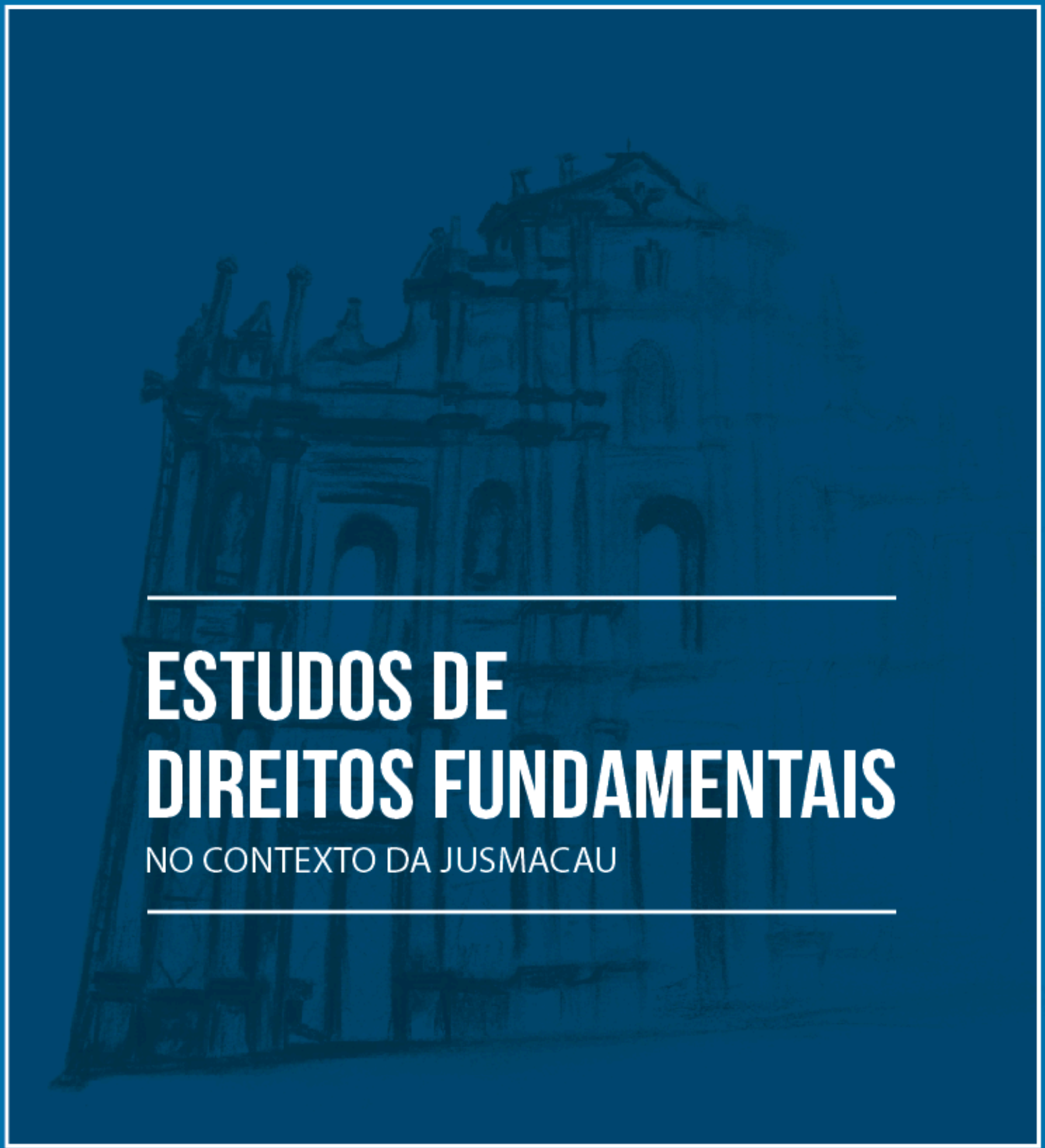
PAULO CARDINAL



ESTUDOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

NO CONTEXTO DA JUSMACAU

Título:
Estudos de Direitos Fundamentais no Contexto da *JusMacau* – Entre a Autonomia e a Continuidade

Autor:
Paulo Cardinal

CRED-DM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
www.creddm.org

Fundação Rui Cunha
Conselho de Administração: Rui Cunha (Presidente); Rui Pedro Cunha,
João Tubal Gonçalves (vice-presidentes); Isabel Cunha, Connie Kong (vogais)

Director Executivo:
Filipa Guadalupe (filipa@fundacao-rc.org)

Ilustração da Capa
Deborrah Cardinal

Concepção Gráfica e Paginação:
FRC Global Communications Ltd, Carlos Canhita, Célia Brás

Telefone:
(853) 28923288
E-mail:
cred-dm@fundacao-rc.org
Correio:
CRED-DM – Publicações, Fundação Rui Cunha,
Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC
Sede, Administração, Publicidade e Propriedade:
Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC
澳門南灣大馬路749號

