade relativa às suas mais prováveis consequências e tomada de decisões finais, com o objetivo de produzir o melhor resultado possível para a garantia da paz e da segurança internacional está longe de cristalizar-se.

Para além deste facto, de existirem situações em que as estruturas internas dos Estados não funcionam ou funcionam mal, pairam ainda muitas reticências quanto a jurisdição do TPI, impor rédeas aos criminosos internacionais que não são raros, tanto em países que já ratificaram o ER, quanto nos que ainda não o fizeram.

O artigo 13.º do ERTPI, nas suas als. a), b) e c), estabelece as modalidades para que o TPI possa exercer a sua jurisdição contra qualquer crime à que se refere o art. 5.º, isto é, a pedido de qualquer um dos Estados Partes, do Conselho de Segurança, agindo em conformidade com o Capítulo VII da CNU e quando o seu Procurador tiver dado início a um inquérito¹⁴.

Ora, sobre este particular e em face da sua competência¹⁵ e do Direito aplicável no ERTPI, levantam-se dúvidas quanto a sua equi-

¹³ Cfr. Gouveia, Jorge Bacelar (2004). Manual de Direito Internacional Público, 2.ª Edição: Actualizada e Ampliada, Almedina, pp. e também Direito Internacional da Segurança, Almedina 2013. A respeito da questão doutrinal, o Professor Bacelar Gouveia salienta algumas incompatibilidades que decorrem da aplicação das penas aos crimes previstos no ERTPI na sua relação com os Direitos Penais Estaduais. pp. 135-137.

Cfr. também, Machado, Jónatas E. M. (2004). op. cit, sobre os objetivos do TPI. pp. 361.

¹⁴ Cfr. também os art. 14.º; 15.º e ainda 53.º; 54.º; 55.º e 56.º e segs. do ERTPI.

¹⁵ Capítulo II do ERTPI. Confira-se, também o art. 21.º.

dade, ou ainda, o facto ou a tentação do Tribunal¹⁶ puder agir contra um Estado ou um indivíduo sobre o qual não se nutra simpatia na arena internacional, por influência de agendas políticas externas.

Parece ser, também, um contrassenso, quando como afirma Jónatas Machado, que: «*a justificação do TPI passa também pelo exercício de uma pedagogia político-moral do respeito pelos direitos fundamentais, pelo Estado de direito e pelos valores democráticos, dando concretização à chamada “cultura moral globalizada”¹⁷*», isto é, a nosso ver, esse objetivo representa, o exercício de uma função preventiva, com vista a evitar, a tentação ou as tendências de se exercer o poder do Estado fora dos marcos da democracia ou do Estado Democrático e de Direito, nem a sua disputa com recurso a meios violentos, o que nos parece, uma inimaginável virtualidade, de uma justiça complementar ou subsidiária.

Compreendemos que reconheça que este seria um objetivo de longo prazo, a ser gradualmente concretizado, tendente de igual modo, a evitar a tentação de vinganças cruéis de parte à parte; mas ainda assim, não acreditamos, nem no interesse, nem no bom senso, nem tão pouco, na boa vontade das lideranças políticas, em respeitar e ou se submeter às limitações impostas por uma jurisdição que se processa fora das fronteiras estaduais.

Ou ainda, referindo que, agindo contra os criminosos, estar-se-ia a garantir, não apenas a compensação dos danos morais, materiais ou psicológicos causados às vítimas, mas também e sobretudo, anulando o sentimento de impunidade decorrente da sua condição ou da sua posição no meio ambiente em que ocorrem ou se cometem os atos.

Pois abundam os casos em que o Tribunal se detém diante da impunidade (como se a seguir veremos) ou age de conformidade com a imposição de valores que emanam do sistema das Nações Unidas.

E ainda, numa outra vertente tende a se apresentar como a estrela do firmamento da ONU, onde se busca visibilidade política internacional, e onde se tenta vender a imagem do bom samaritano em detrimento dos fariseus opositores políticos.

¹⁶ Cfr. art. 21.º do ERTPI.

¹⁷ Cfr. Machado, Jónatas (2004), op. cit. pp. 361-362.

Ora, mesmo que, como ainda nos diz, o próprio Jónatas Machado, que esta «...*jurisdição penal internacional é parte do movimento mais vasto de afirmação da jurisdição universal sobre crimes internacionais*», não nos parece que em ordem à esta afirmação tenham sido criados, em contrapartida, mecanismos de pressão e depuração, tanto internos como externos, para aferir a equidade e isenção, tanto do ponto de vista procedimental, quanto da ação executória do Tribunal na prossecução dos objetivos que preconiza.

Assim como, independentemente de qualquer sanção internacional, não existem quaisquer outros mecanismos para obrigar os Estados que supostamente abdicam da justiça de criminosos em seus territórios a coberto de imunidades¹⁸, por inexistência de legislação própria, adequada para punir certos crimes, ou porque não reconhecem certas práticas como crime, ou simplesmente, ignoram certos factos punitivos.

Não sendo vocação do exercício do poder público do Estado a sua submissão à ordem jurídica internacional, sendo este mesmo poder considerado supremo e igual aos outros poderes supremos, não tem ordem internacional que o detenha da vontade política de quem o exerça.

Portanto, são inúmeras as situações em que os próprios Estados garantem proteção de autores de crimes tipificados pelo ERTPI.

A este nível, e como não podia deixar de ser, instala-se um conjunto de interrogações e inquietações, não apenas sobre a pressão que se pode/deve exercer sobre os Estados que protegem criminosos, como pelo modo como os criminosos devem transitar¹⁹ para a instância do Tribunal e ainda como, este poderá atuar em relação aos criminosos e ao próprio Estado.

Por outro lado, por mais nobres que se afiguram os objetivos do ERTPI²⁰, em relação a punição dos crimes que ao Tribunal compete julgar, não sendo crimes de natureza comum, e embora a jurisdição penal internacional abarque o mais vasto leque da jurisdição universal sobre crimes internacionais, são avolumados os paradoxais quesitos

¹⁸ Cfr. Art. 27.º do ERTPI, sobre a relevância da qualidade oficial.

¹⁹ Cfr. art. 58.º e 59.º do ERTPI.

²⁰ Cfr. Os art. 68.º e 69.º no que a proteção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo, diz respeito e da aferição da prova.

que se levantam em relação a um tipo de justiça tributária do Direito Internacional ou que vem no justo sentido da complementaridade.

Sobre este ponto de vista, um dos intrincados levantes do problema prende-se com o risco de manipulação na aferição das provas materiais que configuram os Elementos do Crimes ou na ignorância de fatores que podem ser preponderantes para a investigação e o alcance da verdade material.

Além do mais podem-se ainda levantar suspeitas sobre a idoneidade e/ou a condição/capacidade/integridade moral e psicológica²¹ das testemunhas (tanto dos criminosos, quanto das vítimas) na prossecução dos objetivos da investigação, colocando-se aspas na sua isenção e imparcialidade.

Um outro questionamento, também relevante e que, levanta contradições entre os argumentos contra e a favor do Tribunal, tem a ver com a necessidade de se potenciar o sistema internacional com eficientes meios de profilaxia²² contra a ação do crime, evitando-se o “*estado de natureza*” de que falava Thomas Hobbes.

Há doutrinas que defendem, que a existência do TPI, por si só, devia constituir um elemento de dissuasão para a prática do crime.

Isto quer dizer que, quer os detentores do poder público, quer aqueles que reivindicam o exercício desse mesmo poder, reconhecendo o Direito aplicável pelo Tribunal deviam pautar as suas condutas pelo respeito dos direitos fundamentais, pelo respeito ao Estado de Direito e

²¹ O art. 30.º do ERTPI no que respeita a este particular, é bastante confuso, na medida em que não define o que são elementos psicológicos e não aferindo sobre a sua objetividade ou subjetividade. Ainda o art. 31.º sobre as causas da exclusão da responsabilidade criminal em que apresenta uma mescla de comportamentos em que se confunde a conduta criminal propriamente dita da conduta psicológica e ainda da ação por efeito de consumo de produtos psicotrópicos e associando-se ainda a esse facto o carácter de resistência em defesa de um bem essencial à vida sem que para sejam definidos os parâmetros para essa ação ou o tipo de conduta em que está em jogo a defesa de um bem precioso.

²² Pelo disposto no art. 21.º do ERTPI, sobre o direito aplicável, presume-se que o facto de, esta disposição se referir a aplicação dos princípios estabelecidos no Direito Internacional sobre os conflitos armados e ainda a sua aplicação e interpretação deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, isto seja, pressuposto bastante para a contenção das condutas criminosas.

pelos valores democráticos, dando azo à concretização e consolidação da *cultura política-moral globalizada e globalizante*.

Mas, como vimos, as controvérsias que o ERTPI suscita, carecem de um olhar não apenas de âmbito jurídico, das Teorias da Lei Penal e da Infração Penal²³, do Direito Penal, em que se assinalam alguns princípios visivelmente se auto atropelando, mas também do seu alcance político-sociológico.

Isto como já referimos, no quadro das teorias funcionalista e sistémica, pelas suas funções manifestas (aquelas que dele se esperam) e latentes (aquelas que não sendo esperadas ou pretendidas acabam por revelar-se cruciais).

Também, e como não podia deixar de ser, das teorias do realismo e do normativismo das relações internacionais que acabam por afetar a materialização dos seus objetivos.

4. Organização do TPI e o âmbito da jurisdição penal internacional na articulação com as jurisdições nacionais

O modelo de organização do TPI apresenta uma configuração jurídico-política. Ou seja, as suas decisões não são apenas baseadas segundo a lógica de aplicação dos pressupostos jurídicos normativos plasmados no ERTPI.

O quadro que define o exercício da sua jurisdição nas als. a); b) e c) do art. 13.º não parece modelar um tipo de justiça isenta da influência de interesse políticos inconfessos.

Nem apenas, o exercício de uma justiça dentro de um quadro jurídico e normativo legal sujeitável a um tipo de decisão judicial demandados pelo interesse geral de paz e segurança.

Por isso, quando se aborda a questão da organização do TPI, e do âmbito da sua relação com os Estados levanta-se uma outra também interessante, relativa a sua equidade e imparcialidade.

Aliás sobre este pressuposto, as doutrinas que se posicionam contra, procuram comparar a equidade do TPI, com a própria Organização das

²³ Gouveia, Jorge Bacelar (2013). op. cit. p. 136.

Nações Unidas (ONU), cujo Conselho de Segurança (CS) e Assembleia Geral (AG) carecem de reformas profundas, não apenas no sentido de seu alargamento, com vista a evitar o risco da sua instrumentalização política, já conhecido, mas também, e sobretudo, no sentido da garantia de maior equilíbrio no sistema internacional.

O multilateralismo que se advoga como imperativo da globalização não é um mecanismo, nem é uma rédea ao modelo de funcionamento do CS, em que, só um, basta para exercer o seu poder de veto.

As regras desse sistema representam, um modelo elitista, de integração política dos Estados. O G8²⁴ ou G20²⁵, ou outro grupo não

²⁴ O G8 é um grupo internacional que reúne as 7-8 maiores economias do mundo. Inicialmente, o reclame do seu potencial era essencialmente da natureza económica, mas hoje procura também reivindicar a defesa de valores democráticos, embora paradoxalmente, a Rússia faça parte do grupo. Ora, esta aceção ao G8, em que estão inseridos: Os Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália e Canadá, representa por hipótese a micro morfologia do sistema internacional, que apesar de não ser um ator que intervém diretamente na cooperação internacional tem um peso importante na dinâmica dessas relações. Ademais, o fator de destaque é facto de não constar do grupo um único membro do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que é a China e dele fazer parte o Canadá. As críticas que se dirigem ao G8 estão fundamentalmente relacionadas com sua hegemonia sobre o poder de decisão de inúmeras questões de interesse global, sendo sob este ponto de vista um grupo exclusivo, de exclusão de muitas outras nações do sistema internacional. Ora, mas então, se esta é uma crítica que se dirige frontalmente ao G8, que no fundo não é um representante legal com pendor de cooperação internacional, o que se pode dizer do Conselho de Segurança das Nações, como órgão político com o poder de aprovar Resoluções, às quais o mundo se obriga a vincular, por força das normas do Direito Internacional?

²⁵ O G20, por seu lado, é o grupo que incorpora o G8, e mais onze países, fazendo dele parte também a União Europeia. O seu critério assenta igualmente no poder económico de cada um dos Estados no domínio das relações internacionais, embora defenda a ideia do diálogo para a dinamização da cooperação internacional tanto na vertical como na horizontal, garantindo vantagens mútuas e lançando bases ou premissas para o desenvolvimento de um intercâmbio com os países menos desenvolvidos, independentemente das razões que os levam ou os colocam em situação de estagnação. Para avaliar o peso colossal do G20 no sistema internacional, basta dizer que este grupo de países representa 90% do PIB mundial, 80% das transações comerciais à escala internacional e dois terço da população mundial. Logo o multilateralismo que se hoje advoga para o equilíbrio do sistema internacional não deve subscrever-se apenas à gestão do sistema financeiro e da economia global, e sim, a nosso ver, ser hoje a base fundamental para o critério de reforma das Nações Unidas, mormente, do seu Conselho de Segurança. Sejam quais forem os princípios ou funda-

garantem qualquer equilíbrio jurisprudencial nem mesmo político para arregimentar para si discussões importantes sobre a defesa e segurança do sistema internacional.

As suas preocupações com a economia política mundial não representam qualquer suscetibilidade para influenciar o poder de decisão que se pretende justo e equilibrado para as resoluções do CS sobre a paz e segurança.

Portanto, preside de situação análoga, a dificuldade que o TPI possa enfrentar na articulação com as jurisdições nacionais. Quer, por fatores que, em nosso entender, colidem com alguns princípios

mentos jurídicos-filosóficos que regem o Direito e as Relações internacionais, é mister destacar que o atual critério de decisão desse importante órgão de Política, Segurança e Defesa internacionais está desfasado da realidade pluralista e multilateral sobre a qual se busca lançar novas luzes de cooperação internacional.

O G20, independentemente dos objetivos a que se propõe na atual conjuntura internacional (devia ser), por assim dizer, o rosto mais equilibrado, e politicamente menos emocional do Conselho de Segurança das Nações. Por absurdo que possa parecer, é importante que o Conselho de Segurança se liberte das amarras do passado e busque o equilíbrio que se almeja para a promoção do diálogo sobre as questões relacionadas com a estabilidade política, económica e de defesa e segurança internacional, sendo este o trinómio que se deve definir, fora de quaisquer outras responsabilidades individuais de qualquer organização internacional. É imperioso que se centre um olhar profundo sobre as decisões saídas da reunião de 2008, em Washington, em que ficou patente, o papel do G20 perante o alastramento imbatível da crise económica mundial, os líderes participantes foram unânimes em reconhecer, a seguir, em 25 de Setembro de 2009, que o G20 seria o novo “*Conselho Internacional Permanente*” de cooperação económica, incorporando o G8. Embora reduzido à cooperação económica, temos de chamar a atenção ao termo que é (foi) usado para a sua designação. Por conseguinte, as questões económicas não são dissociadas das questões políticas e de segurança e defesa. Sendo esta a tripla combinação que se deve alcançar para garantir a paz e a estabilidade internacional e chegar-se ao mínimo de consenso internacional. Embora, e no caso concreto, a União Europeia, não sendo propriamente um ator estatal, apesar da sua preponderância, não faz sentido que continue a figurar do grupo, como tal, e sim passar a ser um representante, em condições de supervisionar a resolução dos problemas comuns do continente europeu.

Também é importante aqui referir, que o atual critério de direito veto, de um contra quatro, usado pelo CS, deve ser substituído pelo critério da proporcionalidade, quase que universalizado com o poder de decisão de uma maioria, não inferior a dois terço, em casos de votação. Estas são algumas limitações que ainda imperam sobre o funcionamento do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que fazem dele um poder obsoleto, mercê da vontade dos seus cinco membros permanentes.

gerais do Direito Penal aplicados no ERTPI, no seu capítulo III, mais propriamente, artigos 27.º; 28.º; e 29.º, quer pela confusão que estes princípios podem suscitar na conjugação dos interesses dos Estados, em relação a esse Direito aplicável (al. c) do n.º1 do art. 21.º e ainda no n.º 3 deste mesmo art. 21.º).

Não havendo este equilíbrio no sistema das relações internacionais e não apresentado, o TPI um modelo de justiça que se mostre funcionalmente isenta e imparcial, talvez, hoje, o mundo mais do que nunca, necessite de um modelo mais equilibrado de decisão, como o plasma sanguíneo para os assuntos de paz e segurança internacionais.

4.1. O TPI e o sistema das Nações Unidas

Apesar de, o TPI coexistir com o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), ambos localizados na Haia, o TIJ é o principal órgão judicial da ONU.

Fundado justamente em 1945, o Tribunal começou a trabalhar em 1946, como sucessor da Corte Permanente de Justiça Internacional.

O TPI criado pelo ER e negociado sob a bastilha da ONU, foi aberto à assinatura até 31 de Dezembro de 2000, mas é funcionalmente independente das NU, em termos de pessoal e financiamento²⁶.

Embora, os gastos sejam financiados²⁷, principalmente, por contribuições dos Estados Partes, o Tribunal também recebe contribuições voluntárias de governos, organizações internacionais, indivíduos, empresas e outras entidades.

