

Artigo apresentado por ocasião da realização da Conferência do IESE “Desafios para Moçambique: dez anos pensando no País”

Maputo, 19 e 20 de Setembro de 2019

IESE-Conf2019

Por: António Leão

“As dívidas ocultas sob o crivo do Conselho Constitucional: escrever Direito por linhas tortas?”. Comentário ao Acórdão nº 5/CC/2019, de 3 de Junho do Conselho Constitucional.

Introdução e enquadramento

O Conselho Constitucional (CC), foi recentemente chamado a apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma contida no art.º 1 da Resolução nº 11/2016, de 22 de Agosto, que aprovou a Conta Geral do Estado (CGE), referente ao exercício económico do ano 2014.

Entendiam os requerentes, que ao aprovar a CGE de 2014, a referida norma convalidava, ao arrepio da Constituição da República (CRM) e das leis aplicáveis, a contracção de um empréstimo, pela empresa EMATUM, SA, em 2013, no valor de USD 850 milhões, sem a devida autorização da Assembleia da República (AR); e o aval concedido pelo Executivo para esse efeito; pedindo, por isso, ao CC, a declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade, com força obrigatória geral do referido art.º 1 da Resolução e, conseqüentemente, a declaração de nulidade dos referidos empréstimo e aval.

Na sua decisão, o CC começou por “expulsar pela porta”, a sua competência para apreciar a referida norma do art.º 1 da Resolução – em seu entendimento, *por falta de conteúdo normativo* –, mas acabou, depois, por deixar “entrar pela janela” a sua competência para conhecer directamente dos actos a montante que estavam em causa: os referidos “actos inerentes ao empréstimo [contraído pela EMATUM, SA,] e a respectiva garantia soberana conferida pelo Governo, em 2013”, declarando a sua “nulidade [...] com todas as conseqüências legais”.

Decisão que suscita – para além de uma análise crítica quanto à sua fundamentação – saber que “conseqüências legais” são estas, ou seja, quais os efeitos desta decisão proferida pelo Conselho Constitucional.

Sequência de análise: a recusa do carácter normativo da resolução; a decisão de invalidade do empréstimo e do aval conferido; seguida de uma análise crítica; e dos efeitos da decisão; por fim, conclusões.

I. Decisão e fundamentação do CC

1. A recusa do carácter normativo da resolução

O Conselho Constitucional, começou por derir à tese da AR, em sede de audição do autor da norma (art.º 51 da LOCC), ao não reconhecer um conteúdo normativo à norma em análise.

Dos tópicos principais da audição, recolhidos pelo CC para a sua fundamentação:

- (1) a Resolução em análise, teria uma natureza “*puramente*” política, porque ligada “*à fiscalização política exercida pela Assembleia da República*”, e que por isso
- (2) não regulava “*aspectos positivos de regulamentação social ou económica*;
- (3) nem estava subordinada a uma qualquer *lei específica*”,
- (4) e, por conseguinte eram actos “*subtraídos do âmbito da competência do Conselho Constitucional*”.

Aceitando como corolário desta linha argumentativa: tratar-se de “*um verdadeiro acto político*”, já que, “a singularidade da Resolução nº 11/2016, [...] apenas se limita, no seu artigo 1, a declarar que *É aprovada a Conta Geral do Estado referente ao exercício económico de 2014, sem dispor normativamente sobre disciplina de área alguma*”. Coisa pouca!

2. O conhecimento sobre a validade do empréstimo, e da garantia prestada

Apesar disso, eis que depois, surpreendentemente (ou talvez não!), acolhendo agora, pelo menos em parte, a argumentação dos Requerentes, o CC acaba por deixar “entrar pela janela” a sua competência para conhecer sobre os referidos actos, declarando “a nulidade dos actos inerentes ao empréstimo contraído pela EMATUM, SA, e a respectiva garantia soberana conferida pelo Governo, em 2013, com todas as consequências legais”.

Em que é que o CC se baseou agora?

Relativamente ao empréstimo e, conseqüentemente, ao aval prestado pelo Governo, o CC entendeu que, a partir do momento em que a sua contracção não tinha obedecido à previsão da alínea p) do nº 2 do artigo 179 (agora 178) da CRM, o Governo tinha actuado “*indiscutivelmente [...] à margem da Constituição*”.

Estava em causa, em particular, a violação do princípio da separação e interdependência de poderes dos órgãos de soberania (art.º 134 da CRM), mas também, em termos gerais, o princípio da constitucionalidade da actuação dos órgãos do Estado (art.º 2/3 da CRM).

Extraindo a partir daqui as devidas consequências jurídicas, e qualificando aquela violação do princípio da separação de poderes como uma “obvia” usurpação de poderes, e por via disso, nulos todos os actos que lhe estavam subjacentes (alínea a) do nº 2 do artigo 129 da LPA.