Propriedade / Editora:
Fundação Rui Cunha

Preço (Macau): MOP 220

Data: Abril 2015
Tiragem: 200

ISBN 978-99965-761-2-6

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor. 為澳門，無私奉獻，精益求精

CRED DM

ISBN 978-99965-761-2-6
9 789996 576126

ÍNDICE

DEDICATÓRIA 9

PREFÁCIO – Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho 13

NOTA PRÉVIA 19

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU: EVOLUÇÕES RECENTES E PERSPECTIVAS À LUZ DO PROCESSO DE TRANSIÇÃO, 1993, inédito 31

2. FUNDAMENTAL RIGHTS IN MACAU - FROM TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION TO S.A.R. OF P.R.CHINA, 1996, inédito 41

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM CONSTITUCIONAL DE MACAU -- TÓPICOS PARA UMA AULA NO CFM, 1997, inédito 49

4. *PERMANENT* FUNDAMENTAL RIGHTS IN A LEGAL SYSTEM IN TRANSITION - THE CASE OF MACAU, 1999, 16th Biennial Lawasia Conference Collection of Papers 61

5. O AMPARO *MACAENSE* DE DIREITOS FUNDAMENTAIS *VIS-À-VIS* AS DECISÕES JUDICIAIS, 1999, Revista Jurídica de Macau e Revista Direito e Cidadania, Cabo Verde 77

6. THE JUDICIARY AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS - A DUAL *ROLE*: GUARANTOR AND *BREACHER*, 1999, Direito e Cidadania, Cabo Verde 133

7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU NO QUADRO DA TRANSIÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES, 2006, Cuestiones Constitutionales, México, e Revista Administração 155

8. O INSTITUTO DO RECURSO DE AMPARO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A *JUSLUSOFONIA* – OS CASOS DE MACAU E CABO VERDE, 2006, El Derecho de Amparo en el Mundo, México e Revista Direito e Cidadania, Cabo Verde 199

9. CONTINUITY AND AUTONOMY - LEADING PRINCIPLES SHAPING THE FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONAL SYSTEM IN THE MACAU SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION, 2008, La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, México 251

10. CONSOLIDAÇÃO E VIAS DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RAEM - ALGUMAS NOTAS, 2008, inédito 307

11. O FUNDAMENTAL DIREITO AO DIREITO - COMENTÁRIO A PROPÓSITO DE UMA DECISÃO JUDICIAL NEGANDO O DIREITO AO RECURSO EM PROCESSO PENAL, 2008, inédito 347

12. A PANORAMIC ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN MACAU: FROM TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION TO SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION OF THE PRC, versão inédita e ampliada de 2009 de texto publicado em 2010 em Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law, Hong Kong 377

13. FRAGMENTOS EM TORNO DA *CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL* DE MACAU – DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, 2009, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias e Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direito processual penal – estado presente e perspectivas de evolução 425

14. THE CONSTITUTIONAL LAYER OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE MACAU SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION, 2010, Revista de Direito Público, Portugal 463

15. *A TALE OF TWO CITIES* - THE JUDICIAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EXCEPTIONAL AUTONOMOUS REGIONS OF MACAU AND HONG KONG OF THE PR OF CHINA AND THE ROLE AND INFLUENCE OF INTERNATIONAL LAW INSTRUMENTS ON HUMAN RIGHTS, 2012, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Gomes Canotilho 511

16. BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO E A TUTELA JUDICIAL ESPECIAL DE UM *AMPARO* INOMINADO EM MACAU, 2012, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda 553

17. DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL – UMA NÓTULA INTRODUTÓRIA, 2012, inédito 579

18. PORTUGAL E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – ALGUNS TÓPICOS INTRODUTÓRIOS, 2012, inédito 597

19. NOTAS SOBRE O REGIME JURÍDICO GERAL DA PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS - EM PARTICULAR NO QUE RESPEITA A REGIMES NORMATIVOS DE *ESPECIALIDADE* E À TUTELA JUDICIAL ESPECIAL AMPARANTE, 2012, inédito 617

20. TÓPICOS SOLTOS SOBRE LIBERDADE DE IMPRENSA, DIREITOS E DEVERES DOS JORNALISTAS E REFORMA LEGISLATIVA NO ÂMBITO DA LEI BÁSICA DE MACAU E DO PRINCÍPIO «*UM PAÍS, DOIS SISTEMAS*», 2012, Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão 641

21. DIREITO DE PETIÇÃO: BREVES NOTAS, 2015, inédito, em vias de publicação na revista Administração, Macau 661

22. LEI DE ENQUADRAMENTO DO REGIME JURÍDICO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS – UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO, s/d, inédito 695

Ao Paizinho e à Mãezinha,

A quem, se fora eu aqui dizer tudo o quanto lhes devo,

nem todas as páginas deste livro bastariam.

Por isso, singelamente,

Obrigado.