Este aspeto também tem merecido críticas, considerando-se um dos fatores de vulnerabilidade do Tribunal. Um fator que parece contribuir para a sua frouxa atuação em alguns casos e noutros acabando por mostrar a sua natureza megalómana.

Se por um lado, passa a ser objeto de instrumentalização política na sua relação com as jurisdições nacionais, por outro, passa a ser o

²⁶ Capítulo XII do ERTPI, art. 113.º e segs.

²⁷ Os art. 100.º; 114.º e 115.º do ERTPI definem os custos com as despesas e as modalidades de pagamento das despesas do Tribunal.

sacrossanto refúgio de alguns líderes políticos africanos contra os bodes expiatórios dos desaires das suas políticas governativas.

De acordo com o ERTPI, o Tribunal rege-se por um conjunto de instrumentos jurídico-políticos complementares, a serem aprovados pelos Estados Partes²⁸, designadamente²⁹:

- O «Regulamento de Processo e Prova»;
- Os «Elementos do Crime»;
- O «Regulamento do Pessoal do Tribunal»;
- O «Regulamento Financeiro e Regaras de Gestão Financeira»;
- O «Regulamento sobre Privilégios e Imunidades do Tribunal»;
- E o «Acordo que Rege as Relações entre o TPI e a Organização das Nações Unidas».

A relação, entre o TPI e a ONU, de conformidade com o art. 2.º do ERTPI, se estabelece na base de um acordo a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes, mas não se deve descurar a relação que se estabelece na base dos artigos 121.º; 123.º e 127.º deste mesmo estatuto do qual se pode depreender o papel *sombra* que as NU exercem sobre a ação jurisdicional e política do Tribunal.

Por influência do Tribunal Internacional de Justiça, a comunidade internacional, através de discussões internacionais iniciadas pela AG das NU, há muito aspirava a criação de um tribunal internacional permanente.

Os debates tornaram-se ainda mais profundos e acutilantes depois de se chegar a consenso sobre a definição de crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Os julgamentos de Nuremberga e de Tóquio de autores de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade cometidos durante a segunda guerra mundial, influenciaram nesta decisão.

Já nos anos 90, após o fim da guerra fria, os tribunais, penais internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e Ruanda nasceram de uma nova

²⁸ Cfr. art. 112.º do ERTPI.

²⁹ Cfr. CABRITA, Isabel, in Enciclopédia de Direito Internacional, Almedina, 2011, p. 460.

tendência ou corrente que se impõe, no âmbito internacional para a rejeição da impunidade³⁰.

4.2. *Estrutura organizacional do TPI*

O figurino do TPI, de acordo com os órgãos que o compõem, de conformidade com os artigos 34.º; 35.º; 36.º e seguintes, do ERTPI, funciona na sua estrutura³¹ com os seguintes membros:

- Um Juiz Presidente, que orienta a sua administração no plano da jurisdição penal internacional;
- Dois Vice-Presidentes, coadjuvantes, designados por sistema de eleição (art. 38.º, n.º 1);
- Dezoito (18) juízes, que integram o plenário de Juízes e se desdobram em três secções: a secção de instrução ou juízo de instrução, a secção de julgamento em primeira instância ou juízo de primeira instância e a secção de recurso ou juízo de recurso (art. 36.º, n.º 1 e 39.º, n.º1);
- Um procurador (art. 42.º);
- Fazendo também parte da organização a sua secretaria e ainda a Assembleia dos Estados Partes que corporiza os poderes políticos, composta por um representante de cada Estado que ratificou o ER.

³⁰ A questão da impunidade constitui o maior bico d' obra para aferição da importância do Tribunal, pois nenhuma das abordagens sobre esta matéria passa ao largo desta questão. Portanto, não temos dúvidas de que, é a partir dela que também se baseiam as insurgências contra a sua atuação, avaliada como estando virada para objetivos políticos. Por essa razão, são também apontadas as desventuras do Tribunal em relação aos diferentes processos sob sua alçada, política e juridicamente desafiantes.

³¹ Cfr. Capítulo IV do ERTPI, sobre a composição e administração do Tribunal, nos seguintes art.º 34.º, 35.º, 36.º, 38.º, 40.º, 42.º e 43.º, sobre a estrutura e funções dos distintos órgãos do Tribunal, procedimento de eleição dos juízes, e dos procuradores. No essencial o Tribunal tem apenas quatro (4) órgãos, assim distribuídos: a) a Presidência; b) Uma secção de recursos, uma secção de Julgamento em 1.ª instância e secção de instrução; c) o gabinete do Procurador e d) a secretaria. Mas pensamos que devíamos integrar no mesmo quadro, a Assembleia dos Estados Partes, pela sua influência política sobre a ação jurisdicional do Tribunal.

As suas línguas de trabalho, tal como nas NU³² são: *o árabe, o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo.*

A estruturação do TPI por si só acaba por torná-lo um órgão híper dependente da vontade política e bastante vulnerável à instrumentalização, tanto por ação dos Estados Partes na nomenclatura dos Juízes tanto por ação da linha de contacto com as NU.

Este fator, em nossa opinião, apresenta-se também como *handicap* à desenvoltura das competências do Tribunal, tanto no tratamento de importantes questões regulativas como de procedimentos.

4.3. O âmbito da justiça penal internacional na sua articulação com as jurisdições nacionais

A subsidiariedade/complementaridade³³ que norteia a relação do TPI com os Estados Partes, visa limitar a ação deste órgão [apenas e só quando a jurisdição penal estadual se mostrar incapaz de cumprir a sua missão].

Esta limitação consiste, essencialmente, na aplicação da justiça penal internacional apenas e só quando esse desiderato se afigura de *extrema ratio*.

Mas, por outro lado, a ação do TPI pode ser prejudicial ao *non facere quod debet facere*, pois, o n.º 2, do art. 4.º do ER confere-lhe a competência, de puder quebrar a exclusividade, por acordo especial para exercer a sua jurisdição no território de qualquer outro Estado.

Isto é, de acordo com o entendimento que se pode ter, atuando em situações em que entenda que pela gravidade dos atos, e em cumprimento de qualquer um dos pressupostos previstos no art. 13.º, se entenda que um determinado Estado deu tratamento leviano a criminosos ou pura e simplesmente se exerceu uma justiça de faz de contas, de fachada, e a *priori*, eivada de vício.

Mas neste âmbito tem-se alertado para o risco de violação do princípio *ne bis in idem* (art. 20.º do ERTPI).

³² Cfr. art. 50º do ERTPI.

³³ Cfr. Art. 1.º do ERTPI.

E, ainda nesse domínio coloca-se o perigo não apenas de violação do princípio *ne bis in idem*, como da violação princípio do direito penal *in dubio pro reo*, excedendo-se na aplicação do princípio *in dubio contra reum*, em detrimento dos arguidos.

Ora, pode-se presumir, que por detrás do critério da exclusividade, esconde-se a manobra tendente à quebra de confiança no respeito a esses princípios.

Ademais, as interferências de um órgão político no âmago do exercício do poder público internacional, como é o CS, transmitem um sentimento de *nomen juris*, quantas vezes por omissão, outras vezes, agindo ao arrepio do princípio da juridicidade, levantando contradições que precipitam decisões inesperadas contra os alvos apontados.

Talvez por esse fator, a África *in integra* parece assim pretender demarcar-se da mira desse poder judicial de dominação legal, ou de uma versão evolucionista do Direito Penal Internacional para uma Ciência Jurídica de Política Internacional, como às vezes se percebe a ação, a missão e o papel do Tribunal.

A relação do TPI com as jurisdições nacionais tem encontrado esse nível de suspeição e dificuldade, quanto mais não seja, até atendendo ainda o princípio de imprescritibilidade dos crimes (art. 20.º do ERTPI), como veremos a seguir.

5. Tribunais Internacionais *Ad hoc*³⁴

Os tribunais internacionais *ad hoc* surgem como órgãos subsidiários do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) para

³⁴ Cfr. Soares, Miguel de Serpa & Kowalski, Mateus (2011), in Enciclopédia de Direito Internacional, Almedina, 2011, pp. 462-465. Ambos os autores apresentam uma panorâmica das bases sobre as quais assentaram a criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para a Jugoslávia e o Ruanda, em 1993 e 1994, conforme as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e ainda a criação do Tribunal Permanente de Arbitragem das «Convenções de Haia de 1889 e 1907 sobre a Solução Pacífica das Controvérsias». O destaque dessas Resoluções é o seu carácter *sui generis*, isto é, o facto de surgirem na situação posterior ao cometimento dos crimes e se calhar servirem de antecâmara para as experiências posteriores, como as que vieram a surgir, na Serra Leoa, Cambodja e Timor-Leste. O que foi facto e tem sido passível de

julgar situações que este organismo classificou como tremendamente chocantes e uma ameaça à paz e a segurança internacionais.

Foi o que aconteceu em 1993, quando em 25 de Maio, aquele órgão responsável pela manutenção da paz e da segurança mundiais, aprovou a Resolução n.º 827, para a criação do TPI para a ex-Jugoslávia, pelos acontecimentos que se registaram na Bósnia Herzegovina.

O CSNU tem o poder de tomar decisões vinculativas que os governos dos Estados membros acordaram em realizar, nos termos do artigo 25.º da CNU³⁵.

Mas ainda assim, não deixa de ser curioso que o sistema internacional, se mantenha dividido entre os mais e menos queridos. Pois que, também não tenhamos dúvidas de que, por razões que se prendem com o seu passado histórico, grande parte dos países da região do sul ou leste da Europa³⁶ figurem entre os desafetos.

Neste caso concreto estava em causa, o julgamento dos autores das violações graves do Direito Internacional Humanitário, cometidas desde 1991.

análise crítica é que, quer numa como em outra situação (ou seja, nos casos da Serra Leoa, do Camboja e do Timor-Leste, em que baseando-se num acordo entre os Estados e as Nações Unidas, foram criados tribunais penais internacionais mistos [ou seja, tendo-se-lhes incorporado uma componente nacional], mas que no fundo, não passou de um apêndice da componente internacional), a criação destes tribunais não foi em sentido lato, um valor acrescentado ao surgimento do Tribunal Penal Internacional, baseado no Estatuto de Roma, como organismo de jurisdição permanente, devido a suas insuficiências, tanto de natureza política como doutrinárias.

³⁵ Cfr. art. 25.º CNU: «Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

³⁶ Cfr. Lénine, V. I. (1936). *Acerca da Coexistência Pacífica*, edições progresso 1983, p. 15. À esse respeito, no seu relatório ao VIII congresso do partido comunista (PCUS) da então URSS (Rússia), Lénine, dizia: «... A existência da República dos Sovietes ao lado dos países capitalistas – a república dos Sovietes rodeada de países capitalistas – é uma coisa tão inadmissível para os capitalistas, que eles aproveitarão a mínima possibilidade para recomeçar a guerra. Agora os povos estão cansados de guerra imperialista ameaçam revoltar-se se a guerra continua, mas não é de excluir que daqui há alguns anos os capitalistas estejam em condições de desencadear de novo». Cfr. também Laurent, Éric (2006). *A Face Oculta do Petróleo: a mentira, a manipulação, a corrupção*, Temas e Debates, 1.ª edição: Fevereiro de 2007, pp. 126-127.

Não sendo um Tribunal Permanente, a versão inicial do seu Estatuto foi sendo alvo de sucessivas modificações por outras resoluções do CS aprovadas entre 1998 e 2006.

Os objetivos que levaram a criação destes Tribunais, ditaram-se, nos crimes de violações graves das Convenções de Genebra de 1949; violações das Leis e Costumes da Guerra; Genocídio e Crimes contra a Humanidade.

Embora os acontecimentos na ex-Jugoslávia tenham sido internacionalmente reconhecidos como brutais e de uma ferocidade indizível, a criação deste Tribunal específico para criminalizar os atos cometidos não deixou de suscitar críticas, quanto ao seu caráter e a natureza da sua atuação que podia estar a ser baseada em agendas políticas externas.

O artigo 9.º do seu Estatuto refere que o Tribunal tem uma competência concorrente com as jurisdições nacionais para o ajuizamento dos mesmos factos, mas tal não retirou nem afastou a possibilidade deste puder intervir em situação excecional.

Pelo contrário, consignou para o plano residual o papel dos tribunais nacionais, cuja intervenção ficava dependente de instruções que susteriam os procedimentos iniciados e deferiam-lhe competência para o efeito.

Em 8 de Novembro de 1994, o CS através da resolução n.º 955 criou o Tribunal penal Internacional para o Ruanda, considerando a situação verificada naquele país pelo genocídio dos tutsi.

Ambos os casos foram classificados do ponto de vista doutrinal situações *sui generis* e com vagas experiências em termos de expectativas.

Note-se ainda, a este respeito que o Direito aplicável por estes tribunais internacionais *ad hoc* foi criado pelos próprios juizes, configurando uma situação de internacionalização do Direito, jurisprudencialmente atípica e em contramão com o princípio do direito penal, segundo o qual, os crimes só existem, com base numa lei anterior que os defina, *nulla crimen, nulla poena sine praevia lege*.

6. A posição dos Estados Unidos, da China e da Rússia face ao TPI

A questão mais polémica quando se abordam as virtudes do TPI prende-se com a sua aceitação internacional. Hoje, parece que, mais do que nunca, a larga maioria dos Estados africanos mostra-se disposta a abdicar do ER.

Mas, se por um lado, coloca-se, a posição da não afeição dos Estados africanos em relação ao ERTPI, por outro, estão as posições dos três membros permanentes do CS (os quais advogamos aqui reconhecer, como a santíssima trindade do atual quadro internacional perante, o ERTPI) que ao não ratificaram o referido ER.

6.1. *Questões chaves*

São inúmeros os aspetos que fazem com que estes três importantes membros do CS não encarem com bons olhos nem se predisponem a ratificar o ER de bom grado, embora o tenham subscrito.

Uma das questões prende-se com a amplitude das suas competências no âmbito geográfico e político, e da aplicação do Direito Penal Internacional que apesar de estar a sua ação limitada à complementaridade da justiça estadual contra os crimes cometidos após a entrada em vigor do tratado, competência *ratione temporis*³⁷, acresce-lhes o facto de estes serem imprescritíveis.

Reside aqui uma das razões que faz com que qualquer um destes três membros permanentes do CS encare o ER, como uma armadilha, um atentado contra a sua liberdade de ação no plano interno e internacional, e o abomine, uma vez que, os atos cometidos por ordem das mais altas figuras do poder do Estado a coberto de imunidades decorrentes do poderio dos próprios Estados na arena internacional para ditarem as regras do jogo das relações entre os países e os governos, não tem relevância³⁸ no presente ER e podem algum dia ser configurados como crimes.

³⁷ Cfr. art. 11.º do ERTPI.

³⁸ Cfr. art. 27.º do ERTPI.

Várias análises convergem para o facto de que depois do caso *Pinochet*, nenhuma das mais altas figuras destes Estados tenciona cair na alçada do TPI por alegadas acusações de crimes internacionais.

A nossa compreensão é a de que, teoricamente, a jurisdição penal internacional, para lá dos avanços que tenha conseguido, para a prevenção contra vinganças de atrocidades cometidas em termos que conduzam à guerra civil e à escalada da violência gratuita de uma guerra de dimensão internacional, não se vai libertar dos arquétipos político-ideológicos do CSNU.

Num outro ângulo, ressalta-se a visão segundo a qual, depois dos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001, os EUA que entusiasticamente iniciaram uma campanha para mobilizar a comunidade internacional no apoio a criação do TPI e ratificação do ER, com vista a incriminar, os supostos autores dos ataques às torres gémeas do *Wall Trade Center*, e ao Pentágono, rapidamente esmoreceram a sua ira, pelas seguintes razões possíveis:

Por um lado, em razão do tempo em que crimes foram praticados (antes da entrada em vigor do ER);

Por outro, em razão do facto de a cimeira de Roma não chegar a consenso quanto a tipificação e criminalização dos crimes de terrorismo e ainda figurar deste estatuto, os crimes de agressão, embora também ainda não de consenso quanto aos elementos da sua tipificação, mas constando a sua proscrição na CNU.

Mas não temos dúvidas de que os EUA, não habituados a “*apuros*” no plano internacional, recebem ainda que figurativamente, que se imponham rédeas à sua atuação geopolítica e geoestratégica, quanto mais não seja, até fazendo jus ao conceito de Rawls de *consenso sobre-posto*³⁹, para o crime de agressão contra outros Estados.

E ainda, em terceiro lugar, em razão das intervenções militares no Afeganistão e no Iraque, que se seguiram aos ataques de Setembro, cuja presença militar americana prolongou-se, até princípios do ano de 2010, provocando um rasto de crimes que podiam pesar contra os EUA.

³⁹ Cfr. JOHNSON, Allan G., Dicionário de Sociologia: Guia prático da Linguagem Sociológica, Jorge Azahar ed. 1997, p 133.