Impõem-se agora uma breve apreciação crítica à doutrina da CC expendida neste Acórdão, o que farei no ponto seguinte. Mas não sem antes reconhecer, a tarefa árdua que é esta do CC, de ser “co-guardião” do princípio da constitucionalidade dos actos do Estado (art.º 2/3 da CRM), mas depois de estar em muitos casos drasticamente manietado – do ponto de vista da necessidade de defesa da Constituição – por um sistema de fiscalização que se orienta exclusivamente para o controlo de normas.

Árdua tarefa esta, de respeitar os limites instituídos pelo constituinte, tentando ao mesmo tempo extrair do sistema o máximo de possibilidades garantísticas que o sistema pode razoavelmente comportar, tentando desta forma minimizar, nas palavras do próprio CC, esse “deficit processual da constituição quanto aos mecanismos da sua própria defesa”. O Acórdão em análise é exemplo disso, apesar do que se dirá de seguida.

3. Apreciação crítica

Em diversas oportunidades que teve para o fazer, o CC nunca cuidou de delimitar um conceito de norma, operativo para efeitos de fiscalização da constitucionalidade. O que nos obriga a mergulhar no espaço lógico-argumentativo e doutrinário.

Desde logo, é hoje em dia “pacífico” que se deve partir de uma distinção básica e pacificamente assumida pela doutrina constitucional comparada, entre enunciado normativo e norma [incluindo as normas implícitas e virtuais], entre texto da disposição jurídica e comando normativo que se extrai da sua interpretação”, sendo ainda certo que do mesmo enunciado normativo podem resultar várias normas (é o caso).

Em função disto, o que interessa – ou, salvo melhor opinião, deveria interessar – para a fiscalização da constitucionalidade, não será o texto, ou enunciado normativo, mas sim a norma, ou normas, incluindo as implícitas e virtuais, que dele se podem extrair.

Em primeiro lugar, o referido art.º 1 não é destituído de “*aspectos positivos de regulamentação social ou económica*” porque que em matéria de Finanças públicas, os empréstimos públicos são uma fonte de receita alternativa dos impostos como instrumento de política económica e financeira; e imposto e empréstimo, enquanto processos para a obtenção de recursos, são realidades equivalentes.

E na “*singeleza*” do enunciado normativo do art.º 1 da Resolução, estão ínsitos factos juridicamente relevantes – como se reconhece, embora *a latere*, no Acórdão em análise, “com gravosas consequências jurídicas [para os cidadãos e para as gerações futuras], facto que juridicamente tem reflexo na questionada Resolução nº 11/2016” –, sobre os quais se pretendia estabelecer a tal “*regulamentação social ou económica*”.

E que, por isso, se traduz na seguinte norma: *com esta aprovação, são convalidados um conjunto de actos de natureza administrativa e financeira, manifestamente inconstitucionais, acima referidos.* Tentava-se com isso contornar a sindicabilidade desses actos pelos tribunais.

O que, em suma, nos permite dizer que há aqui “*uma correlação entre um caso (uma série de condições de aplicação) e uma solução (o carácter+o conteúdo)*”, ou seja: temos norma! (Porque), Diferentemente da posição defendida pela AR em sede de audiência do autor da norma, com uma decisão de não provimento do CC, esses actos passariam doravante a beneficiar de uma presunção de validade.

Por fim, esta Resolução não é “*um verdadeiro acto político*”. No essencial a principal diferença traduz-se no facto de que um acto político está, sempre, na disponibilidade de quem o pratica (poder de conformação, margem de discricionariedade). O que não é o caso, como tentei demonstrar.

Vejamos agora a problemática dos efeitos da decisão do CC.

II. A “polémica” sobre os efeitos da decisão

Na sua decisão, o CC declarou “*a nulidade dos actos inerentes ao empréstimo [...], e a respectiva garantia soberana conferida pelo Governo, em 2013, com todas as consequências legais*”. Interessa-nos, em primeiro lugar, (1) saber qual o Direito

aplicável; Interessa depois analisar que “consequências legais” serão estas: (2) relativamente aos actos em si; (3) relativamente às responsabilidades perante as contrapartes; (4) relativamente a terceiros de boa-fé.

1. Do Direito aplicável

Enquadrando-se a matéria em análise no Direito Administrativo, sendo este o Direito comum da função administrativa é neste plano que a questão deve ser tratada.

2. Relativamente aos actos do empréstimo e do aval

2.1. O regime geral

Relativamente aos actos em si (empréstimo e aval), interessa começar por ver qual o regime da nulidade no Direito Administrativo moçambicano (art.º 130 da LPA), que pode ser esquematizado nos seguintes tópicos:

1) O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos (art.º 130/1 da LPA), consequentemente, não tem presunção de legalidade, não goza de privilégio de execução prévia ou de autotutela executiva. Consequentemente,

2) A nulidade é insanável, nada pode fazer converter um acto que é nulo, num acto válido. Os actos nulos (tal como os juridicamente inexistentes), são insusceptíveis de ratificação, reforma ou conversão (art.º 133/1 da LPA), ou mesmo de revogação (art.º 135/1 a) LPA). Qualquer acto subsequente praticado ao seu abrigo é, consequentemente, nulo.