將這小小的心意獻給我最敬愛的人

爸爸媽媽 感謝你們！

PREFÁCIO

Estudos de Direitos Fundamentais

1. É um privilégio pessoal, intelectual e cívico poder prefaciar a obra de Paulo Cardinal sobre Direito Fundamentais. Quem proceder a uma leitura atenta deste conjunto de estudos centrados na jusfundamentalidade do sistema jurídico da Região Autónoma de Macau rapidamente compreenderá que neles palpitam os momentos fundantes e conformadores de uma comunidade aberta ao mundo *através do direito*. Em rigor, os trabalhos apresentados revelam a peregrinação científica, muitas vezes solitária, de um cidadão implantado nas terras do sul da China em diálogo permanente com todas as heterotopias de dragões, umas vezes míticos outras vezes reais. Ao longo de mais de uma vintena de anos, Paulo Cardinal intuiu com lucidez que "o imediatismo e virtuosismo do princípio político-jurídico 'um país, dois sistemas' ditou soluções (compromissórias) que rompem com cânones e habituações, não se compadecendo com, por exemplo, concepções clássicas e ultrapassadas de soberania nem com teses de desconstrução ou despromoção do segmento 'dois sistemas' daquela máxima orientadora".

2. A estruturação conformadora (um verdadeiro acto de *Gestalt* ou ordenação) da Região Autónoma de Macau convocaria "Constitutional transplants, Borrowing and Migrations"[1]. Desde o início das suas investigações, compreendeu que Macau, na conformação jurídica-política plasmada pela Declaração Conjunta e pela Lei Básica corria o risco de se esvaziar numa "bonita narrativa ausente de conteúdo" se, em primeiro lugar, não redescobrisse os fundamentos e esteios jurídicos da nova constelação comunitária". Cremos que não andaremos longe das compreensões e pré-compreensões do Autor ao

1 *Vide* Vlad Perju, "Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations", in Michel Rosenfeld/András Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1304 ss.

darmos centralidade a três tópicos: a autonomia, a continuidade e a jusfundamentalidade.

3. Erguer a jusfundamentalidade "referenciada ao princípio da dignidade humana", permite a Paulo Cardinal assumir-se convictamente como um defensor cosmopolita da complexa tessitura intercultural, começando com o diálogo de civilizações e de culturas: "com efeito e pegando nos mais destacados representantes, Kant não surge como *nemesis* de Confúcio. A Metafísica dos Costumes não actua de costas voltadas aos Analectos". Esta visão do mundo e da vida permite-lhe movimentar-se nas suas construções científicas, em diálogo com juristas, politólogos, sociólogos e produtores activos de políticas públicas, com uma segurança discursiva verdadeiramente exemplar. À partida, Paulo Cardinal tinha três caminhos, todos eles com pedras tectónicas difíceis de ladear e, muito menos, remover.

O primeiro conduzi-lo-ia à transplantação de estruturas, doutrinas e instituições acopladas num esquema superorganizatório. O tópico central seria o da construção de entidades sistémicas – "um país, dois sistemas". Pela literatura condensada em notas de rodapé dos vários trabalhos aqui reunidos, o jovem jurista de Macau compreendeu que os desafios colocados pelo sistema de Macau dentro da China conduziriam a objeções teoréticas e ideológicas fortes nas palavras mas fracas nos actos.

A segunda via traduzir-se-ia num discurso em torno das instituições particularmente centrado numa narrativa constitucional de *checks and balances*. Desde um paternalismo colonial que, embora pouco representativo, se recusava a sair de cena, até um "euroanglocentrico" sistema de exportação, em jeito de *commodities*, tudo conduziria a similaridades e analogias incapazes de compreender que, atrás do *ordenamento jurídico de Macau*, se perfilava uma tarefa de excepcional importância: a de dar sustentabilidade a uma *rule of law* dentro da Região e para lá da Região.

Por outras palavras: os juristas deparavam-se com a missão de ancorar ainda mais a *juridicidade* como parâmetro e limite do exercício de poderes públicos e privados. Mas não só: como já insinuamos nos desenvolvimentos anteriores, a juridicidade correrá o risco de autorreferencialidade se limitada a uma esquelética descrição das forças normativas. O constitucionalismo de "um país, dois sistemas" não põe apenas à prova a compatibilidade de sistemas económicos, mas também as controversões em torno dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos valores e profundezas da cultura chinesa. Neste sentido, a juridicidade só ganhará dimensões materiais se não se divorciar da *jusfundamentalidade*, ou seja, da dimensão substantivamente heterotópica da dignidade da pessoa e dos povos.

4. A partir dos complexos emaranhamentos, circularidades e analogias fornecidos pela *interjuridicidadee interjusfundamentalidade*, Paulo Cardinal assume-se hoje como uma autorizada voz cosmopolita no contexto das repúblicas de razões universais e universalizáveis. Perante as estafadas sugestões de "overlapping" sistémico e das arenas babélicas de vozes judiciais e judiciárias, ele prefere sempre reforçar o império do direito e dos direitos, analisando os amparos dos direitos, seja através de institutos inovadores (ação e recursos de amparo), seja através de análises subtis mas firmes das fraquezas processuais detetadas quer na conformação normativa dos princípios e regras quer no exercício da *jurisdictio* pelos juízes. De Macau a Cabo Verde, de Pequim ao México e ao Brasil, de Hong Kong à Austrália, aqui, ali e onde quer que esteja, existe sempre uma voz que entre muralhas e fendas de continuidades, fraturas e renovamentos convoca a imprescindibilidade fundadora do direito e dos direitos fundamentais como "pérolas" ou "trunfos" no exigente universo de justificação das repúblicas de razões espalhadas pelo mundo.