Portanto, caso os EUA ratificassem o ER, dariam brecha para uma intervenção que se desejasse equidistante, *aequitas in paribus causis, paria jura desiderat*, por parte do TPI, mesmo sem necessidade de rigor, *rigori aequitas praeferenda est*, mas sim simplesmente, na base do que estabelecem os artigos 11.º (sobre os crimes cometidos após entrada em vigor do ER), 13.º (sobre o a exercício da jurisdição penal do TPI) e ainda com fundamento no princípio *ratione materiae*, e do princípio da não retroatividade, *ratione personae*⁴⁰, que motivariam situações que exigiriam a incriminação internacional de George Walker Bush, por crime de guerra e por outros crimes cometidos, no Iraque e no Afeganistão, durante a invasão.

6.2. A geopolítica do tratado de Roma

O tratado de Roma é absolutamente um pacto geopolítico. Os princípios do Direito que dele fazem parte, assim o definem. Aliás, ao que tudo indica, o único espaço geopolítico que o ratificou incondicionalmente, apesar de todas as críticas que o diferem, é o espaço da União Europeia (UE).

Não sendo um tratado universal e seguindo a lógica do princípio da lei penal *nullum crimen sine lege*⁴¹, o espaço da UE, hoje parece o mais habilitado para lidar com a ação do crime nos limites estabelecidos pelo art. 13.º do ERTPI.

Ora, primeiro, isto representa, quanto a nós, uma clara alusão à estratégia de desafeição e distanciamento da UE em relação à Europa do Leste e à prática do islão que caracteriza alguns Estados daquela região.

Por isso, não constitui surpresa nenhuma, depois do que se passou na ex Jugoslávia (com os acontecimentos da Bósnia Herzegovina, em 1991), que alguns países do resto da Europa, passassem a figurar, entre os alvos de eleição do TPI.

⁴⁰ Cfr. art. 24.º do ERTPI.

⁴¹ Cfr. Capítulo III do ERTPI, sobre os princípios gerais do direito penal, art. 22.º e segs.

Segundo, também, não tem sido em vão, que os países do espaço geopolítico da UE *ex lege*, têm sido, os principais responsáveis pela detenção de cidadãos africanos presentes ao TPI, e tem sido o elo mais forte na cooperação institucional e operacional com a instância de Haia.

A Europa parece não se ter ainda libertado do passado tutelar e paternalista da África colonizada. A viragem consiste apenas no facto de, passar agora a assumir o papel de modeladora de comportamentos cívico-políticos e responsável pela condenação dos desvios de condutas que se distanciam dos seus objetivos estratégicos.

Porque, senão vejamos, apesar da cumplicidade da Europa (por influência da sua participação na NATO), na guerra contra o Iraque e das imensas dúvidas suscitadas quanto as motivações apresentadas pelos EUA, sobre a existência de armas químicas (que nunca foram encontradas pelos inspetores da ONU), para justificar a invasão, não nos parece que um tal pedido de inquirição, na base do ERTPI, para averiguar os atos que motivaram a intervenção militar, fosse capaz de arguir a UE e os EUA, culpabilizando-os da guerra.

Mas ainda que inicialmente, a guerra pudesse não ser inserida no âmbito do princípio *nullum crimen sine lege*, as atrocidades que se lhe seguiram e que certamente podiam ser evitadas após entrada em vigor do ERTPI, colocariam os EUA, e o ex presidente Jorge Bush, numa posição incómoda em relação ao tratado de Roma.

Neste contexto, o tratado de Roma, tal como foi concebido, não prescindindo de certos princípios gerais do Direito penal como o princípio *ratione personae* (em razão da pessoa) ou o princípio *ratione materiae* (em razão da matéria) e ainda o princípio *nulla poena sine lege* (em razão da pena) ou *nullum crimen sine lege previa* (em razão do facto) não deixa de ser um tratado geopolítico em que cuja aplicação se procure prescindir dos tipos criminais que resultem da prossecução de objetivos geopolíticos agora ao serviço do Direito para uma nova delimitação geoestratégica.

Ao não ser provada, a existência de qualquer indício de ameaça à paz e segurança que o Iraque pudesse representar na região, e também não terem sido reveladas substâncias proibidas pelos tratados internacionais, usadas para o fabrico de armamento nuclear e ainda assim a

guerra se desencadear fica claramente provado que não existem regras do Direito e das Relações Internacionais que impeçam a intervenção geopolítica, onde quer que se confinem interesses.

A justificação da guerra deixou mais do que evidente o interesse do Ocidente (EUA e UE) numa das principais zonas de influência e de recorte geopolítico e geoestratégico internacionais, que é, o Golfo Pérsico, e como tem sido, o Médio Oriente, e vem sendo ainda, o Golfo da Guiné.

Uma outra análise que pretendemos fazer no quadro desta abordagem sobre o papel do TPI no equilíbrio das relações entre os Estados, prende-se com a situação no Médio Oriente.

Não fosse a cumplicidade e envolvimento dos EUA no conflito Israel-Palestina, em benefício de Israel, o TPI seria a única Instância com competência e responsabilidade para dirimir a tensão na região, por apelo do CS.

O TPI devia configurar-se numa instituição com poder de exercer um papel mais atuante e menos marginal (teatral com base no tratado de Roma) na aplicação do direito penal internacional e humanitário.

Nesta perspetiva, a sua atuação jogaria um importante papel na resolução de conflitos internacionais com vista a evitar, não só, os crimes internacionais, mas acima de tudo prevenir os conflitos, e evitando situações de violência em estreita parceria com o CS.

Só assim, a prossecução dos objetivos de fomento pelo respeito à paz e à estabilidade internacional, e de garantia e respeito pelo normal funcionamento de instituições políticas e jurídicas, e de combate do endémico estado de anomia internacional, resultaria na capitulação da apetência dos mais fortes.

Este é um aspeto do qual o ERTPI deve procurar libertar-se para maiores garantias de adesão e apoio por parte da maioria dos Estados.

6.3. O *primado do big stick*

Não sendo o TPI uma instituição judicial ou um simples poder judicial internacional qualificado para a aplicação do direito penal internacional, a sua ação gravita em torno de um complexo multifun-

cional de práticas e intenções sobre as quais assentam, os pressupostos que ditam as regras do jogo na arena internacional, que são os da lei dos mais fortes ou do *big stick*.

Portanto, a campanha diplomática dos EUA em prol do apoio dos Estados ao ERTPI, não passou de uma manobra de diversão, buscando elementos de retórica política para legitimar uma pretensa guerra contra o terrorismo.

Ao passar por cima de qualquer resolução do próprio CS, o órgão político que galvaniza, o direito e as relações internacionais, tantas vezes também impotente na resolução de conflitos por via diplomática, os EUA criam um ambiente de insubordinação internacional, que tende a repercutir-se e influenciar seriamente e de forma negativa a relação entre os Estados e pôr em causa a paz e a segurança internacional.

Não mais parece fazer fé, a observação do *gabaritado* professor de Direito Internacional, Bacelar Gouveia, segundo a qual: «...as severas restrições que este século (referindo-se ao século XX, já ultrapassado) veio felizmente trazer à utilização da guerra antes considerada livre – acantonando-a em recônditos casos de legítima defesa e de decretação por instâncias internacionais por incumbência de zelar pela segurança e paz internacionais – determinou a perda da sua importância científica, já nem sequer sendo possível fazer a *summa divisio* do Direito Internacional – até há bem pouco tempo clássico e fundamental entre o Direito de Paz e o Direito de Guerra»⁴².

Pois, da segurança internacional neste século XXI também depende a segurança nacional dos Estados cada vez mais ameaçada ou exposta à invasão externa. Não nos parece que a invasão que se seguiu ao Iraque em pleno limiar deste século se tenha circunscrito ao princípio da legítima defesa tal como descrito pela CNU.

6.4. A triangulação do Conselho de Segurança

A atual triangulação do CS face ao ERTPI tem sido encarada como a maneira de criar um ambiente de suspeição e de insegurança organizada sobre o sistema internacional.

⁴² Gouveia, Jorge Bacelar (2004). op. cit. p. 656.

Negando-se-lhe o estatuto de uma instância imparcial, onnipresente e onisciente na aplicação da justiça penal internacional, e que buscasse minimizar a interferência na liberdade individual de cada Estado, em especial em relação às Nações Unidas.

O distanciamento destes três influentes membros permanentes do CS em relação ao ERTPI inquieta e torna mais inseguro, o quadro das relações internacionais, bem como, adensa ainda mais, a incredulidade dos Estados quanto a equidade, isenção e imparcialidade do TPI.

Além do mais, desvaloriza a sua ação e os objetivos que se preconizam para um ambiente internacional seguro, a favor da paz e da reconciliação entre os povos.

Este seria o golpe de misericórdia, tendo por base o repúdio e o bloqueio coletivo das condutas criminais internacionais.

Para além das questões políticas, imperam questões de âmbito propriamente jurídico, isto é:

Se por um lado, reclama-se haver fraco empenho da comunidade internacional na luta contra o terrorismo;

Por outro lado, coloca-se a questão relativa, às reformas jurídicas internas, que os Estados devem fazer, não só do ponto de vista constitucional, com vista, a adequação da lei fundamental às normas e tratados internacionais, mas também reformas tendentes a banir dos respetivos códigos penais, tipos criminais, como a pena de morte, independentemente do móbil da acusação.

Tanto os EUA⁴³, quanto a China e a Rússia⁴⁴ continuam a manter nos seus ordenamentos jurídicos, a penalização de certos crimes com pena de morte.

⁴³ Por incrível que pareça como é sabido, «a pena de morte nos EUA é oficialmente permitida em 36 dos 50 Estados, bem como pelo governo federal. A grande maioria das execuções são realizadas pelos Estados, embora o governo federal mantenha o direito de usar a pena de morte, fazendo isto raramente. Cada Estado que permite a pena de morte possui diferentes leis e padrões quanto aos métodos, limites de idade e crimes que tipificam para esta penalização. Os Estados Unidos da América são o segundo país onde mais pessoas são executadas anualmente; apenas a República Popular da China possui um número maior. A pena de morte é um assunto muito controverso nos Estados Unidos».

⁴⁴ Consta que a Rússia tem a pena de morte legal, mas na prática, não é utilizada. A Organização das Nações Unidas, durante a sua Assembleia Geral em 2007, também

Esta questão da pena de morte que quase nunca é abordada com proficiência no quadro do direito penal internacional, não deixa de ser fulcral para compreendermos também em certa medida algumas razões de âmbito jurídico, não apenas do afastamento ou demarcação destes países em relação ao ERTPI, mas do que parece efetivamente, a sua manifesta oposição até em face da repugna internacional.

No preâmbulo do ER diz-se que «*no decurso deste século milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade*».

É notório que o enfoque da abordagem internacional incide contra condutas e comportamentos que atentem contra a integridade da pessoa humana.

Mas, a menos que se queira mudar a semântica, a pena de morte atenta de forma grave contra a integridade da pessoa humana, quanto mais não seja, até por razões do princípio fundamental do direito à vida, independentemente, do que possa estar subjacente a certo tipo de conduta criminal.

Por outro lado, do ponto de vista sociológico, os atos de «tortura e tirania», que se configuram como práticas legalmente instituídas nesses países concorrem em termos político-morais com outras formas de atuação em outros Estados (em África, América latina e Ásia), ainda que, não sob cobertura da lei.

Tais podem ser os casos das detenções arbitrárias de dissidentes e opositores políticos, dos desaparecimentos forçados, da tortura, das

repugnou a legalidade e uso da pena de morte, advertindo os países a tornarem-na ilegal e que o seu uso não seja reintroduzido nos ordenamentos jurídicos. A União Europeia concordou com a decisão e abdicou da sua prática, atualmente todos os países do bloco tem a pena de morte ilegal. Este é mais um dos fatores que nos leva à triangulação do Conselho de Segurança das Nações, numa tabulação cruzada do que era antes ou ao menos assim se podia considerar um pentágono-quadrilaterizado, na medida em que entre cinco menos um, se faz o direito de veto. Deve-se compreender, que não nos referimos sobre qualquer alteração ao sistema do Conselho de Segurança, mas sobre a esta nova configuração em relação as posições dos cinco face ao ERTPI, em que, por um lado, estão a China, os EUA e Rússia e por outro, a França e a Inglaterra, na sua auto identificação com o ERTPI.

execuções sumárias extrajudiciais ou quaisquer outras violações que lesam de forma grave os direitos das pessoas.

Importa compreender, que apesar das diferenças normativas (entre os EUA, China e a Rússia) torna-se como que inevitável o choque que se verifica, entre o que de forma mais proeminente e no quadro da moralidade jurídica se procura salvaguardar e assegurar e a prática costumeira em forma de lei desses países.

Caricatamente inclusive, os EUA, que arroga ser o exponencial defensor dos direitos humanos e democráticos.

Entretanto, o problema é particularmente ainda contraditório e complexo quando pretende-se traduzir o direito penal destes países. Em qualquer um deles, os crimes dividem-se quanto à pena, e não quanto à intencionalidade.

Por isso, são ignorados os aspetos motivacionais. Em tais contextos existem crimes com penalidade mais severa, inclusive pena de morte e crimes com penalidade menos severa.

Os elementos identificadores dos factos reprováveis dividem-se em atos e omissões criminosas, em voluntariedade e em causalidade, em contradição com os seguintes princípios das Teorias da Lei Penal e da Infração Penal do Direito internacional, plasmados no ERTPI: princípio da *nulla poena sine culpa* (princípio da culpa), *nulla poena sine lege* (princípio da tipicidade) e *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade), que não se comprazendo com o estatuído no referido tratado, impedem com que esses países (EUA, China e Rússia) admitam que cidadãos seus possam ser julgados ou considerados culpados de prática de crimes fora do seu ordenamento jurídico-penal.

Este aspecto torna-se ainda relevante quando esses crimes supostamente tenham sido praticados no exercício de funções políticas, considerando-se difícil tornar efetiva a acusação na base dos princípios *ratione materiae* e *ratione personae* (que se associam ao princípio da imprescritibilidade), mas apenas, no caso vertente, circunscrito àquelas pessoas cujos países ratificaram o ERTPI.

7. O posicionamento dos Estados africanos face à jurisdição do TPI⁴⁵

Os Estados africanos, grosso modo, parecem dispostos a distanciar-se do ERTPI, por algumas razões já afloradas acima.

Hoje, como se diz, o mundo é uma aldeia global e a conduta ou o comportamento dos Estados, das suas lideranças políticas e dos seus cidadãos em geral é influenciado pela conduta de uns e de outros, em todos os Estados e em todas as conjunturas.

7.1. *As possíveis razões*

Os Estados africanos numa clara alusão ao princípio da igualdade de tratamento, têm manifestado a sua indignação perante uma certa atuação, que se diga, claramente tendenciosa e marcadamente política do TPI em relação aos cidadãos africanos que caem na sua alçada, ou simplesmente, são constituídos alvos.

As razões desta posição podem ser várias, desde as de ordem política às de ordem jurídica ou político-sociológicas que decorrem das idiossincrasias internas.

⁴⁵ Cfr. Guerreiro, Alexandre T. Neto (2012). *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*. Almedina, Setembro, 2012. Antes de mais importa aqui ressaltar, a nossa não total concordância com o termo “resistência” porque logo à partida parece presumir, uma tendência dos Estados africanos de se apartarem de uma obrigatoriedade de adesão ao TPI. Pensamos que se trata da vontade política individual de cada Estado e daqui, podem-se retirar duas conclusões: uma, os Estados não têm nada a temer e assumem a eficácia dos sistemas de justiça interna, sem que para tal estejam sujeitos a outro tipo de pressão externa, como a que decorre da justiça complementar do TPI, em ter que julgar, no lugar do Estado; outra, os Estados assumem a sua incompetência em puder realizar justiça contra aqueles que cometem crimes e nesta conformidade tenham de recorrer à uma instância supra estadual para assim proceder. Quer num, quer noutro sentido esta hipótese pode ser colocada. Por isso, importa compreender que o sistema de relações internas e externas tem as suas complexidades e nada ou nem tudo se parece taxativamente exato. Alexandre Guerreiro destaca um conjunto de fatores que possam estar na base da dissonância dos Estados africanos em geral e dos seus blocos regionais à jurisdição do TPI. Para além das razões de natureza interna, inerentes à própria gestão dos problemas africanos na sua globalidade, aponta as incompatibilidades que resultam da adoção do ERTPI e da sua aplicação às jurisdições nacionais africanas e a própria atuação do TPI em África.

Portanto, embora se verifique, uma espécie de alinhamento em massa, não nos parece que as motivações sejam uniformes.

O mais certo, sim, é que a historicidade, ou o passado histórico do continente traga ao de cima um tipo de conduta de solidariedade orgânica em torno desta questão.

Embora, inicialmente os Estados africanos parecessem dispostos⁴⁶ ou pelo menos indiferentes à criação de Tribunais Penais Internacionais, para os casos que ocorreram no Ruanda (1994) e na Serra Leoa (2000), através do Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL), tal não passou de uma atitude que visasse a assunção de uma posição de não ingerência, e não interferência, considerando que os próprios países mostraram-se interessados em obter da ONU, o apoio necessário para a aplicação do direito internacional contra as violações sistemáticas dos direitos humanos em seus territórios.

Ora, para a maioria dos Estados africanos nota-se haver o sentimento de risco, de sujeição à vingança, por parte das potências Ocidentais que não tendo visto os seus interesses estratégicos satisfeitos ou insatisfeitos para uns em benefício de outros, o TPI, poder ser uma via, a qual será usada para atuar contra as elites africanas apeadas do poder de forma democrática ou não.