3) Há uma competência geral de controlo, a cargo de todos os órgãos administrativos e jurisdicionais: todos têm o poder/dever de controlar a nulidade, é o que diz o art.º 130/2 da LPA.

4) Assim sendo, o Acórdão do CC tem natureza meramente declarativa – uma vez que a nulidade não produz efeitos, a sentença que atesta a nulidade também não introduz nenhuma alteração na ordem jurídica, limita-se a certificar essa mesma nulidade.

2.1. O regime em função da especificidade do tribunal

Mas este é um caso *sui generis*, pelo facto de a decisão ter sido tomada pelo CC, pelo que, que salvo melhor opinião, este regime do art.º 130 da LPA deverá aqui ser complementado “nos moldes e com os efeitos que sejam próprios da respectiva instância e meio procedimental ou jurisdicional usado”, ou seja, com os efeitos que a Constituição (e a LOCC) atribui às decisões do CC, a saber: (5) força obrigatória geral; (6) irrecorribilidade; (7) têm por isso força de lei; (8) sendo ainda, um dos poucos casos em que se verifica uma obrigação implícita de criminalização.

3. Responsabilidades perante as contrapartes...

É uma questão que, por razões do foro deontológico, entendo que não me devo pronunciar, pelo menos por agora, para não correr o risco de ... pressões extra-judiciais, já que há processos em curso de diversa índole.

4. Relativamente a terceiros de boa-fé

Questão que agora se coloca, por fim – é talvez uma das questões mais complicadas neste momento – é a de saber até que ponto a lei abre espaço á tutela da segurança jurídica e da confiança de terceiros de boa-fé.

Vejamos, topicamente:

Como já se viu, o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (nº 1 do art.º 130 da LPA), pelo que os eventuais afectados não podem fundar o seu direito à segurança jurídica, ou à confiança de terceiros de boa-fé, nos actos em análise, pelo que não deverá ser reconhecida a existência de qualquer interesse atendível no sentido da conservação dos seus efeitos (ainda que parciais). *O CC podia, se tivesse ido por outro caminho!*

Assim, em consonância com o Direito aplicável, nomeadamente, à luz do acima referido dever de controlar a nulidade, a cargo de todos os órgãos administrativos e jurisdicionais (art.º 130/2 da LPA): (1) o poder executivo deve abster-se de praticar actos tendentes à convalidação ou sanação da dívida (ou à sua “reestruturação”), e (2)

nenhum tribunal pode condenar o Estado moçambicano a praticar os actos “devidos”, em substituição dos actos declarados nulos.

Agora, sendo o acto nulo juridicamente impotente, *ab initio*, para produzir efeitos jurídicos, não deixa, em absoluto de os produzir, ao abrir as portas à responsabilidade civil do Estado por actos ilegais da função administrativa (art.º 58/2 da CRM, art.º 13 da LPA, art.ºs 111/b) e 119 da LPAC e art.º 483 e seguintes do CC). Aqui a fonte da obrigação já não são os actos declarados nulos, mas antes a responsabilidade civil do Estado “pelos danos causados por actos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do [seu] direito de regresso”.

É, nesse plano que, salvo melhor opinião, deverá ser discutida a tutela dos terceiros de boa-fé.

É agora tempo de concluir.

III. Conclusões

A solução que ao longo da exposição fui defendendo, aponta no sentido de que devia ter sido dado provimento ao pedido de declaração de invalidade do art.º 1 da Resolução em análise, nos termos do art.º 66/1 da LOCC, – embora o CC pudesse (talvez devesse), ter reduzido os efeitos da declaração, agora nos termos do n.º 4 do mesmo art.º 66 da LOCC, para ao abrigo da “segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo”, poder acolher aqui a tutela de terceiros de boa-fé – sem prejuízo de, nos precisos termos que fez, declarar igualmente a nulidade consequente dos actos inerentes ao empréstimo e ao aval concedido.

E isto é *bom* ou *mau*, aceitável ou inaceitável?

Dir-se-ia que, por vias travessas, o CC teria reescrito Direito, o que o legislador constituinte esboçou deficientemente, o atrás referido “deficit processual da constituição quanto aos mecanismos da sua própria defesa”. Ou seja, no final do dia, eis que o sistema moçambicano de fiscalização parece ter chegado ao “amparo” ou a um “quase amparo”, na medida em que as próprias decisões do Executivo – ainda que, sem com isto conceder –, destituídas de conteúdo normativo, desde que “travestidas” de acção sobre a inconstitucionalidade de normas, podem ser conhecidas pelo CC.

Atendendo aos fundamentos acima elencados, embora por “portas travessas”, andou bem o Conselho Constitucional.