Coimbra, 24 de Março de 2015

José Joaquim Gomes Canotilho

序言

1.本人有幸在學界和公民界為簡天龍先生這部關乎基本權利的大作寫序。該著作中的一系列研究圍繞澳門特別行政區法制的根本內容展開，在仔細閱讀過該些研究后，您便會領會到這是一部講述了一個通過法律向世界開放的社會的構成階段的作品。嚴格地講，著作中的成果呈現出一個位紮根在中國南方大地上的公民，孤獨一人在漫漫科學朝聖之路上前行，和澳門社會中所有帶有異托邦色彩的內容持續展開對話，時而神秘，時而真實。在長達二十多年的時間里，簡天龍先生深刻地感知到，“一國兩制”這一政治法律原則的即時性和成效性所帶來的解決措施打破了一貫的做法，并不能與有關主權的傳統且過時的概念相提並論，也不等同於將“一國兩制”從最高指示綱領中拆解出來或降低其重要性。

2.澳門需要通過“移植、借鑑及遷移憲法”來組建其架構[1]（一種“格式塔”式行為或協調性行為）。簡天龍先生從著手研究開始，就意識到澳門在根據《共同聲明》和《基本法》建立法律政治結構的過程中，若未能重新發現新的社會群體所需要的法律基礎，就會出現“華而不實”的情況。我認為作者意在三個中心話題上：自主權、延續性以及法律根本性。相信這種理解并沒有偏離作者本身的理解及主張。

3.通過“人格尊嚴”原則的法律根本性，簡天龍先生得以在國際範圍內堅定地捍衛複雜的跨文化結構，并起步於一場文明與文化的對話：“作為最突出的代表之一，康得並非在與孔子對抗，‘形而上學’理論並不與《論語》背道而馳”。憑藉這樣一種世界觀和生活觀，簡天龍先生行走在科學建設之路上，在真正安全的對話氛圍中，與法學家、 政治學家、社會學家以及公共政策的活躍制定者展開交流。起初，簡天龍先生面臨三個研究方向，但在這三條道路上，均會面臨難以繞開的阻攔石，更無法消除這些障礙。其中第一個方向是對一個極其有序的架構中結合起來的結構、學說及法制的移植，其重心為建立系統實體—“一國兩制”。通過對腳註中列出的多個作品的閱讀精煉，這位澳門的年輕法學家意識到澳門體制所帶來的挑戰：理論和意識形態方面有著強有力的文字爭議，但實際行動卻呈現疲軟狀態。

第二個研究方向以法制為中心，尤其集中在關乎“制衡”的憲法方面。澳門曾經是家長式管制下的殖民地，儘管這一模式並不具備代表性，但澳門一直深受其影響；直至以英國為中心的歐洲，在向澳門輸出大宗商品的同時，也灌輸了類似於其本身的思想理念，但卻未能涵蓋“澳門法制”領域內的一項有著特殊重要性的任務：在澳門特別行政區內外保證持續適用相關法規。

換而言之，法學家們肩負著一大使命，即鞏固“合法性”以此作為公共權利及私

1 參見Michel Rosenfeld/András Sajo所著《牛津比較憲法手冊》，P1304及其續後中由Vlad Perju所撰寫的“憲法移植、借鑑及遷移”一文。

人權利行使的參照標準及限制條件。但非僅僅是這些。正如我們在之前的發展過程中逐漸滲入的觀點一樣，若僅僅侷限於對規範性條例的結構說明，“合法性”將陷入“自我參照”的風險。“一國兩制”的憲政，考驗的不僅僅是多個經濟體制的兼容性，同時也是圍繞人權、基本權利以及中國文化的價值及深度而展開的爭議。因而，若脫離“法律根本性”，或是人格尊嚴及人民的實質區別，“合法性” 將不具備實際意義。

4.在普遍理據或可被普及的理據的大背景下，基於“跨合法性及跨法律根本性”引致的複雜性、互通性及類比性，簡天龍先生成為了（此方面的）國際性權威人士。面對普遍建議的“疊加”體制以及一片混雜的司法和法律的爭議聲，簡天龍先生更希望去鞏固法律和權利的威力，通過創新機構（實施權利保護的機構），或是對在原則和法規的規範性建立中或在法官行使“審判權”的過程中出現的不足之處作出的敏銳而堅固的分析，研究權利所受到的保護。從澳門到佛得角，從北京到墨西哥再到巴西，從香港到澳大利亞，無論在何處，在持續性的連接和斷開之間，在破裂和重建之間，總會出現一個聲音，堅定地要求建立法律和基本權利，使其成為解讀普遍理據的苛刻環境中的兩大“珍寶”或“王牌”。

José Joaquim Gomes Canotilho

2015年3月24日，科英布拉

NOTA PRÉVIA

A publicação desta obra é subordinada à importantíssima temática dos direitos fundamentais em Macau, isto é, no contexto da *JusMacau* – entre a autonomia e a continuidade - duas determinantes no estabelecimento e compreensão do sistema de direitos fundamentais da RAEM.