Por inúmeras razões do seu passado, a maioria dos Estados africanos não se sente, do ponto de vista político suficientemente amadurecido para por si mesmo, resolver os seus problemas internos sem as interferências da comunidade internacional.

Sendo que, do ponto de vista económico e social, de igual modo, ainda não se conseguiram libertar da tutela internacional dos países mais desenvolvidos, que o sistema colonial transformou numa teia de

⁴⁶ Cfr. Guerreiro, Alexandre T. Neto (2012). op. cit. p. 45. Embora pensemos que a questão que se coloca em relação a esse pressuposto de criação de tribunais internacionais *ad hoc* para os Estados africanos era uma experiência nova, e fica difícil, quanto a nós, avaliar se estes teriam ou não argumentos substanciais para rebater a questão, quanto mais não seja, até pelo facto de o continente africano não ter sido o primeiro visado, não havendo, partindo deste paradigma fortes motivos que levassem à sua oposição, para além de que, em circunstâncias tais, a cooperação deve ser chave para melhor se avaliarem as intenções.

relações embaraçadas, enrolando-se ainda mais com os interesses pós-coloniais que se internacionalizaram com a guerra fria.

Todos os fatores interligados dão azo a situações conjunturais que vão desde o apadrinhamento das elites mais dispostas à docilização dos interesses estrangeiros das potências Ocidentais, ao seu isolamento, em caso de tenderem mais para um ou outro sentido.

O que na maioria das vezes, acaba por condicionar o posicionamento dos poderes africanos, entre um e outro extremo da margem nas relações internacionais.

Por outro lado, um outro fator não menos importante prende-se com a falta de confiança no exercício de uma governação transparente.

O exercício de um poder político de comando errático tornou as elites do poder nos Estados africanos vítimas da sua própria venalidade.

Olhando para este conjunto de fatores que não deve ser de modo algum generalizado, mas que, vistos numa panorâmica substantiva da realidade subjetiva e objetiva, não deixa de ser um considerando indiscutível, que torna a ação dos Estados africanos, em certo sentido, refratária da jurisdição do TPI.

Tanto mais, quando essa estrutura complexa parece representar uma nova forma de *inquisição*, contra os Estados africanos, ora, utilizados como autênticos cobaias para testar a eficácia ou eficiência da aplicação de um Direito Penal Internacional e Humanitário, na sua forma bruta.

7.2. Desconfianças e conjurados princípios do TPI

Os mais recentes casos de personalidades africanas sob alçada do TPI, não apenas surgem como paradigmas e sintagmas de uma ação pouco clara, sem transparência e nada convincente, como levantam suspeitas e desconfianças sobre conjurados princípios disfarçados de justiça internacional.

Tais são os processos: (*ICC-CPI-20131216-PR975*⁴⁷) contra o ex presidente da Côte D'Ivoire, *Laurent Gbagbo*, acusado de ter incorrido

⁴⁷ Cfr. Site do TPI: <http://www.icc-cpi.int/>

em responsabilidade criminal individual por quatro tipos de crimes contra a humanidade:

- a) Assassinato;
- b) Estupro e outras violências sexuais;
- c) Atos de perseguição;
- d) Outros atos desumanos, alegadamente cometidos no território da Costa do Marfim, entre 16 de Dezembro de 2010 e 12 de Abril de 2011 durante a violência pós-eleitoral.

Gbagbo foi entregue ao TPI, em 30 de Novembro de 2011 e sua primeira aparição perante o juízo de julgamento ocorreu em 5 de Dezembro de 2011.

E ainda, o processo (*ICC-01/09-02/11*⁴⁸), contra o actual Presidente do Quênia, *Uhuru Muigai Kenyatta*, eleito desde 13 de Abril do ano passado, 2013.

O processo baseou-se na decisão do Procurador *Fatou Bensouda*, que defende a sua ação como sendo simplesmente consubstanciada em factos específicos, desprovida de considerações estranhas, mas sem se apurarem materialmente esses factos.

No caso de *Uhuru Muigai Kenyatta*, os factos complicaram-se, quando no dia 4 de Dezembro de 2013, uma dita segunda testemunha-chave confessou prestar depoimento falso ao Ministério Público, a respeito de um evento crítico.

Esta testemunha, segundo consta foi simplesmente retirada da lista das testemunhas de acusação.

Por caricato que pareça e sem quaisquer outras implicações jurídico-penais o Procurador, pura e simplesmente anunciou que chegou à conclusão de que, atualmente, o processo contra o Sr. *Uhuru Muigai Kenyatta* não satisfaz os elevados padrões de prova exigidos no julgamento.

Por isso, como diz, «*precisa de tempo para completar os esforços para obter provas adicionais, e considerar se tais provas permitirão atender plenamente o limiar probatório exigido no julgamento*».

⁴⁸ Cfr. Site na internet do TPI, referido na nota anterior.

Contra *Uhuru Kenyatta Muigai* pesa a acusação de violência pós-eleitoral no Quênia, entre 2007-2008.

O caso de *Laurent Gbagbo* é ainda mais complexo. O ex-Presidente da Costa do Marfim foi capturado no passado dia 4 de Abril de 2011 por soldados franceses e entregue às forças da oposição, depois da situação de violência pós-eleitoral que se instalou no país, por este se recusar em aceitar o resultado do processo, em que supostamente saiu derrotado.

A organização do próprio processo eleitoral esteve sob tutela das NU, tendo em conta a crise política que se havia instalado naquele país.

Mas o clima de instabilidade antes e depois das eleições era visível, mas ainda assim as eleições foram realizadas devido a pressão internacional. Debalde, foram os resultados destas eleições cujos observadores da ONU reconheceram como livres, justas e transparentes.

Entretanto, permanecem as acusações contra a França de ingerência nos assuntos internos do país, por parte dos partidários de Gbagbo, pelo facto de, as forças francesas terem participação diretamente na operação que conduziu a captura do ex-Presidente marfinense.

Há ainda o repúdio da União Africana pelas imagens humilhantes veiculadas pelo canal de televisão francesa, apresentando, o ex-Presidente quase desnudo e a ser violentado pelas forças da oposição, depois de capturado, numa clara e autêntica violação dos seus direitos e da dignidade da pessoa, quanto mais não fosse, contra um antigo chefe de Estado.

A *Human Rights Watch* (HRW) acusa, as forças de Gbagbo, pela morte de centenas de civis durante os quatro meses de crise. A mesma organização acusa igualmente, as forças pró *Ouattara* de matar e violar civis.

Enquanto decorria o conflito *Laurent Gbagbo* mostrou-se disponível a negociação propondo um cessar-fogo, mas a ONU e os EUA acusaram-no de ter proposto o cessar-fogo apenas para reunir os seus apoiantes e rearmá-los para os ataques.

Foi precisamente neste íterim que as forças francesas apoiadas pelas forças das NU engendram a operação que culminou com a captura do ex-Presidente.

Laurent Gbagbo foi entregue ao TPI para julgamento, mas diante de um jogo político em que esta instância acaba por ganhar o rótulo de um instrumento de coação para ser usado no quadro duma *política jurídica* internacional contra África.

7.3. *Um novo Direito Penal Internacional para ou contra África?*

Eis a questão que muito pano para manga ainda pode dar, na abordagem da questão africana na sua relação com o TPI.

Aqui consideramos o conceito de política jurídica equivalente ao conceito de dominação legal, mas numa perspetiva e dimensão sociológica, na qual os mais fracos estão sujeitos a pesadas sanções mesmo em situações de menor gravidade, ao passo que os mais fortes são protegidos em resultado da sua influência sobre o topo da pirâmide nas mais variadas instâncias do sistema internacional.

Esta discrepância, a nosso ver, parece tornar bastante periclitante a relação entre os diversos atores do sistema internacional, dividindo os Estados, entre:

- *Adversários (aqueles que representam um certo potencial no plano político-militar e projecção geopolítica e geoestratégica);*
- *Aliados (aqueles com valor estratégico nas zonas de influência e de interesse vital);*
- *Não aliados (aqueles que podem ser mais ou menos toleráveis);*
- *Aliados dos aliados (aqueles com quem se pode negociar);*
- *Parceiros (aqueles com que se estabelecem relações diplomáticas com base em múltiplos interesses: políticos, económicos, comerciais, de defesa e segurança, entre os quais se incluem os africanos, etc.)*
- *Potenciais inimigos (aqueles de quem não se espera nenhum tipo de cooperação);*

É aqui que se coloca o busílis. A reação dos Estados africanos contra a aplicação de um Direito Processual e de um Direito Penal Internacionais que pontua a desconsideração do direito à igualdade entre todos os Estados.

Um Direito que enferma de irregularidades que se prendem, por exemplo, até com a morosidade processual, tanto por razões de natureza burocrática, como por escassez de recursos e meios, quando estão em jogo interesses de cidadãos africanos, o que convoca a ideia de que, jurisprudencialmente, a evolução destes ramos do Direito, faça transparecer a ideia de que lhes falta uma clara assunção do seu verdadeiro papel, ao desvalorizar princípios elementares do Direito, quando a justiça se destina à África.

Esta consciência parece demonstrar uma nova ética jurídica, assente na dominação de um Direito para os africanos, ou na ignorância da força atuante dos princípios do Direito para os africanos.

Apesar de todos os fatores que se aliam à interpretação teleológica dos objetivos, ao segredo de justiça, ou ainda à ponderação das consequências, o Tribunal não faz jus ao princípio da determinação.

Infelizmente, tudo isso resulta em prejuízo dos arguidos, o que não deixa de ser preocupante, lamentável e intolerável.

Ainda a esse respeito *inter alia*, o crivo político e os malefícios que dele podem resultar, nunca no interesse de uma justiça isenta.

Para os Estados africanos também não deixa de espantar, a confusão teleológica que o tratado internacional de Roma suscita, enquanto instrumento para o exercício de uma justiça complementar.

Podem ser também inúmeras, as implicações sociológicas que decorrem de um sistema móvel de justiça para a incorporação no referido tratado das normas e disposições jurídicas absorvidas dos tratados internacionais a contento de um Direito Internacional para os africanos.

Isto é, diferindo em grau de aplicação. Por exemplo, não se aplicando aos demais Estados como aconteceu com os EUA na invasão ao Iraque.

Ademais, fica subjacente, que muitos líderes africanos se apressam em recorrer ao TPI para a aplicação da justiça contra adversários políticos.

Nestas circunstâncias ficam as dúvidas quanto ao valor e importância do Direito Interno dos Estados. Fica esta linha tênue, entreaberta, como que representando o simulacro de suas intenções benignas, que acaba por denunciar a sua adulação.

Para certos líderes africanos, o ERTPI enquanto parâmetro normativo e enquanto referencial de internacionalização de Direitos, é uma norma em sentido técnico dotada de previsão e estatuição à moda africana.

Como Direito subsidiário ao Direito Interno, o ERTPI deixa transparecer entrelinhas as intrincadas jogadas político-diplomáticas, no interesse de, ou sobre quem não se pode agir, independentemente, da sua respetiva razão.

Esse aspecto tem sido particularmente relevante para os Estados africanos, porque fica claro, que vem em benefício dos mais fortes, podendo noutro sentido atuar como um pau de dois bicos contra os mais fracos.

O Tribunal surge também como o pilar de uma elite, no vértice da pirâmide do sistema internacional que não deve se dispor a enfrentar o poder de quem tem a vara, e pode vetar contra tudo que se apresente em seu prejuízo.

O que não nos parece de todo curial é a ação ou o posicionamento irreverente por parte dos Estados africana tendente à demarcação ou ao distanciamento do ERTPI. Embora, isto pareça discutível, sensível, e de difícil enquadramento:

Por um lado, coloca-se a confusão teleológica que o ERTPI suscita, quer no plano da sua simples interpretação à luz do Direito, quer no plano da sua aplicação dogmática, apresentando-se como um tratado geopolítico;

Por outro lado, coloca-se a questão da sua legitimidade e num ângulo de maior amplitude, a questão da não ratificação do Estatuto por parte de três membros do CSNU, que não nos parece que se afigure imediata, nem para médio prazo.

Mas, os Estados africanos podem e devem adotar uma posição que se afigure muito mais sensata, avançando propostas consignadas à criação de mecanismos de controle e verificação dos atos praticados pelo Tribunal, quer ao nível das próprias instâncias do Tribunal, como na Assembleia dos Estados Partes, quer ao nível das NU, organismo internacional com o qual o Tribunal tem uma relação profícua para a sua revisão.

8. O Risco de instrumentalização política⁴⁹

Uma das críticas que mais se dirige contra a ação do TPI relaciona-se à sua dependência à política internacional, isto é, às interferências que decorrem da sua relação com os mais diversos atores internacionais, imbuídos ou não, de boas intenções.

Aliás, como vimos, o risco de instrumentalização está sempre eminentemente presente. A esse respeito, é posto em consideração não apenas o tratado de Roma, mas acima de tudo, os fins que norteiam o espírito de uma instância como o TPI.

Estamos em presença de uma vulnerabilidade que pode pôr em causa a ética e moral de um órgão que se propõe e se afirma pretendo defensor do Direito Internacional e Humanitário.

Não é demais afirmar que a análise dos princípios basilares do ER, e os demais instrumentos deixam claro, aspetos tão diversos que vão desde a decisão de denunciar ou investigar crimes ao financiamento do Tribunal, como condicionantes de uma ação que se pretende isenta de quaisquer indícios de improbidade decorrentes de manipulações extra-judiciais, politicamente, motivadas.

Vários têm sido os casos em que são postas em causa a equidade do tribunal. Os casos contra o ex-Presidente Laurent Gbagbo e o atual Presidente do Quênia Uhru Muigai Kenyatta são disso paradigmas.

Para além destes dois, podemos também ainda referir o mandado internacional de prisão que o Tribunal emitiu contra o senhor da guerra no Uganda, *Joseph Kony*, líder do *Lord's Resistance Army* (LRA), o chamado “Exercito do Senhor”, que se recusa a assinatura de um cessar-fogo por alegadamente pender sobre si e agora dois dos seus principais chefes militares, um mandado de prisão internacional.

Dois aspetos aqui devem ser assinalados como efeitos da instrumentalização do TPI:

⁴⁹ Cfr. Goveia, Jorge Bacelar (2013). op. cit. pp. 142-145.

- Em primeiro lugar, a intransigência⁵⁰ do Tribunal em manter o mandado de prisão contra *Joseph Kony*, mesmo perante o apelo da opinião pública nacional e alguns setores da comunidade internacional, que em face da questão, consideraram que tal em nada ajudará na resolução da degradante situação de violência no Uganda, e ainda, o facto de, em muitas situações o Tribunal manter-se impávido e sereno, ignorando factos relevantes que comprometeriam a ação das autoridades ugandesas, de violação grave e sistemática dos direitos civis e humanitários dos cidadãos daquele país;
- Em segundo lugar, a campanha que se promoveu nas redes sociais (internet) para demonstrar a monstruosidade de um homem e mobilizou apoios financeiros indizíveis, com os EUA, a premiarem a sua captura, como o líder militar sanguinário.

⁵⁰ Cfr. Machado, Jónatas E. M., op. cit. p. 367. Sobre este particular, o referido autor, destaca a tensão estrutural que se gera entre a jurisdição internacional e as jurisdições nacionais, quando posto em causa o papel de outras instâncias de valor político-sociológico relevante, como as chamadas “Comissões da Verdade e Reconciliação Nacional” em casos em que é preciso conter graves incidentes ou evitar que se precipite uma nova crise, como o que está a acontecer no Uganda, com o exercício da violência extrema, politicamente motivada, mobilizando diferentes segmentos da sociedade para a ação do conflito armado.

Independentemente dos valores que subjazem o direito internacional, tendo em conta «a multiplicidade de funções políticas, jurídicas e morais que pretende servir...» como refere, o autor, constituindo «... uma fonte de mal entendidos e frustrações, como parece demonstrar a experiência dos tribunais penais *ad hoc*», nos parece quanto à nós, que tais mal entendidos e frustrações radicam na irredutibilidade e da falta de bom senso da jurisdição internacional, que seria capaz de evitar que as pessoas procurassem adotar crenças irracionais, com vista a justificar a gradativa gravidade do que está acontecendo.

Ademais, não se pode minimizar, factos que ocorrem, costumeiramente, e que obrigam ao recurso às leis de amnistia, como o próprio Jónatas Machado reconhece, consignadas à «(...) justiça transicional e restaurativa de reconciliação nacional, a pedagogia moral e jurídica e da preservação da verdade dos registos historiográficos, precludindo a consolidação das narrativas dos mais fortes à margem das contra-narrativas dos mais fracos»; isto é, quando as condições do conflito provocam um penoso desgaste psicológico, sociocultural, económico e político de elevado desespero, incapaz de ser detido pelo controle jurisdicional internacional.

Kony é acusado de cometer inúmeros crimes contra a humanidade, incluindo assassinatos em massa e o recrutamento de crianças para integrar o grupo rebelde.

É procurado desde 2005, altura em que foi indiciado pelo TPI. Em 2012, a sua fama correu o mundo pelas redes sociais da internet e arrecadou cerca de 20 milhões de dólares americanos.

A certa altura, o procurador Luis Moreno Ocampo diz comprometedamente: *“Não será ruim para a juventude, será ruim para o mundo se falharmos”*.