Este livro é uma compilação de estudos de, e sobre, direitos fundamentais, estudos estes subordinados a uma temática condutora, não é, pois, uma gramática dos direitos fundamentais, Esta é uma primeira advertência ao leitor.

Esta obra apresenta-se como um repositório de estudos que, ao longo de mais de duas décadas, fomos realizando, motivados por vários propósitos, mormente académicos, mas também, em alguns casos, derivados de, e ancorados em, investigações previamente feitas por razões profissionais ou académicas. A sua apresentação segue uma ordem cronológica.

As posições assumidas nestes textos, as críticas, as sugestões, os reparos, as dúvidas, os elogios que vão sendo feitos ao longo daqueles reflectem apenas as opiniões do autor e não podem, de modo algum, ser assacadas ou encrustadas a outrem, nomeadamente a instituições ou pessoas com quem ou para as quais o autor trabalha.

Com esta publicação cumpre-se um desiderato deveras relevante qual seja o da contribuição para o *acquis* doutrinário local, que se acha, como se consabe, deficitário em várias áreas do saber jurídico, incluindo neste pedaço do direito constitucional. Emprestamos, pois, da nossa parte, mesmo que com insuficiências e porventura diferenças em face da *communis opinio*, mais um bloco para a construção do acervo doutrinário de Macau.

Não se pretende, pois, uma mera e cega importação da doutrina que se produz ora em Portugal, ora na República Popular da China, ou noutras jurisdições de referência. Operar então essa mera e cega importação, além de artificial, corresponderia, afinal, à negação da profunda e juridicamente garantida autonomia de Macau e da diferenciação do sistema

jurídico local, impregnado por valores, princípios, história, metodologias e soluções normativas próprias.

É verdade que, por força do princípio da continuidade e da manutenção da maneira de viver, durante pelo menos 50 anos, nos termos da *perfumada Kantiana* Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a questão de Macau e da Lei Básica de Macau, o ordenamento jurídico de Macau, para lá de ter as suas raízes no direito português, apresenta-se como detendo uma relação de maior proximidade, na sua generalidade e na actualidade, com o Direito Luso do que com o Direito da China, pelo que é só normal que a matriz portuguesa continue a servir de referência, nomeadamente para iluminar soluções, apontar pistas de interpretação, aplicação e integração. O que não pode ou não deve suceder é encarar-se um estudo sobre um dado instituto jurídico local, com as suas características próprias, com a sua contextualização, a interacção com os demais institutos jurídicos, e acriticamente e sem mais operar uma espécie de «*copy paste*» para Macau.

Macau, o seu Direito, as suas gentes, a sua memória, precisam que se motive, acarinhe e propicie a produção de doutrina local. Independentemente dos temas, mais ou menos sensíveis, independentemente das visões de fundo, mais ou menos *pro libertate*, independentemente das soluções concretamente preconizadas. Da doutrina, do estudo e sua publicitação devida nascerá o diálogo, brotará o debate, crescerá o acordo como crescerá o desacordo, enfim, medrará a reflexão académica, dentro e fora dos muros universitários *stricto sensu*.

E quando nos referimos a doutrina pressupomos verdadeiramente doutrina assente no Direito local, que não, necessariamente, doutrina produzida por locais. O ponto focal é qual o Direito que se estuda e não quem o estuda.

A publicação de livros jurídicos, para além do evidente contributo à doutrina, perpassa ainda para uma outra faceta mais ampla, menos segregada e menos exclusiva, qual seja a da divulgação do Direito. Em geral. Ademais em matérias como os direitos fundamentais. A divulgação, sensibilização, discussão destes temas é de necessidade e adequação permanentes. Evitar a erosão dos direitos, evitar o erigir de desigualdades e discriminações infundadas, acolher e promover a dignidade humana constitucionalmente estabelecida, relembre-se, é um dever cívico de cidadão e também um dever de académico que se interesse por estas «coisas».

Sem artifício podemos aqui convocar o eterno esquecido Mozi, que pela sua com-

preensão da humanidade a explicava, pela fórmula *jian ai* (*cuidado inclusivo* ou *amor universal*) que advogava uma relação de harmonia, e inclusiva, entre o grande e o pequeno, os muitos e os poucos, o forte e o fraco, o nobre e o plebeu, o rico e o pobre, e afirmava que todas as pessoas são iguais debaixo do *Céu*, assim combatendo a discriminação ditada pela hierarquia social.

É, destarte, um vero imperativo, e não uma mera cortesia de estilo, o testemunho público do meu agradecimento à entidade editora: CRED-DM – Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau da Fundação Rui Cunha pelo convite e apoio na publicação desta obra. Como também, e aproveitando o ensejo, se congratula esta entidade pelo seu esforço na promoção e divulgação do Direito de Macau, ora organizando seminários, ora publicando livros de Direito de Macau.

Ao longo destas décadas, quando nos debruçamos sobre estas nobres matérias – verdadeiras marcas de contraste no âmbito do «Segundo Sistema» *vis-à-vis* o segmento «Um País» – procuramos sempre fazê-lo, naturalmente e de imediato, como jurista e académico, com o que tal implica. Todavia, a nossa pertença de pleno direito a esta comunidade política de Macau (quer enquanto Território, quer enquanto Região Administrativa Especial), implicou também um olhar particularmente afinado na perspectiva da cidadania. Nestas duas asserções de isenção sem pré-compreensões e plena liberdade académica, por um lado, e de liberdade de expressão enquanto membro da comunidade de Macau, pelo outro, assenta o labor e o resultado do conjunto que agora se dá à estampa. As opiniões, sugestões, críticas e demais, que são apresentados, assentam, mal ou bem, com suficiência ou sem ela, com aceitação ou repúdio, num exercício dogmático ancorado no nosso domínio da ciência jurídica, e não, de todo, em um qualquer ensaio de personalização ou de menosprezo gratuito, a quem quer que seja, pessoa ou instituição.

O conjunto de estudos que se reúnem neste volume têm densidades, desenvolvimentos e propósitos variados, como uma rápida leitura de imediato permitirá perceber. Alguns foram objecto de publicação anterior, ora em Macau, ora, sobretudo, no exterior, onde continua muitas vezes a ser mais fácil publicar artigos doutrinários, ainda que relativos ao Direito de uma pequena e longínqua ordem jurídica, dado a relativa escassez de publicações jurídicas em Macau, ao passo que outros, por razões distintas, ainda não haviam conhecido as luzes alargadas e perenes de um auditório crítico, que só a publicação permite.

Como acima referido, a dimensão, a profundidade e o discurso empregue são muito

variáveis. Há textos densos inscritos em livros jurídicos, outros foram redigidos para apresentação em conferências, outros serviram de base às nossas aulas, e outros há mais coloquiais e *leves*. Alguns dos estudos debruçam-se sobre determinados direitos fundamentais em concreto, ao passo que outros têm por objecto o estudo do sistema dos direitos fundamentais. Há, ao longo destas mais de duas décadas de reflexão, um natural e quase irresistível aproveitamento de passagens e ideias de uns textos para alguns outros. Uns textos estão em português ao passo que alguns outros estão em inglês, a língua franca deste século. De esclarecer que há um par de textos que, embora vocacionados primacialmente para outras ordens jurídicas, apresentam todavia várias referências a Macau e comparações aos regimes vigentes localmente com outras soluções em sede de direito comparado, pelo que se decidiu pela sua inclusão nesta obra.

Os textos que haviam sido previamente publicados, em livros ou em periódicos, naturalmente que, nesta obra, correspondem às publicações antes efectuadas, com eventuais mínimas correcções de meras gralhas, salvo quando o contrário seja afirmado. Os textos ainda não publicados estavam *fechados*, tendo-se optado por não lhes introduzir alterações ou actualizações por forma a manterem o tom, o contexto e o sabor do tempo em que foram elaborados.

Admita-se ainda que a publicação deste livro enfraquece, de algum modo, a zona de conforto em que nos encontrávamos quando os textos ainda não eram públicos ou eram de difícil acesso em Macau, mas o propósito firme de divulgação do Direito de Macau e a crença na virtualidade da abertura, diálogo, debate, crítica, qualquer que seja o sentido dessa crítica, impele-nos a quebrar as barreiras desta zona de conforto. Se, com esta publicação, se falar mais, se reflectir mais e se debater mais estas matérias, mesmo que recebendo ecos de desvalores, já ficarei satisfeito por cumprir este imperativo cívico de partilhar as minhas reflexões com a *communitas*.

Antes de encerrar esta nota prévia é mister, também sem determinismo da cortesia de estilo, apresentar um conjunto de agradecimentos.

Para lá do devido agradecimento à Fundação Rui Cunha, antes apresentado, há várias pessoas a quem este livro está devedor.

Desde logo, quero testemunhar o meu profundo agradecimento ao senhor Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, que como já escrevêramos, é um verdadeiro *Jus sapiens*, um jusconstitucionalista global, que abre caminhos de teorização e que abraça e

irradia o que nós – tal como muitos outros – acolhemos como bons valores e princípios de um bom direito constitucional para uma sociedade boa, global ou local.

Mas, em verdade, Gomes Canotilho não só nos honrou com o Prefácio desta obra, não obstante o curto prazo de que dispôs para o fazer e para ler a mais de vintena de textos, como também, e como uma constante, sempre nos tem apoiado na nossa investigação e na nossa caminhada académica, de que é testemunho mais imediato a circunstância de ser nosso orientador de Doutoramento.

É de justiça deixar aqui uma reconhecida palavra de agradecimento ao Luís Pessanha, pela forma cuidada e disponível e pelas boas sugestões com que contribuiu para o melhoramento de vários dos textos que compõem este livro, para lá da ajuda dada na frenética fase de compilação, organização e tratamento dos textos com vista à publicação deste livro.

Uma palavra de agradecimento ao Jorge Godinho, que tanto tem contribuído para o ensino e a divulgação do Direito de Macau, pelo apoio dado e pela sua permanente sugestão e contínuo incentivo para, precisamente, compilar alguns textos e dá-los à estampa em Macau.