Estavam claramente insatisfeitos os objetivos que conduziram a campanha e fizeram com que o Tribunal se mantivesse irredutível na sua decisão de retirar o mandado de prisão para se acabar com a violência naquele país.

O Invisible Children⁵¹ apresenta em seu site as quatro metas que tinha para 2012, com a campanha *“stop Kony”*:

- *“Fazer Kony famoso para criar conscientização global sobre as atrocidades do LRA (Lord’s Resistance Army), a milícia que comanda;*
- *Aumentar a proteção de civis contra ataques do LRA;*
- *Pressionar governos internacionais para apoiarem esforços regionais contra o LRA;*

⁵¹ Invisible Children (Crianças Invisíveis) é uma organização criada em 2004, simplesmente para a campanha de mobilização contra as atrocidades do LRA, mais propriamente para a captura do seu líder, usando-se a dor e o sofrimento das crianças e a sua sensibilidade para esse efeito. Deve-se lamentar o facto, de, ao invés de se dedicar uma maior preocupação em busca de um entendimento entre as partes em conflito, visando o fim da violência, busca-se dar visibilidade internacional ao líder do LRA, agravando-se cada vez mais a situação no Uganda, já de si degradante e bastante deprimente, aumentando o número de vítimas, sob um pretensioso pretexto de realização de justiça, como se isso se pagasse, a vida das pessoas ou devolvesse cada membro do corpo perdido à quem teve a sorte de sobreviver com uma mutilação qualquer, em consequência da guerra. Esta campanha, diga-se, não deixa de ser um maniqueísmo psicológico mal disfarçado que tem vindo a fazer mais vítimas, explorando a fraqueza das crianças. O que é pior. Aproveitando-se das suas fragilidades psicológicas para imiscuí-las, pela sua inocência, numa pretensa resolução dum problema politicamente grave, elevando a imagem do TPI para os píncaros da insanidade moral, ante a sua clara instrumentalização.

- *Ver Joseph Kony e seus principais comandantes capturados por forças regionais e julgados pelo International Criminal Court (ICC)”.*

Estes constrangimentos colocam evidentemente o Tribunal em descrédito, em ter que justificar o mote das suas ações contra a pluralidade e o bom senso ou o consenso diplomático estritamente guiado pelas evidências, de acordo com o quadro legal do ER.

A posição do Tribunal na sua suposta busca de justiça para as vítimas da violência em qualquer um dos contextos, na Costa do Marfim, no Quênia ou no Uganda tem enfrentado desafios incalculáveis.

Portanto, por mais que não se queira associar a ação do TPI à uma insinuada instrumentalização política, neste caso concreto torna-se mais do que evidente a prevalência da vontade dos EUA⁵², para a captura de *Joseph Kony*.

Isto ameaça sem dúvida, a sua futura existência se este não puder jogar um papel de destaque no equilíbrio das relações entre os Estados.

Enquanto isso, os Estados Partes diante do conjunto de barreiras a serem ultrapassadas, devem atender à revisão urgente do ERTPI para que o Tribunal seja não apenas um ente importante, como afigura ser, mas sim, um ente querido como deve ser, isento e imparcial.

Conclusão

À guisa de conclusão destacar o seguinte:

A natureza dos crimes sujeitos a jurisdição do TPI demonstra o nível ou o grau de influência dos seus mentores no plano interno e externo;

⁵² Não sendo parte do ERTPI, os EUA, no atual contexto e, em face das atuações do TPI, não têm moral política nem jurídica para intrometerem-se ou apoiarem processos que estão sob alçada do tribunal. Este comportamento leva-nos ao que definimos por “dominação legal”, por parte dos EUA, ou ao que chamamos de “política jurídica”, conceitos aqui utilizados para designar, tal conduta, sendo adotada pela potência americana, para a imposição hegemónica, aos demais Estados, mormente, aos africanos, de valores ou de uma cultura jurídica por eles mesmos inadmitida e impraticada, gerando o ambiente, que se verifica na arena internacional, de incerteza quanto ao papel e aos padrões de atuação do TPI.

O ERTPI deve antes de mais pautar por afinar o conjunto de mecanismos que regem e regulam o seu funcionamento, de modo a libertar-se das conjunturas geopolíticas e geoestratégicas que determinam o sistema das relações internacionais e o tornam refém de instrumentalizações políticas;

O ERTPI não é suficientemente consistente para demandar a realização da justiça com equidade nos marcos dos princípios da juridicidade internacional;

Impõe-se, quanto antes, revisões profundas a este importante tratado para que ante a oposição dos três dos principais membros do CS, ainda assim se consiga a mobilização de grande parte dos Estados, no sentido de se promover a justiça internacional em prol da paz e da segurança mundial.

REFERÊNCIAS

- AAVV (2011). Enciclopédia de Direito Internacional, Almedina.
- BISPO, António Jesus (1998). *Elementos para Uma Teoria do Conflito Político*, Instituto Português da Conjuntura Estratégica, Lisboa.
- CABRITA, Isabel (2011). «*Tribunal Penal Internacional (TPI)*».
- CASTRO, Thales (2012). *Teoria das Relações Internacionais*, Fundação Alexandre de Gusmão Brasília.
- DIN, Nguyen Quoc/DAILLIER, Patrick/PELLET, Alain (2003). *Direito Internacional Público*, 2.^a edição, Serviço de Educação e Bolsas Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- HUNTINGTON, Samuel P. (1999). *O Choque das Civilizações e a Mudança na Ordem Mundial*, Lisboa, Gradiva.
- GUERREIRO, Alexandre T. Neto (2012). *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Almedina.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2004). *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013). *Direito Internacional da Segurança*, Almedina.

- GUEDES, Armando Marques (2007). *Ligações Perigosas, Conetividade, Coordenação e Aprendizagem em Redes Terroristas*, Almedina.
- LÉNINE, V. I. (1936). *Acerca da Coexistência Pacífica*, Edições Progresso, Moscovo 1983.
- LAURENT, Éric (2006). *A Face Oculta do Petróleo: A mentira, a manipulação, a corrupção*, Temas e Debates, 2007.
- MACHADO, Jónatas E. M. (2004). *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 2.ª Edição, Coimbra Editora.
- SOARES, Miguel de Serpa/KOWALSKI, Mateus (2011), «*Tribunal Penal Internacional Para a Ex Jugoslávia (TPIJ)*»; «*Tribunal Penal Internacional Para o Ruanda (TPIR)*» e «*Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA)*».

Outras Referências

Carta das Nações Unidas.
Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional
Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

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

E-mail: presidente@idilp.net

Democracia e Direitos Humanos na era da Globalização¹

Democracy and Human Rights in the era of Globalization

WLADIMIR BRITO²

Resumo: Neste texto convocamos para a discussão, entre outros, os conceitos de governança, ordem global, política, democracia, cidadania global e organizações internacionais e as suas relações com a globalização para discutir a necessidade de distintos tipos de governança no quadro da nova ordem global produzida pela *não correspondência* entre o novo modelo de relações económico-financeira e o clássico modelo de organização política internacional. Defendemos ainda que a governança anuncia-nos o enfraquecimento do Estado e a sua incapacidade de assegurar o governo da nova ordem internacional.

Discutimos ainda, entre outras questões, a de saber se há ou não uma ordem global e, havendo, se esta é ou não compatível com a democracia e se, no quadro dela, podemos falar de uma cidadania global. Finalmente, defendemos que a defesa dos direitos humanos no mundo globalizado é tarefa das organizações internacionais governamentais e não-governamentais, por serem elas que exercem a governança nesses domínios.

Palavras chave: *globalização, governança, ordem global, Direito Internacional, política, democracia, organizações internacionais e cidadania global.*

Abstract: In this paper we call for discussion, among others, the concepts of governance, global order, politics, democracy, global citizenship and international organizations and their relations with globalization to discuss the need for different types of Governance in the framework of the new global order produced by the

¹ Aula sobre Direitos Humanos e Democracia na era da globalização proferida em 24 de Maio de 2018, no âmbito do Curso Breve da Jurisnova sobre Governança e Regulação Global na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa dirigida a Advogados brasileiros da Advocacia Geral da União (Brasil). Entregue: 1.7.2018; aprovada: 9.9.2018.

² Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.

non-correspondence between the new model of economic and financial relations and the classic model of international political organization. We also argue that governance announces the weakness of the State and its inability to secure the government of the new international order.

We also discuss, among other questions, whether or not there is a global order and, existing, if it is or not compatible with democracy and if, in her context, we can talk about global citizenship. Finally, we argue that the defense of human rights in the globalized world is the task of the international governmental organizations, as they are exercising governance in these areas.

Keywords: *globalization, governance, global order, international law, politics, democracy, international organizations and global citizenship.*

I. Globalização e Governança

1. O tema deste curso reclama desde logo a clarificação de conceitos nele presentes e que nem sempre estão bem recortados e que são o de governo, governança e o de política.

Na verdade, hoje falamos muitas vezes de Governança sem saber ao certo em que consiste e não é menos verdade que também se confunde governo com governança e se fala de política sem ter uma noção cientificamente aceitável do conceito. É claro que todos temos uma ideia (quase inata) e muito próxima do conceito de política, mas já não se pode dizer o mesmo no que se refere à Governança. Começaremos assim a recortar o conceito de Governança.

Com efeito, e de acordo com os dicionários da língua portuguesa da Academia de Ciências de Lisboa e Houaiss, governança é uma palavra já caída em desuso que tem a sua origem na palavra francesa *governance* que significa o mesmo que governo, acto de governar, governo, governação. Contudo, se em Portugal (e penso que também no Brasil) a palavra deixou de ser popularmente utilizada, não é menos certo que com a Globalização foi “reactivado” o seu uso no domínio das ciências sociais e, logo, dos discursos científicos e académicos. A pergunta que se coloca é a de saber se nesses discursos a palavra tem aquele significado ou se é usada com outro sentido. É esta pergunta que nos convoca a recortar o conceito.

Começaremos por relembra que, com o fim da Guerra Fria e com a aceleração do processo de globalização, já a velha ordem westphaliana que, numa sociedade internacional, estruturalmente anárquica, na opinião da corrente realista das relações internacionais, tinha assegurado o relativo e sempre instável equilíbrio e a estabilidade nas relações internacionais necessariamente conflituosas entre as grandes potências, com o fim da Primeira Guerra Mundial tinha dado lugar à ordem Sdniana – a primeira com pretensão universal –, que, por sua vez e a partir do fim da Segunda Guerra, cedera o passo à ordem Onusina³ – a primeira a afirmar-se universalmente.

É no quadro dessa ordem Onusina que aqueles dois fenómenos provocam instabilidade nessas relações e nessa sociedade caracterizada pela ausência de governo e de regras comuns, elevado grau de incerteza e de insegurança⁴, tanto maior quanto as profundas mudanças que o mundo começou a assistir, afectam directamente, transformando, o quotidiano das pessoas. Basta lembrar os efeitos da massificação da internet e da revolução tecnológica que alteraram radicalmente a noção do tempo e da distância, modificaram os processos de intervenção social e política, ampliando o universo de actores participantes, tornaram porosas as fronteiras dos Estados, abalando, deste modo, os alicerces embaadores da ideia de soberania, ampliaram para além das fronteiras a esfera pública comunicacional. Numa palavra, e dizemo-lo com Rosenau, tornaram os governos e a governação (não governança, no sentido que aqui irá ser recortado) incapazes de controlar, como controlavam, os destinos dos Estados quer *in foro domestico*, quer nas relações com outras entidades internacionais.

Para além disso, a globalização e essa revolução tecnológica despertaram forças até então adormecidas, como o localismo, o nacio-

³ Sobre os modelos Sdnianos e Onusinos, veja-se entre outros, Wladimir Brito, “Formas de Estado e Modelo de Organização Da Sociedade Internacional,” *Revista Scientia Iuridica* LVI, no. 310 (2007): p.^a 227 e segs.

⁴ Em sentido próximo Danilo Zolo quando fala da globalização e da natureza complexa desse fenómeno e diz que “*un ambiente altamente complejo es sinónimo de incertidumbre y, por consiguiente, desde el punto de vista de los sujetos que están inmersos en él, de inseguridad y de miedo*”. Danilo Zolo, *Globalización. Un Mapa de Problemas*, 1.^a (Bilbao: Mensajero, 2006), p.^a 12.

nalismo e a descentralização – e colocou-as em confronto com a globalização, a centralização e a integração, por um lado e o local, a descentralização e a fragmentarização, por outro⁵, podendo dizer-se que, em última análise, colocaram frente a frente a sociedade nacional e sociedade internacional e desencadearam a emergência de um novo modelo de sociedade e comunidade internacional e de relações desta com a sociedade nacional.

2. Todas essas mudanças reclamavam uma urgente procura de novos modelos de ordem e autoridade internacional, o que exigia uma urgente resposta à questão de saber como construir essa ordem e criar essa autoridade tão necessária para assegurar novos modelos de relações internacionais no quadro de uma sociedade e comunidade internacional em profunda mudança.

É esta questão que convoca como resposta o conceito de governança global, mas que também nos pergunta pelo sentido, limites e objectivos dessa governança, cujo recorte *ab initio* entendemos que se impunha fazer.

Antes, porém, torna-se necessário referir a ideia de ordem (política) mundial ou internacional, para dizer que a sociedade internacional formada pelos Estados não pode ser comparada, como durante muito tempo com Hobbes, Puffendorf e outros teóricos do direito e das relações internacionais se aceitou ser possível, com as sociedades humanas quanto mais não seja porque os Estados conseguem criar e manter essa sociedade sem um governo comum. E essa sociedade é, na opinião de Hedely Bull⁶, constituída por três elementos que estiveram e estão presentes em todos os momentos da sua existência, sendo que

⁵ Ou nas palavras de Roseneau “*diverse contradictory forces have been unleashed that can be summarized in the clash between globalization, centralization and integration, on the one hand, and the localization, decentralization and fragmentarization on the other*”. – James N. Rosenau, “Governance in a New Global Order,” in *Governing Globalization.. Power Authority and Global Governance*, 1.^a (Cambridge: Polity Press, 2002), p.^a 70..

⁶ Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 3rd ed (Basingstoke: Palgrave, 2002), p.^a 39, que também nos diz que “*the element of international society has always been present in the modern international system because at no stage it can be said the conception of the common interests of states,*

em cada momento um deles é o predominante. Tais elementos são: guerra e a luta pelo poder entre os Estados, a solidariedade transnacional e os conflitos entre Estados e a cooperação e regulação das relações entre Estados. Contudo, a ordem política nessa sociedade é de grau mínimo e sempre precária e assenta em três pilares, que aqui nos limitamos a enunciar: interesse (mínimo) comum – sobrevivência, que implica a contenção e evicção da violência –, regras (mínimas) comuns – *pacta sunt servanda*, coexistência e cooperação – instituições comuns – quer sob a forma de práticas, como por exemplo diplomáticas, mecanismos de gestão administrativa dos interesses comuns, costumes e normas internacionais, quer sob a forma de organizações internacionais.

Ora, ordem política dessa sociedade elementar é sempre e necessariamente precária.

3. Em última análise até agora a globalização esteve presente no nosso discurso, mas sempre em pano de fundo, o que nos obriga a denunciar essa presença, perguntando-lhe o que ela é. Como resposta temos um enorme catálogo de definições, mas todas elas coincidem num ponto que é o de assegurarem que a globalização é um complexo fenómeno de natureza económica, social, política, cultural, comunicacional, tecnológica e multimídia, sendo algo de revolucionário que modificou a representação da distância e do tempo⁷. Contudo, como se sabe, diversas têm sido as definições de globalização, pese embora todas elas se refiram às características acima indicadas atribuindo predominância ora a uma ora a outra. Mas, curiosamente já no século XIX dois autores, Marx e Engels, fizeram no Manifesto do Partido Comunista uma pormenorizada descrição desse fenómeno quando diziam que “*a necessidade de expandir constantemente o mercado para os seus produtos leva a burguesia a todos os espaços do globo terrestre. Ela tem de fazer o seu ninho em toda a parte, instalar-se em*

of common rules accepted and common institutions worked by them, has ceased to exert an influence”.

⁷ No mesmo sentido Anthony Giddens quando diz que a “globalização é política, tecnológica e cultural além de económica”. Anthony Giddens, *Mundo na era da globalização* (Lisboa: Presença, 2000), p.^a 22.

toda a parte, estabelecer contactos em toda a parte.”, acrescentando que *“através da exploração do mercado mundial, a burguesia deu um aspecto cosmopolita à produção e ao consumo em todos os países”*, esclarecendo que as indústrias nacionais serão substituídas por indústrias que já não trabalham com matéria prima local, mas sim com a trazida de regiões longínquas e os produtos deixam de ser consumidos apenas nos países em que foram produzidos, para passarem a ser consumidos em toda a parte do mundo. Afirmavam ainda que *“em vez da antiga reclusão e da autossuficiência nacionais, temos intercâmbio em todas as direcções, uma interdependência universal entre as nações”* e que não só a produção material que se mundializa, mas também a produção intelectual, *“pois as criações intelectuais de diferentes nações tornam-se um bem comum”*⁸, a estreiteza dos pontos de vista nacionais torna-se cada vez mais impossível e uma literatura mundial emerge das diversas literaturas nacionais e locais. Esta descrição feita por Marx e Engels encontra refracções na formulação – muitas vezes também por descrição – do conceito de globalização.