Por fim, mas não com menor importância, é devido um sentido agradecimento à minha mulher Deborrah e ao meu filho Alexandre que, cada um à sua maneira, ora no apoio e compreensão de uma real e preocupada esposa, companheira e amiga, ora na sensibilidade e dádiva pura de uma criança, que tantas vezes procurou ajudar o pai no computador ou lembrou que estava na hora de ir jantar, auxiliaram, compreenderam e perderam horas e horas do meu convívio enquanto compilava, organizava e fechava o livro. Também aos meus Pais, a quem este livro é dedicado, quero agradecer o apoio e a compreensão pelo tempo que lhes não pude dar de convívio familiar nestes últimos tempos em que, depois do labor profissional, necessitava de me refugiar em solitário para poder, em tempo escasso e útil, cumprir a meta e os prazos que tinha de respeitar.

A Macau, verdadeiro *enclave da paz perpétua*, nos dizeres de Acílio Estanqueiro Rocha, terra que nos acolhe, é devido um óbvio agradecimento, quanto mais não fosse pelo facto de este livro a ter como objecto. Mas por tudo o resto também.

A todos, obrigado.

Quanto ao mais, designadamente no que respeita ao valor do conteúdo da obra, resta-me, pelo menos, esperar a benevolência do leitor.

作者序

本書涉及到澳門基本權利方面的至關重要的內容，亦即在法治澳門的背景下，探討自主權和延續性—這是建立并理解澳門基本權利制度的兩大決定性因素。

本書彙集了有關基本權利的各項研究，該些研究均圍繞一引導主題展開，因而，本書並非為對基本權利的文本介紹。

本書囊括了我們在二十多年內出於多種目的逐步進行的研究，主要是針對學術方面，但在一些情況中，是基於之前的專業研究或學術研究。此外，我們還按時間順序對該些研究作出介紹。

本書中呈現的立場態度、提出的批評、意見和質疑以及表達的讚賞，僅代表作者個人觀點，而與其他人無關，尤其與作者所工作的單位或與作者共事之人無關。

澳門的法律學說理論中，包括在憲法方面，都存在極大的空缺，亟待填補，而本書正滿足了這一需求。即使就*communis opinio*而言，本書中可能存在不足之處和不同之處，但對澳門法律學說理論框架的建設來說，我們獻出了一臂之力。

（建立澳門的法律學說理論體系）並非僅僅盲目照搬可參考的學說理論，無論是來自葡萄牙，還是中國大陸，亦或是其他來源，這種照搬式的使用不僅僅導致內容的虛假，更是對澳門受到法律保障的堅固的自治權和當地法律制度的差異性的一種否定，而澳門的法制擁有其本身的價值理念、原則、歷史、方法論及規範性措施。

爲秉持延續性原則并保留（之前的）生活方式，在至少50年內，根據有關澳門問題的康德式《中葡共同宣言》以及澳門《基本法》規定，澳門的法制不僅僅以葡萄牙的法制為根基，其總體內容及實效性與葡萄牙的法制更為相似，而非偏向於中國大陸的法制，這是因為前者更適合繼續作為法律參考，尤其在提出解決方案、理解法規含義、適用法律及納入法例方面更顯其參考價值。不可也不應出現的是，有關某一當地法律機構的研究，儘管具備其自身的特性及研究背景，與其他法律機構也存在互動，但除此之外僅屬於一種“複製粘貼”式的研究。

對澳門法律和澳門人而言，需要建設和完善當地的法律學說理論，無論主題是否敏感，無論其中深入的見解是否*pro libertate*（關乎自由），也無論具體提出何種主張。通過學說理論、研究以及對有關內容的適當公佈，將激發相應的對話和討論，支持和反對的聲音將并起，最終在*stricto sensu*（嚴格意義上的）大學內外促成學術反思。

我們提到的學說，是以本地法律為根基的真正意義上的學說，但并不一定由當地人提出。重點在於研究何種法律，而非法律的研究者。

出版法律書籍，不僅僅有助於法律學說的建設，其影響力更滲透到另一更為廣泛的方面，即對一般法律的推廣，同時還是對基本權利的宣傳。我們有必要圍繞該些主題

持久作出適當的推廣、宣傳并展開相關討論。為避免權利被侵蝕、出現不合理的不平等及歧視，為重視并促進依據憲法建立的個人尊嚴，公民及學者都應關注上述方面的內容。在此我們可以引述偉人墨子對人類的理解，其提出的“兼愛”思想闡釋了一種在大小、多少、強弱、貴賤以及貧富之間的和諧關係，并認為普天之下所有人平等，因而駁斥了社會等級劃分導致的歧視。

在此，不僅僅是出於禮節，我要向本書的出版單位—官樂怡基金會澳門法律反思研究及傳播中心，就其對出版的邀請及支持表達我衷心的感謝，同時，也藉此機會對其在促進并推廣澳門法律方面所作出的努力-- 無論是舉辦各項研討會，還是出版澳門法律刊物，表示由衷的讚賞。