Assim, por exemplo para Giddens a globalização é *“a intensificação das relações sociais mundiais que conectam entre si localidades muito distantes umas das outras e fazem com que acontecimentos locais sejam modelados por acontecimentos que ocorrem a milhares de quilómetros de distância e vice-versa”*, aqui em Giddens o relevante são as interconexões entre fenómenos sociais. Já para Ian Clark o que releva na definição de globalização são as modificações relacionadas com a intensidade e a dimensão espacial das relações internacionais. Por seu lado, Danilo Zolo diz-nos que a globalização expressa *“el processo social – fuertemente influenciado por el desarrollo tecnológico, por la creciente rapidez de los transportes y por la ‘revolución informática’ – que ha dado vida a una verdadera rede mundial de conexiones espaciales y de interdependencias funcionales”*, explicando que essa rede põe em contacto um número crescente de actores sociais e de acontecimentos económicos, políticos, culturais e comunicacionais,

⁸ Karl Marx e Friedrich Engels, *Manifesto do Partido Comunista*, 1.^a (Lisboa: Guerra e Paz, Lisboa, n.d.), p.^a 83-84.

que dantes não se encontravam conectados⁹. Finalmente, para outros a globalização é a mundialização do mercado. Vistos esses conceitos de globalização, a que se acrescentarmos agora o elaborado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, segundo o qual a globalização pode ser descrita como “*un proceso (...) que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas (...)*”, assinalando três parâmetros desse fenómeno global, a saber: espaço, tempo e densidade das interconexões transnacionais. A estes acrescentaríamos, com Manuel Castel, a dimensão económico-política e a da rede como instrumento de interconexão produzido pela revolução tecnológica. Não vamos prolongar esta nossa análise, pois é hora de dela retirar as consequências para o nosso tema.

Resumidamente e para o que nos interessa, poderemos dizer que as consequências gerais da globalização são, entre outras, as seguintes: mundialização e liberalização do mercado, crescente convergência da cultura, de símbolos e de formas de vida e eliminação das distâncias, política pós-internacional, policentrismo da política mundial, comunidades e estruturas sócio-económicas e financeiras transnacionais, erosão da soberania, risco ecológico global. Não nos é possível explicar aqui o sentido de cada uma dessas consequências, mas para o que nos interessa, a mais relevante é a policentralização da política mundial, pois em nossa opinião é dela que resulta a ideia da governança política com todas as suas consequências, nomeadamente a jurídica.

4. Com efeito, governança é uma expressão que nasce incindivelmente ligada ao fenómeno da globalização e de certo modo com vista a responder à necessidade de uma autoridade no quadro da nova ordem global. Daí que a expressão surja na linguagem comum e até científica ligada ao adjectivo global – “*governança global*” ou “*global governance*”. Disto decorre que governança e governo, embora tenham algumas características comuns não são propriamente sinónimos. Na verdade, James Rosenau explicanos que o governo e governança são ambos constituídos por um sistema de regras de direcção do exercício

⁹ Zolo, *Globalización. Un Mapa de Problemas*, p.^a 18/19.

de autoridade que visam habilitar o sistema a preservar a sua coesão e a realizar os objectivos estabelecidos. Só que, na opinião deste autor, enquanto o sistema de regras do governo é pensado em função das ou como estruturas, o sistema de regras da governança é pensado como função social que pode ser exercida por diversos meios e em distintos lugares e em diferentes momentos (ou até mesmo ao mesmo tempo) por uma ampla variedade de organizações. Por outro lado, o conceito de governo implica a detenção legítima do poder ou da autoridade conferida pela constituição e pelas leis internas *lato sensu*, o que apela para a ideia de soberania e de circunscrição territorial. Em última análise, governo implica território, fronteiras, mecanismo formais de legitimação e uma legitimidade constitucional. Mas já assim não acontece com o conceito de governança que resulta de processos por vezes informais decorrentes de práticas reconhecidas como autorizadoras do exercício de autoridade ou poder, que não reclamam qualquer formalismo (jurídico) ou conformidade constitucional para serem exercidas e reconhecidas. As regras da governança decorrem de acordos informais, nomeadamente de natureza internacional, de estruturas partilhadas, de práticas consentidas que são aceites pelas pessoas e as levam a agir em conformidade¹⁰.

Disto resulta que, na opinião de Rosenau, a governança implica a existência de uma complexa e proliferada rede de interdependência e que as suas regras estão localizadas nas organizações internacionais governamentais e não governamentais, nas corporações, nas sociedades profissionais, nas associações de negócios, nos lobbies e grupos de interesses variados e em diversas outras colectividades não-governamentais.

¹⁰ Essa distinção entre governo e governança é feita por James Rosenau nos seguintes termos: “*Both governance and government consist of rule systems, of steering mechanism through which authority is exercised in order to enable systems to preserve their coherence and move towards disired goals*”; diz-nos ainda, que “*While the rule systems of governments can be thought of as structures, those of governance are social functions or processes that can be performed or implemented in a variety of ways at diferent times and places that can be performed or implemented in a variety of ways at diferent times and places (or even at the same time) by a variety of organizations*”. Rosenau, “*Governing Globalization,*” p.^a 72.

Assim sendo, verificamos que governo e governança exprimem duas distintas realidades quer sob o ponto de vista estrutural quer sob o ponto de vista jurídico e comunitário. Com efeito, o governo convoca a ideia de soberania, constituição, território, comunidade ou sociedade nacional, poder centralizado e, numa palavra, Estado; governança reclama o multacentrismo, com a sua pluralidade de centros de poder e de autoridade, comunidade transnacional, um palco global de acção para variados actores nos mais distintos domínios – económico, social, cultural, político, etc.

Deste modo, por regra, não há somente uma governança, uma entidade detentora da governança, mas sim várias governanças, detidas por distintas entidades, o que implica vários e distintos tipos de governança. Por outro lado, só poderá falar-se de governança se aceitarmos, desde logo, que a governança para ser exercida reclama a porosidade das fronteiras ou, até mesmo, a sua eliminação, o que explica o fracasso ou, até mesmo, a impossibilidade de controlo pelos Estados do fluxo das ideias, da circulação monetária, do crime organizado, da droga do terrorismo, deslocação das pessoas etc., tudo isto porque também ela é a manifestação do crescente enfraquecimento do Estado.

Podemos assim dizer que sem globalização no sentido acima descrito não há governança e que esta é uma das vias que foi encontrada para assegurar, necessariamente em rede a policêntrica, a ordem sócio-político-económica e financeira global.

Mas, essa policentralidade da política mundial resulta da emergência e a afirmação da actividade de várias organizações internacionais quer governamentais – FMI, Banco Mundial, OMC, e várias outras – e não governamentais como a Amnistia Internacional, a Human Right Watch, como também do conjunto de problemas que deixou de ser locais e estatais e passou a ser global e reclama respostas globais como, por exemplo, os ligados ao clima, ao meio-ambiente, conflitos étnicos que recobrem territórios de vários Estados, tráfico de droga, terrorismo, pandemias, crises financeiras globais, e, ainda, à organização de eventos com natureza global que reclama cooperação quer para a organização quer para a realização quer ainda para controlo de multidões, como, por exemplo, os jogos de football, jogos olímpicos e outros eventos, as estruturas transnacionais, como as das multina-

cionais de produtos farmacêuticos, tecnológicos, associações e carteis financeiros, bancos, cooperação técnico-científica. A tudo isto acresce ainda a existência de comunidades humanas transnacionais ligadas por religiões de vocação global – o cristianismo e o islamismo –, famílias políticas, grupos científicos e movimentos ecológicos transnacionais, a que crescem os mais variados tipos de riscos globais, como os ecológicos, os político-militares, sanitários e outros. Problemas, soluções e riscos, todos conectados por redes comunicacionais globais acessíveis a cada um e a todos nós, que em, frações de segundo, espalham por todo o planeta a ocorrência dos problemas e as propostas de soluções.

São essas dimensões da globalização que reclamam um novo modelo de sistemas de regras e de estruturas formais e informais de inscrição da autoridade, mas que, por outro lado, não aceitam a afirmação de uma única autoridade, antes reclamam modelos distintos e diversidade de governança, que se organizam em múltiplos centros ou esferas e se conectam em redes específicas com vista a assegurar a ordem política e social global, promover a cooperação, assegurar a gestão dos problemas e das crises num mundo em que, como se diz na literatura anglo-saxónica, ocorre o colapso do tempo e do espaço.

A governança, por outro lado, anuncia-nos o enfraquecimento do Estado e a sua incapacidade de assegurar nos moldes clássicos, a ordem internacional, exactamente porque esta passou agora a ser também uma ordem transnacional em que participam organizações governamentais e não-governamentais, multinacionais e outras entidades.

Contudo, importa dizer, a governança não pode, nem deve ser entendida como um governo (político-jurídico) global, mas em bom rigor é uma forma de conceber políticas públicas transnacionais e de as articular com política públicas domésticas e de assegurar, disciplinar e gerir as distintas ordens administrativas globais criada pelos variados tipos de governança e de as conectar em rede quando possível e desejável, podendo dizer-se que a governança é o modelo global de concepção de políticas públicas transnacionais e de administração de bens *lato sensu* transnacionais¹¹. Assim, pode dizer-se que a governança

¹¹ Em sentido próximo veja-se David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Repr (Cambridge: Polity, 2007), p. 107.

não implica governo no sentido acima referido, embora revele a internacionalização da “*political decision-making*”. Assim, é possível falar de governança sem governo global.

5. Poderíamos agora passar ao conceito de política, imprescindível para se recortar a natureza da governança ou, seja, qual a verdadeira natureza da política na governança. Contudo, não vamos ter tempo para tratar logo esta questão.

Limitaremos aqui a dizer o que é a política e o campo da luta pelo poder, conceitos que aqui são importantes para se compreender o que vamos dizer a seguir.

A *política* é o conjunto de actividades ou de práticas dos grupos sociais presentes e actuantes no campo da luta pelo poder e desenvolvidas no quadro das suas relações de poder. A política é, portanto, a actividade de natureza conflitual dos grupos presentes no campo das práticas com vista à conquista ou ao exercício do poder político. É nesse campo que se projecta e realiza o exercício do poder. Trata-se, portanto, do campo das práticas políticas, necessariamente conflituais.

O *campo das práticas* é aquele onde habitam e operam conflitalmente os grupos sociais, sejam as classes sociais, grupos representativos de interesses corporativos – sindicatos, ordens profissionais, etc. –, sejam organizações sociais – como, por exemplo, de defesa do ambiente, da saúde, da escola pública – e políticas – partidos e outras associações políticas. É nesse campo que se demarcam os espaços de dominação e de subordinação e em que se travam todas as lutas sociais e políticas.

II. Ordem Global

1. Aqui interessa-nos antes de mais saber o que verdadeiramente é uma ordem global (mundial) e qual os seus efeitos nos direitos humanos ou dito por outras palavras, como ela pode (ou não) assegurar a efectivação desses direitos. E interessa porquanto a sociedade internacional é considerada como anárquica, no sentido de que não tem um poder central (ou governo comum) capaz de impor a lei internacional

e a cooperação entre os Estados e que, na opinião de Raymond Aron, decorre ainda da inexistência do monopólio da violência legítima. Para além disso este autor entende que é também uma sociedade oligárquica por não ter uma sociedade civil e por direito corresponder a poder¹². Ora, a ordem (e também a internacional) enquanto algo contrário aos caos, à imprevisibilidade e à incerteza, implica um conjunto de padrões estáveis e regulares do comportamento humano e dos Estados no caso das sociedades internacionais clássicas, padrões estes que asseguram as condições mínimas de existência e de sobrevivência de qualquer sistema social. Para tanto, a ordem no quadro da sociedade internacional, de acordo com Hedley Bull, implica “*a sense of common interests in elemental goals of social life; rules prescribing behaviour that sustains these goals; institutions that help to make these rules effective*”¹³ Pese embora a anarquia da sociedade internacional, os Estados não ignoram que a existência e a sobrevivência dessa sociedade impõe-lhes o dever de criar e de assegurar padrões mínimos de estabilidade e de regularidade funcional, como principais agentes da ordem internacional que são. Numa palavra, na anárquica sociedade internacional, os principais agentes dessa anarquia também são os principais agentes da ordem jurídico-política internacional. Assim aconteceu na clássica sociedade internacional com a criação de um quadro de normas, princípios e instituições constitutivas da ordem westphaliana. Com essa ordem passamos a idear a sociedade internacional anárquica como uma sociedade constituída exclusivamente por uma pluralidade de Estados soberanos cujas relações eram estabelecidas no quadro de instituições jurídico-políticas que, normativamente, asseguravam a estabilidade e reduziam ao mínimo os conflitos inter-estatais. Essa era a ordem política global da época westphaliana, imposta pelos Estados europeus. Essa mesma sociedade pluralística de Estados, agora sob a forma de Estado liberal, criou uma nova ordem internacional após a primeira guerra mundial, a ordem Sdniana, e, de seguida, após

¹² Cfr. Raymond Aron, “The Anarchical Order of Power,” *Daedalus, American Academy of Arts and Sciences* 95, no. 2 (1966): p.^a 501.

¹³ Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 3rd ed (Basingstoke: Palgrave, 2002), p.^a 63.

a Segunda Guerra, a ordem Onusina, agora sob a forma de Estado Social de Direito¹⁴.

O problema agora é o de saber como se configura ou como deve se configurada a ordem política mundial na era da globalização em que factores de variada natureza e intensidade transformaram radicalmente quer a ordem social comunitária quer a ordem jurídica-política da sociedade internacional. Com efeito, num mundo globalizado em que são globais todos os grandes problemas e riscos – decorrentes do clima, da biodiversidade, das pandemias globais, da água, da pobreza, dos conflitos armados, do terrorismo, da proliferação nuclear, do lixo tóxico, da poluição dos mares e do ar, etc. – em que a sociedade internacional deixou de ter o seu centro político no Ocidente e assume a multipolaridade, em que nenhum Estado tem recursos e capacidades para, por si só e sem a cooperação dos demais, resolver aqueles problemas transnacionais ou globais. Para responder a esta questão teremos de começar por recortar o conceito de ordem (política) global e, de seguida, recortar a configuração da sociedade internacional a partir dos finais do século XX.

Entende Henry Kissinger que nunca houve, não há, nem pode haver uma única ordem mundial ou global, mas sim uma diversidade de ordens mundiais, mas defende que “*o sistema vestefaliano contemporâneo, que é hoje uma ordem global e a que coloquialmente chamamos comunidade internacional –, tem-se empenhado a conter a natureza anárquica do mundo*”, o que faz através de uma ampla rede de estruturas jurídicas e institucionais. Para Kissinger, pensamos nós da leitura do seu texto sobre esta questão, essa ordem vestefaliana contemporânea é constituída pelos Estados ou pelo sistema de Estados e pelas instituições por ele criadas que “*proporcionam uma moldura neutral para a interação das diversas sociedades – em grande media independentemente dos valores que perfilham*”, mas está a ser contestada por todo o lado, “*por vezes em nome da própria ordem*

¹⁴ Sobre a natureza dessas ordens jurídico-políticas Para maior desenvolvimento, veja-se Wladimir Brito, “Formas de Estado e Modelo de Organização da Sociedade Internacional,” *Revista Scientia Iuridica* LVI, no. 310 (2007): 227 a 257.

mundial” diz-nos este politólogo¹⁵. Esta descrição da ordem mundial como uma pluralidade de ordens ou como a ordem westphaliana contemporânea, contestada pela ordem mundial deixa-nos sem saber o que é a ordem mundial, tanto mais que o autor em referência afirma que essa ordem foi criada por um grupo restrito de países europeus e os negociadores não tiveram a preocupação de criar um sistema aplicável a todo o mundo. Mas, se há hoje uma ordem mundial que contesta o sistema vestefeliano em que consiste essa ordem como defini-la em termos claros.

De acordo com Richard Falk a noção de ordem mundial localiza-se entre a lei inter-estadual e a lei da humanidade, mas não necessariamente no meio, por entender que a lei inter-estadual, presumivelmente, refere-se ao passado próximo e a lei da humanidade está associada ao futuro¹⁶.

De certo modo, partindo desta ideia base, este autor entende por ordem global “*the distribution of power and authority among the political actors on the global stage*”¹⁷. Com este conceito operativo, Falk convoca dois elementos constitutivos dessa ordem, a saber: distribuição de poder e actores presentes na cena sócio-política global.

Sumariamente poderemos dizer que, no que à distribuição, logo à relação, do poder diz respeito, essa relação a partir do último quartel do século XX se alterou profundamente. De facto, se a ordem Onusina na sua fase inicial estava construída com base no equilíbrio de poderes entre o Ocidente, sob a hegemonia dos Estados Unidos da América do Norte, e o Leste, sob a hegemonia da União Soviética, com o desaparecimento deste par da balança do poder internacional a distribuição e as relações de poder alteraram-se significativa e decisivamente, provocando um profundo desequilíbrio na distribuição do poder, em especial com a emergência de pretensões de poder a nível regional ou até mesmo global de outros países, como a China, o Brasil

¹⁵ Henry Kissinger, *A Ordem Mundial*, 1.^a (Lisboa: D: Quixote, 2014), p.^a 17.

¹⁶ Cfr. Richard Falk, “The World Order between Inter-State Law and the Law of Humanity: the Role of Civil Society Institutions,” in *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, 1.^a (Cambridge MA: Polity Press, 1995), p.^a 162.

¹⁷ Richard Falk, “World Orders, Old and New,” *Current History*, no. 98 (January 1999): p.^a 29.

a Índia. Desequilíbrio tanto mais decisivo quanto com a globalização os Estados fortes que existiam, passaram a ser insuficientes na mediada que as múltiplas pressões sobre as suas estruturas e a crise da sua legitimidade em variados sectores de actividade enfraqueceram o Estado quer na ordem interna quer na internacional com a crescente erosão da ideia de soberania.

No que se refere aos actores presentes na cena sócio-política global falaremos mais à frente.

Pensamos ser um bom ponto de partida para o recorte conceitual de ordem global, a noção dessa ordem que nos é oferecido por David Held de acordo com a qual ela deve ser definida com “*multiple systems of transaction and coordination which link people, communities and societies in highly complex ways and which, given the nature of modern communications, virtually annihilate territorial boundaries as barriers to socio-economic activity and relations, and create new political uncertainties*”¹⁸, sistema de transacção entendida como “*multiple and overlapping networks of power involving the body, welfare, culture, civic association, the economy, coercive relations and organized violence and regulatory and legal relation*”¹⁹. Este conceito recorta com maior precisão a ideia de ordem global, contribuindo para um mais preciso entendimento dessa ordem – da sua natureza e estrutura – e para se perceber melhor que nela operam vários actores, que ela implica a aniquilação das fronteiras, implica uma complexa relação comunicacional e, conseqüentemente, a necessidade de distribuição do poder e da autoridade entre distintos actores, como explica Richard Falk, no quadro de uma estrutura política dominada pela incerteza. Este conceito está assim dotado de uma operacionalidade.

2. A tudo isto acresce um outro factor de mudança da ordem Onusina (que já não é propriamente uma ordem westphaliana), factor que, por regra, tem um efeito devastador nas mudanças sociais e políticas. Trata-se da *não correspondência* entre o novo modelo de relações económico-financeira e modelo de organização política internacio-

¹⁸ Held, *Democracy and the Global Order*, p.^a 101.

¹⁹ Held, p.^a 271.

nal (e até mesmo nacional, que aqui não trataremos limitando-nos a chamar a atenção para o facto). Essa *relação de não correspondência* assinala por regra a emergência de um período e de uma estrutura de transição que tende a romper em definitivo com o anterior modelo de ordem e a substituí-lo por um novo, exactamente por o anterior não conseguir já responder aos novos desafios que o novo modelo de relações económico-financeira coloca às estruturas político-jurídicas internacionais. É essa *não correspondência* reconhecida e descrita até por Kissinger, que provoca desfasamento funcional entre o nível económico e financeiro mundial e o nível jurídico-político internacional, para usarmos um conceito elaborado por Poulantzas²⁰, que se traduz na disfunção entre a estrutura estatal e as suas funções, por um lado, e a incapacidade dessa estrutura e das estruturas económica e financeiras mundiais de assegurar a necessária relação de homologia que deveriam garantir. A globalização corrói essa relação de correspondência entre aqueles dois níveis e provoca aquele desfasamento que no limite poderá provocar a ruptura dessas instâncias do sistema e da ordem internacional. É, de certo modo, para isso mesmo que Kissinger chama a atenção quando indica o que ele denomina de lacunas da estrutura da ordem mundial, quando, sobre a segunda lacuna, nos diz que “*as organizações políticas e económicas do mundo entraram em divergência*” e explica que “*o sistema económico internacional tornou-se global, enquanto a estrutura política do mundo continua baseada no Estado-nação. O progresso económico mundial aponta para a remoção de todas as barreiras à circulação de mercadorias e de capital; o sistema político internacional continua em larga medida alicerçado em concepções diversas de ordem mundial e na conciliação de interesse nacional. A globalização económica ignora, por definição, as fronteiras nacionais; a política internacional põe ênfase na importância das fronteiras, mesmo quando procura conciliar objectivos nacionais antagónicos*”²¹.

²⁰ Cfr. Nicos Poulantzas, *Poder Político e Classes Sociais*, 1.ª, vol. 1 (Porto: Portucalense Editora, 1971), p.ª 171/172. Para maior desenvolvimento, veja, por todos, Charles Bettelheim, *A Transição para a Economia Socialista*, 1.ª (Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969), p.ª 29 e segs.

²¹ Kissinger, *A Ordem Mundial*, p.ª 421.

Esta não correspondência e o desfasamento funcional por ela provocada, desfasamento que não é de ruptura, mas de transição, ocorrem no quadro do sistema internacional Onusino, mas já nos limites desse sistema agora em coexistência com os elementos do modelo transição da ordem onusina originária para a ordem global. Daí que para responder aos desafios feitos pela globalização que têm de enfrentar, afectados na sua capacidade de gerir as novas forças que o capitalismo global libertou e continua a libertar, a principal das quais era e é a liberalização dos mercados e a integração financeira no mercado mundial de capitais, os Estados abrem-se completamente ao multilateralismo ou, melhor, à cooperação multilateral inter-estatal, reforçando-a, e, de seguida, à participação de novos actores institucionais emergentes da comunidade internacional, e sofrem a pressão de uma “sociedade civil” internacional que reclama a cidadania global para participar democraticamente na esfera pública global.

3. O decisivo reforço das relações multilaterais entre Estados foi uma das primeiras respostas ao impacto da globalização nas suas estruturas jurídico-políticas e nas suas relações. Com o multilateralismo procuram responder em conjunto ao conjunto de problemas e de riscos que a globalização transporta, realizando assim com menores custos os seus interesses nacionais pela via da cooperação, nomeadamente os de assegurar o respeito pelas fronteiras nacionais e um elevado grau de autonomia nas decisões políticas, económicas e financeiras internas²². Acontece que as instituições económico-financeiras – FMI, o Banco Mundial e as relacionadas com a liberalização inicial do comércio, o GATT – criadas pelos Estados na primeira fase do que denomino *multilateralismo de contenção de riscos* económico-financeiro e conflitos

²² Em sentido próximo veja-se, entre outros, Ngaire Woods, “Global Governance and the Role of Institutions”, in *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, 1.^a (Cambridge MA: Polity Press, 2002), p.^a 29, quando aí diz que “*multilateralism emerges because government see in it as a way to share and pool resources, reducing transactions cost and enabling a concentration of the expertise and capacity necessary to achieve particular kinds of international policy. In other words, governments create international institutions to promulgate their national interest in cooperative way*”.

comerciais, acabaram por contribuir para a aceleração da globalização respondendo aos interesses dos grandes negócios, em especial aos do mundo financeiro, enfraquecendo as capacidades dos Estados de gerir não só o mercado de capitais como os efeitos sociais, económicos e político dos interesses das grandes empresas multinacionais.

Incapacitados de suster os efeitos internos e internacionais do mercado global de capitais e da economia gerada pelas multinacionais, os Estados ainda com as mesmas instituições económicas, financeiras e comerciais – estas últimas evoluem para uma nova estrutura institucional que é a Organização Mundial do Comércio, na sigla inglesa, o WOT – por si criadas, adoptam uma nova forma de multilateralismo para responder às crescentes exigências dessas agências internacionais que cada vez mais interferem e agem mais profundamente em áreas até então reservadas à acção do governos nacionais, sem a obrigação de prestar contas e sem controlo democrático, enquanto o mercado global de capitais organiza-se agora em grupos informais de Estados mais poderosos – G 7, G 20 etc. – para decidir as regras económico-financeiras que devem impor ao mundo. Agora o multilateralismo assume uma nova função que é a de liberalizar a economia e as finanças globais. É o *multilateralismo de liberalização*, que, curiosamente, não deixará de causar problemas aos Estados mais poderosos que agora começam a preocupar-se com os poderes de intervenção *in foro domestico* das agências internacionais encarregadas de pôr em prática essa nova forma de multilateralismo. Sob o ponto de vista estatal, abre-se uma nova fase dos efeitos da globalização liberal nas estruturas internas dos Estados, fase em que agências privadas se internacionalizam para agir autonomamente ou em cooperação (de interesses) com os Estados. Tais agentes privados – empresas ou organizações privadas multinacionais – agem no domínio da regulação de que os Estados se ausentam para lhes conferir essa tarefa reguladora das suas próprias actividades. Sintetizando, podemos dizer com Ngaire Woods que “*On the whole, private sector governance emerges where powerful states choose not regulate, or indeed where states actively support private sector actors in generating their own regime and then cooperate closely with that regime*”. Assim, essas empresas levam os Estados a não regular os seus sectores de actividades para poderem tomar nas suas

mãos essa tarefa e criam “*their own tier of private sector ‘governance’, standart setting’, codes of best practise’, or self-regulation*”²³. O *multilateralismo de liberalização* agora tem de conviver com uma complexa rede de parcerias Estados-empresas em que os Estados mais poderosos agem em conjunto com as multinacionais mais poderosas, criando agências próprias ou conferindo a essas empresas poderes de regulação.

4. Mas, para além dessas agências interestatais ou empresariais, surge na cena política internacional um outro actor que também vai participar nas relações internacionais. São as Organizações não-governamentais, as ONGs.

Estas organizações emergem da sociedade civil global e, nessa qualidade, vão assumir um papel decisivo na denominada governança internacional.

As ONGs não têm todas o mesmo âmbito espacial. Na verdade, algumas delas são transnacionais e agem a nível global como portadoras de valores e princípios que querem ver reconhecidos e aplicados ou pelos Estados individualmente considerados ou pela sociedade internacional como um todo. Assim acontece por exemplo com a Amnistia Internacional, a Greenpeace. Estas ONGs estão por regra sediadas nos países mais ricos e poderosos e não representam qualquer região geográfica, interesses geo-político, económico, financeiro ou comercial, não têm fins lucrativos. Mas, não só monitorizam as políticas públicas nacionais e internacionais e a governança global dessas políticas como participam nos *fora* internacionais para chamar a atenção dos Estados, da sociedade e da comunidade internacional e das empresas multinacionais para a necessidade de defender e observar princípios e valores decisivos para a defesa dos direitos humanos, do meio-ambiente, do clima, dos animais etc.

Outras ONGs têm um âmbito espacial regional ou mais limitado ainda no quadro do qual agem e participam em debates nos *fora* regionais ou locais em defesa dos princípios e valores que propugnam.

Todas estas ONGs adquiriram com a globalização enorme influência e credibilidade pelo que as suas acções, rápida e eficazmente difun-

²³ Woods, p.^a 31.

didadas pelas redes sociais globais são tidas em conta pela comunidade internacional e exercem fortes pressões sobre os Estados, sobre a sociedade internacional representada pelas várias organizações inter-governamentais e pelas multinacionais.

5. Em resumo: a globalização acabou por permitir a entrada em cena e a acção de novos actores, ao mesmo tempo que fragilizou os Estados, tronando-os insuficientes para responderem aos vários desafios e riscos que ela produz. Por outro lado, globalização impôs o novo modelo de definição das políticas públicas e de gestão da coisa pública, que é a governança global, como já tivemos a oportunidade de explicar.

III. Ordem Global e Democracia

Mas, pese embora inexista um governo global, pois como já vimos a governança não é governo global, o ponto é que a intervenção de todos estes novos actores na definição das políticas públicas globais e na gestão directa ou indirecta dessas políticas reclama a participação democrática também global, isto é, convoca a necessidade da democracia global. Será ela possível e, sendo, de que formas se deve revestir essa participação democrática global? Por outro lado, a democracia implica necessariamente a participação dos cidadãos, logo, sendo global reclama uma cidadania global. Será possível essa forma de cidadania? São estas as duas questões que teremos de resolver antes de falar dos direitos humanos no mundo globalizado.

a) Começando pela primeira questão – *será possível a democracia global e, sendo, de que formas se deve revestir essa participação democrática global?* – sempre se dirá que muitos autores entendem que a globalização é uma excelente oportunidade para advogar e instituir uma democracia global. Mas, como fazem outros, a pergunta a que se tem de responder é a de saber se, tendo em conta a sua natureza e os seus fins, é possível democratizar as várias instituições intergovernamentais, como por exemplo a Organização Mundial do Comércio, o Banco Mundial e o FMI que desde sempre vêm agindo sem prestar contas.

De acordo com, que Robert Dahl, as organizações Internacionais não são e provavelmente não poderão ser democráticas – “*international organization is not and probably cannot be democratic*”²⁴ – e entende que não é possível democratizar essas organizações que ele classifica como “*bureaucratic bargaining systems*”²⁵, advertindo ainda que devemos ter muito cuidado em reconhecer-lhes legitimidade democrática que nunca tiveram, pois vivem num permanente deficit democrático.

Opinião contrária é a de Held²⁶ e de Arghibugi²⁷ que, no quadro das suas teses sobre a Cosmopolitan Democracy, acreditam ser possível democratizar essas Organizações, nomeadamente a ONU, como defende Arghibugi também com base no seu conceito de *legal pacifism*.

Contudo, sem prejuízo de advogarmos a necessidade de lutar pela democratização da ordem global, entendemos que, apesar da crença de Held de que a utopia pode tornar-se realidade e que é de admitir que um dia venha a ser possível uma *cosmopolitan order*, o ponto é que no actual modelo de globalização e da governança das instituições transnacionais verificamos que não tem sido possível democratizá-las, mesmo que seja no sentido de uma democracia mínima traduzida na obrigação de transparência e de prestação de contas.

O debate sobre a democratização da ordem global levanta a questão de saber qual o sentido que atribuímos a um conceito pluri-significativo como é o da democracia. Pensamos que aqui, para além do conceito acima exposto que se entrecruza com um dos seguintes sentidos de democracia que aqui vamos indicar, podemos restringir os vários sentidos que a ideia de democracia encerra a três deles, a saber: o da democracia como forma de governo; o da democracia como con-

²⁴ Robert A. Dahl, “Can International Organizations be Democratic?,” in *Democracy Edges*, 1.^a (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p.^a 19.

²⁵ Dahl, p.^a 19.

²⁶ Held, *Democracy and the Global Order*, passim.

²⁷ Daniele Archibugi, “From the United Nations to Cosmopolitan Democracy,” in *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, 1.^a (Cambridge MA: Polity Press, 1995), p.^a 135 e segs. Neste artigo Archibugi propõe a criação no quadro da ONU de uma Assembleia do Povo, um verdadeiro parlamento mundial.

trolo popular das políticas públicas governamentais e das decisões do governo; e o da democracia como sistema de direitos fundamentais.

Não sendo este o lugar próprio para debater esta questão, para efeitos de esclarecimento do que propomos aqui, sempre se dirá que Held e de Arghibugi admitem a possibilidade de numa ordem cosmopolita poder ser possível tal democratização das instituições internacionais, defendendo que para se alcançar esse desiderato, entre outras medidas²⁸, torna-se necessário:

- criar instituições democráticas a nível regional ou universal – parlamentos regionais ou universais – e uma rede de *fora* democráticos que vai do local ao global;
- a reforma da ONU para conceder voz relevante aos países do Terceiro Mundo e efectiva capacidade na tomada de decisões, para acolher uma segunda Câmara, criação de um Parlamento do Povo, e das condições para que as suas decisões sejam reconhecidas como legítimas;
- produzir de leis democráticas com vista a estabelecer a forma e a limites das decisões políticas, o que reclama a necessidade a criação desses parlamentos.
- a criação de Tribunais internacionais de jurisdição obrigatória, nomeadamente de um Tribunal Universal dos Direitos do Homem;
- a criação de agência de coordenação económica a nível regional e global;
- o estabelecimento de uma eficaz força militar/policial internacional, regional e/ou global, para, em último recurso, usar a força coerciva para fazer respeitar o direito cosmopolita e para defender os direitos humanos;
- o reforço das organizações regionais;
- o recurso a referendos internacionais.

Deste modo, na opinião destes autores, este seria um modelo de democracia cosmopolita que poderia ser criado a curto prazo. Pese

²⁸ Held, *Democracy and the Global Order*, p.^a 279 e sgs. Ver ainda Daniele Archibugi and David Held, eds., *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order* (Oxford, UK ; Cambridge, MA: Polity Press, 1995).

embora a profundidade dessa proposta e as dificuldades de a realizar, pelo menos numa época mais próxima, a admitir a sua exequibilidade como realização de uma utopia, ela reclama sempre e necessariamente a existência de uma cidadania universal, o que nos interpela sobre a questão de saber se é possível esse tipo de cidadania. Esta é a questão que agora passamos analisar

III. Democracia Global e Cidadania Global

1. Havendo ordem global, parece-nos evidente a necessidade de pensar uma cidadania também global, cidadania que aqui deve ser entendida não como uma condição da nacionalidade, logo de pertença a um Estado, de que se é nacional, mas sim no sentido de *statuts activae civitatis* que confere direitos e deveres cívicos onde quer que o portador desse *status* – enquanto ser humano ou, se se quiser, indivíduo, irrepetível – se encontre. Mais, por pressupor uma esfera de liberdade individual, permite ao indivíduo agir com autonomia e liberdade (autodeterminar-se, portanto) na prossecução dos seus direitos e interesses legítimos o que tem como correlativo a limitação da acção dos Estados nessa esfera individual de liberdade e de autodeterminação²⁹. Agora, o conceito de cidadão já não conota exclusivamente com aquela ideia de pertença ou de características etno-culturais comuns, mas sim, como ensina Habermas, com o exercício activo na esfera pública global de direitos democráticos de participação e de comunicação³⁰. Essa cidadania vai para além dos territórios dos Estados, não conhece as fronteiras no momento em que é exercida. Talvez, por isso mesmo, Habermas defenda que “*only a democratic citizenship form that does not close itself off in a particularistic fashion can pave the way for a world citizenship.... State citizenship and world citizenship form a continuum whose contours, at least, are already becoming visible*”³¹.

²⁹ Em sentido próximo Jellinek, *Sistema dei Diritto Pubblici Subbietivi*, 1912.

³⁰ Cfr. Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003), p.^a 283.

³¹ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, *Studies in Contemporary German Social Thought* (Cambridge, Mass: MIT Press, 1996), p.^a 514/515.

2. Deste modo, podemos dizer que a concepção cosmopolita de cidadania que tem na sua base a resposta que Diógenes, o Cínico, deu quando lhe perguntaram de onde era e ele respondeu “*sou um cidadão do mundo (Kosmopolites)*” – (Diogenes Laertius VI 63) – e encerra a ideia segundo a qual a cidadania não deve basear-se exclusivamente na pertença a uma comunidade, mas em normas e princípios gerais que se entrecruzam e são concebidos para serem exercidas em distintos ambientes. A cidadania aparece-nos assim como um conceito central da democracia e da ordem global ou, se se quiser, da afirmação da democracia e da construção da ordem global.

Mas, interessa realçar que essa cidadania global não consome a clássica cidadania nacional, ambos coexistem pese embora possam ser exercidas em distintos âmbitos espaciais. A cidadania global comporta um conjunto complexo de atributos indispensáveis ao seu exercício. Assim, de acordo com Nigel Dower³², a cidadania global contém os seguintes elementos: a prossecução de causas globais, compromisso democrático com questões globais através das redes de partidos e organizações não-governamentais nacionais; membros dessas organizações no âmbito da sociedade civil global afirmação e defesa de direitos para todos os seres humanos, desenvolvimento da solidariedade transnacional para a protecção de grupos ou identidades, defesa de direitos humanos e de direitos e obrigações internacionais etc. Estas características têm como correlativos as da cidadania nacional, nomeadamente a da participação nos assuntos públicos e a protecção das minorias nacionais, a pertença a organizações partidárias e da sociedade civil etc.

3. Como pode ver-se, todas essas características do agir social e político da cidadania global reclamam a existência não só de uma sociedade civil como de uma opinião pública global, logo de um espaço público global.

É claro que o recorte do conceito de sociedade civil não é fácil, tanto mais que é variado o modo como esta é ideada. Não vamos

³² Nigel Dower, *An Introduction to Global Citizenship* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003), p. 48.

aqui tratar dessa questão, mas, pela sua importância para o entendimento da ideia de cidadania global e do espaço onde opera, sempre se poderá dizer, com Eisenstadt³³ que “*civil societies embraces a multiplicity of ostensibly ‘private’ yet potentially autonomous public arenas disitinct from state. The activities of such actors are regulated by various associataions existing within them, preventing the society from degenerating into shapeless mass. In a civil society these sectors are not embedded in closed, ascriptive or corporate settings; they are open-ended and over-lapping. Each has autonomous access to the central political arena, and a certain degree of commitment to that setting*”. A sociedade civil tem assim como núcleo central constitutivo um conjunto “*de instituições e de associações livres não estatais e não económicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se assim de movimentos, organizações e associações os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política*” diz-nos Habermas. De certo modo, é este o recorte da sociedade civil global, mas agora tais instituições e associações livres não estatais e não económicas têm uma dimensão mais ampla, pela sua natureza transnacional.

Na sintética definição de Nigel Dower, a sociedade civil global “*is the matrix of social relationships and organization in a society – other than political institutions and economic institutions (Schools churches, charities, neigh-bourhood groups) – through which shared or public goods are pursued. At the global level, NGOs and communications networks (for example, through the Internet) constitute examples of global society*”³⁴. É nessa sociedade que se forma a esfera pública enquanto rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e de opiniões, que tem como sujeito o público, formado

³³ Eisenstadt, *Democracy and Modernity*, Leiden, 1992, IX, citado por Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003), p.^a 100.

³⁴ Dower, p.^a xii.

por indivíduos/cidadãos globais, portadores de opinião pública³⁵ (no sentido que Habermas atribui a esses conceitos) apoiada nos direitos fundamentais. É essa opinião pública construída livremente através do diálogo crítico acaba por influenciar interna e globalmente os poderes públicos instituídos.

4. Tendo em atenção o que se disse sobre cidadania global, sociedade civil global esfera pública e opinião pública e tendo ainda em conta o que nos diz Habermas³⁶ sobre a esfera pública como uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento em que a linguagem nela utilizada para essa comunicação é uma linguagem natural e inteligível por todos, logo um espaço de relações interpessoais onde se luta pela influência e pelo prestígio, podemos ver que essa cidadania pode ser decisiva para a afirmação dos direitos humanos.

De facto, os direitos humanos são de grande relevância para a cidadania e para a ordem global, sendo que essa cidadania com a sua participação activa nessa ordem pode contribuir através da opinião pública ou da acção comunicativa global e das suas acções cívicas para a defesa desses direitos, denunciando violações desses direitos pelos Estados ou por outras entidades ou reclamando a sua aplicação em diversas situações e partes do mundo. O cidadão global é portador desses direitos e, nos diversos *fora* internacionais, em movimentos espontâneos ou organizados, através das ONGs, luta para garantir que sejam respeitados e aplicados quer na esfera interna quer na internacional. Podemos dizer com Nigel Dower que os direitos humanos são o quadro legal e institucional através do qual a cidadania global se afirma no mundo.

É essa cidadania que contribui quer regionalmente quer universalmente para o avanço desses direitos e para que sejam respeitados. O cidadão global faz tudo isto também através das Organizações de

³⁵ Sobre a esfera pública também enquanto espaço de acção comunicativa entre sujeitos iguais, cfr. Jürgen Habermas, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, 1.^a (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984).

³⁶ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.^a 360.

defesa dos direitos humanos como a Amnistia Internacional, a Human Right Watch, Greenpaece e outras ONGs.

5. Sendo esta a nossa noção de governança é óbvio que sob o ponto de vista do Direito na Europa, na América Latina e em África a governança só poderá convocar nesses continentes matérias relativas ao Direito Internacional por ser este o Direito que, no quadro da globalização e das distintas dimensões desta, regula as relações globalizadas quer entre esses continentes quer no seio de cada um deles.

Não nos será possível aqui analisar as variadas dimensões do Direito Internacional Público com base no qual a Europa, a América Latina e África desenvolvem as suas “*political decision-making*”, mas sempre poderemos assinalar todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem que pese embora seja regido por distintas Convenções – as europeias, as latino-americanas e as africanas – e também por convenções comuns como é o caso do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, e do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, etc. No quadro do continente latino-americano há a destacar o Pacto de S. José da Costa Rica – Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, entre outras; no quadro Europeu temos convenções parecidas como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, Carta Europeia dos Direitos do Homem (no quadro da União Europeia) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Como sabemos muitas dessas Convenções regionais foram promovidas por organizações regionais europeias – o Conselho da Europa, a União Europeia – ou por organizações internacionais latino-americanas – a União Africana (UA) no quadro do continente africano como por exemplo a OEA – Organização dos Estados Americanos. Por seu lado as Convenções de carácter universal foram criadas pela ONU, OIT ou pela OMC, organizações de carácter universal. Para além disso, não podemos deixar de considerar a acção da governança das organizações não-governamentais – Human Rights Watch, Amnistia Internacional,

Greenpeace, Wildlife Conservation Network, Fundo Brasileiro para a Biodiversidade, Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza, Quercus – os seus efeitos na sociedade de Estados e na comunidade internacional.

Quer a nível regional quer a nível universal são essas organizações que exercem a governança nesses domínios para a aplicação e controlo pelo respeito dessas convenções. Contudo, é bom dizê-lo desde já, a governança de que falamos aqui é a dessas organizações e age no seio delas para tomar decisões político-administrativa relativas à organização e funcionamento, quer para o exterior, ou seja, para disciplinar as relações entre os seus membros e entre estes e terceiros Estados ou outras entidades que agem na comunidade internacional.

Podemos concluir dizendo que falar de governança Política e Direito é essencialmente discutir a Globalização, o Direito Internacional e o papel das várias entidades não estatais – sujeitos ou não daquele direito –, como actores activos nas relações internacionais hoje globalizada.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

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

E-mail: presidente@idilp.net

II - ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Protocolo entre o ISCTAC e IDiLP

Considerando que:

O Instituto do Direito de Língua Portuguesa, doravante denominado IDiLP, representado pelo seu Presidente, o Senhor Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia,

e

O ISCTAC – Instituto Superior de Ciência e Tecnologia Alberto Chipande, criado pelo Decreto 27/2009 e publicado no BR n° 32 série I de 12 de Agosto de 2009, doravante denominada ISCTAC, com sede na cidade da Beira, Rua Correia de Brito n° 952, província de Sofala, Moçambique, neste acto representada pelo respectivo Reitor, Prof. Doutor Rizwane Mubarak, adiante designada “ISCTAC”,

entenderam celebrar o presente protocolo de colaboração, o qual se rege pelas cláusulas seguintes:

Cláusula primeira

Finalidade

Através do presente protocolo, as instituições outorgantes estabelecem formas de cooperação mútua que visam o melhor desempenho das suas missões estatutárias, aproveitando as potencialidades de cada uma com o fim de valorizarem a sua atuação e os seus resultados através da criação de sinergias na investigação do Direito nos países de língua portuguesa e na divulgação dos seus trabalhos na comunidade científica lusófona, mas também no público não especializado.

Cláusula segunda
Formas de colaboração

1. A colaboração entre o IDILP e o ISCTAC revestirá as seguintes formas:

- a) A troca de experiência e de informação técnico-científica de mútuo interesse para os signatários;
- b) A apresentação de projetos conjuntos para a obtenção de financiamento/subsídios em temáticas de interesse conjunto de ambas as instituições no território da lusofonia;
- c) A permuta de publicações científicas periódicas e partilha de recursos bibliográficos;
- d) A organização conjunta de eventos, nomeadamente conferências, colóquios, cursos e seminários de relevo transversal para o Direito da Lusofonia;
- e) A divulgação das iniciativas de ambas as instituições pela suas redes de contactos e/ou parceiros;
- f) Outras iniciativas a adotar de comum acordo entre ambas as partes.

2. A concretização das alíneas *b)* e *d)* realizar-se-á através de propostas de qualquer um dos signatários e nas condições a aprovar por ambas.

Cláusula terceira
Produção de efeitos e duração

1. O presente Protocolo produz efeitos a partir da data da sua assinatura e tem a duração de dois anos, podendo ser renovado por igual período.

2. No caso de incumprimento dos deveres descritos no artigo anterior, poderá este Protocolo ser denunciado por qualquer uma das partes com efeito imediato.

O presente Protocolo foi celebrado em Moçambique – Cidade da Beira, 28 de Setembro de 2018, sendo constituído por 3 páginas e em dois exemplares, ficando cada uma das partes na posse de um exemplar.

Beira, 28 de Setembro de 2018

Pelo ISCTAC

Pelo IDiLP

Prof. Doutor Rizwane Mubarak

Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia

Protocolo de Cooperação entre o IDiLP e o IDEC

Considerando:

- a) A cooperação constitui uma importante ferramenta no quadro da Governação Democrática, facilitadora do exercício do direito de cidadania através do acesso à informação jurídica e de promoção de uma sociedade justa, eficiente, contribuindo para o desenvolvimento de cada país e da comunidade académica;
- b) O estudo e a investigação e, com efeito, a divulgação do Direito dos Países da Língua Oficial Portuguesa, orientando as suas atividades exclusivamente por fins de utilidade pública, seguindo como norma permanente de atuação e cooperação com os departamentos culturais e educacionais das Administrações central, regional e local e com outras pessoas coletivas de utilidade pública, designadamente universidades e instituições científicas e culturais, procurando a interação com outras entidades sem fins lucrativos, sublinhando a preocupação específica de manter abertos, com regularidade, espaços de diálogo científico entre todos os juristas de língua portuguesa, académicos;

O Instituto do Direito de Língua Portuguesa, doravante denominado IDiLP, representado pelo seu Presidente, o Senhor Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia,

e

O Instituto do Direito e Cidadania de São Tomé e Príncipe, doravante denominado IDEC, pessoa coletiva de Direito Privado do tipo associativo, sem fins lucrativos e de utilidade pública geral, com sede na Rua da Caixa, n.º 188, Distrito de Água Grande – Apartado 1031–São Tomé, Pessoa coletiva n.º 212355909, aqui representada por Jonas Gentil, na qualidade de Presidente Honorário e, com poderes para o efeito,

entenderam celebrar o presente protocolo de colaboração, o qual se rege pelas cláusulas seguintes:

Cláusula primeira

Finalidade

Através do presente protocolo, as instituições outorgantes estabelecem formas de cooperação mútua que visam o melhor desempenho das suas missões estatutárias, aproveitando as potencialidades de cada uma com o fim de valorizarem a sua atuação e os seus resultados através da criação de sinergias na investigação do Direito nos países de língua portuguesa e na divulgação dos seus trabalhos na comunidade científica lusófona, mas também no público não especializado.

Cláusula segunda

Formas de colaboração

1. A colaboração entre o IDILP e o IDEC revestirá as seguintes formas:

- a) A troca de experiência e de informação técnico-científica de mútuo interesse para os signatários;
- b) A apresentação de projetos conjuntos para a obtenção de financiamento/subsídios em temáticas de interesse conjunto de ambas as instituições no território da lusofonia;
- c) A permuta de publicações científicas periódicas e partilha de recursos bibliográficos;
- d) A organização conjunta de eventos, nomeadamente conferências, colóquios, cursos e seminários de relevo transversal para o Direito da Lusofonia;
- e) A divulgação das iniciativas de ambas as instituições pela suas redes de contactos e/ou parceiros;
- f) Outras iniciativas a adotar de comum acordo entre ambas as partes.

2. A concretização das alíneas *b)* e *d)* realizar-se-á através de propostas de qualquer um dos signatários e nas condições a aprovar por ambas.

Cláusula terceira
Produção de efeitos e duração

1. O presente Protocolo produz efeitos a partir da data da sua assinatura e tem a duração de dois anos, podendo ser renovado por igual período.

2. No caso de incumprimento dos deveres descritos no artigo anterior, poderá este Protocolo ser denunciado por qualquer uma das partes com efeito imediato.

O presente Protocolo foi celebrado em São Tomé, aos 18 de setembro de 2018, sendo constituído por 03 (três) páginas e em dois exemplares, ficando cada uma das partes na posse de um exemplar.

São Tomé, 18 de setembro de 2018

Jorge Bacelar Gouveia
(Presidente da Direção)

Jonas Gentil
(Presidente Honorário)

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o correio eletrónico ines.braga@fd.unl.pt, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não, ao cuidado da Secretária da ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, Dr^a Inês Braga. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um título, um resumo e cinco palavras-chave, em português e em inglês. Os autores devem indicar a sua afiliação institucional, bem como o seu correio eletrónico.

A Direção aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pela Direção, e sem prévia identificação do autor. A publicação só será feita havendo parecer favorável nesse sentido, podendo o autor ser convidado a reformular o seu texto, segundo as orientações do correspondente parecer que o convida ao respetivo aperfeiçoamento.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.
- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 000 €.

Os pedidos devem ser dirigidos à Secretária da ReDiLP.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	4”
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação, não podendo estes alterar os originais entregues. Só excecionalmente será feita pela Direção.

7. Direção da ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
Correio eletrónico do Presidente: presidente@idilp.net
Correio eletrónico da Secretária: ines.braga@fd.unl.pt
Sítio eletrónico: www.idilp.net

ReDILP – REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Carlos Burity da Silva (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Flávio Inocêncio (Professor Convitado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Eduardo Sambo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto)

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof.^a Doutora Lídia Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mauricio Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof. Doutor Wagner Menezes (Professor Associado da Unibersiodade de São Paulo); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona); Prof.^a Mestra Maria do Céu Monteiro

Macau: Prof. Doutor Gabriel Tong (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof.^a Mestra Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Carlos Manuel Serra (Professor Auxiliar da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Doutor Gildo Espada (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho); Prof. Doutor Wladimir Brito (Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Prof. Mestre Jonas Gentil (juiz-conselheiro do Tribunal Constitucional e Professor da Universidade de São Tomé e Príncipe e da Universidade Lusíada de São Tomé); Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (antigo Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste)

I – DOCTRINA

Ana Teresa Viegas Milheiro

A descentralização tributária em Angola: uma perspectiva para além das autarquias

Edson da Graça Francisco Macuácuá

A arbitragem no sector dos Petróleos e Gás em Moçambique

Miguel Ganga

O Papel do Tribunal Penal Internacional nas Relações Internacionais

Wladimir Brito

Democracia e Direitos Humanos na era da Globalização

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Protocolo entre o ISCTAC e IDiLP

Protocolo de Cooperação entre o IDiLP e o IDEC