近些年，當我們談論到一些重要的內容—“一國兩制”制度中真實存在的反差，我們總是很自然地迅速做出反應--以法律專家和學者的身份進行分析。然而，我們屬於澳門的政治界（無論是就地區而言還是特別行政區而言），這意味著我們是以公民身份提出意見和觀點。我們確實擁有摒棄偏見的公正以及完全的學術自由，這種自由，一方面是作為澳門社會成員的言論自由，另一方面，保證了集體的工作和現時出版的作品。提出的見解、意見、批評或其他內容，無論優劣，無論是否充分，也無論是否被接納，均建立在法律科學範疇內的教理實踐之上，而非屬個人標榜又或是表達對任何人士或機構的輕蔑。

本書中的一系列研究有著不同的強度、拓展內容及目的，在快速瀏覽本書之後便能意識到這一特點。其中的一些研究在之前已在澳門或外界出版，在這些地方越來越易於刊登學術理論性的文章，即便這些文章是關乎並不重要的過時的法制，但在相對缺少法律刊物的澳門，亦獲刊登；另一些研究，出於多種原因，仍未獲得廣泛認識和評價，通過本次出版將被更多人了解。

正如上文所述，本書中介紹的研究的規模、強度及內容各異，其中，一些長篇幅的文章被收錄在法律書籍中，一些文章為會議發言稿，一些供我們課堂使用，其他則為非正式的簡單文章。某些研究具體涉及到特定的基本權利，而其他研究則集中在基本權利的制度方面。在過去的二十多年里，大家很自然地將某些文章的觀點運用到其他一些文章中，其中既有葡文文章也有以通用語英文撰寫的文章。在此說明一點，本書中有兩篇文章，雖然主要是針對其他地方的法制，但多次提到澳門，同時也對澳門現行的制度與比較法中的規定作出對比，因而有必要將這兩篇文章錄入本書。

編入本書中的已在某些書籍或期刊中刊登的文章，基本與之前的內容相符，除非其相反面獲得認可，我們僅對某些錯別字作出細微更正。對於未出版過的文章，我們未作出任何修改或更正，以保持其原本的風格、內容及文章所處的年代特徵。

在本書中的文章未出版之前或難以在澳門出版之前，我們安處舒適的狀態，但本書出版后，這種舒適感將減弱。傳播澳門法律的堅定目標以及展開對話、討論及批評的信念驅動我們打破之前的安適狀態。 本書出版后，若能激發人們針對該方面內容提出更多見解、做出更多反思并展開更多討論，即使其中存在負面反饋，我依然因能夠與*communitas*分享我的個人反思并履行這一公民義務而感到欣慰。

在結束本篇序言之前，還要對以下單位和人士表達我衷心的感謝。

除了上文提到的官樂怡基金會，對本書作出貢獻的人士，我同樣要表達謝意。

向José Joaquim Gomes Canotilho 教授致以我深厚的謝意，他是一位名副其實的Jus

sapiens 和學識淵博的立憲主義者。他開創了理論道路，信奉并宣傳了一個完善、健全或有地域性的社會所建立的良好憲法體系中的優秀價值觀和原則，而該些價值觀和原則獲得我們當中的很多人的認可。

Gomes　Canotilho先生不僅在本篇序言中使我們倍感榮幸，同時，他還長期以來對我們的研究和學術一直鼎力相助，其擔任我們的博士生導師更直接地證明了這一點。

此外，還要衷心感謝Luís Pessanha先生，感謝其細心地向我們提出有益的建議，從而得以完善本書內容；同時，在對文章進行彙編、組織及處理的階段，他還給予了我們大力支持。

感謝Jorge　Godinho先生，感謝其在教授和傳播澳門法律方面作出的貢獻，感謝其在文章彙編方面給予的幫助及不斷提出的建議，這些都促成了本書最終得以在澳門出版。

最後，我要感謝我的妻子Deborrah　和我的孩子Alexandre，他們以自己的方式給予我巨大的幫助并對我的工作表示理解——一個是無微不至地關心我的妻子，她是我的伴侶和朋友；一個是感性且單純的孩子，他總是當他的父親在電腦旁工作時嘗試提供幫助或提醒父親享用晚餐的時間。在我編纂及編排本書的期間，當我無法陪伴他們左右的時候，他們成為了我的助手，理解并支持我。同時，還要感謝我的父母，這本書要獻給他們。感謝在我需要利用有限的時間如期完成本書而未能陪伴他們的時候，他們仍對我表示支持和理解。

真誠地感謝澳門，不僅僅因為本書的出版，同時還出於其他方面的原因，感謝這個Acílio Estanqueiro Rocha 所描述的“永久和平地”，這一片包容我們的土地。

對所有人，表示我由衷的謝意。

在其他方面，尤其是本書內容的價值意義，期待各位讀者的好評。

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU

EVOLUÇÕES RECENTES E PERSPECTIVAS À LUZ DO PROCESSO DE TRANSIÇÃO

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU: EVOLUÇÕES RECENTES E PERSPECTIVAS À LUZ DO PROCESSO DE TRANSIÇÃO[1]

I

1. Importa traçar previamente, ainda que de uma forma necessariamente breve, o quadro das coordenadas, do presente e do futuro, por onde se move a temática dos Direitos fundamentais em Macau. Assim, e numa posição de *"cúpula"* do sistema teremos a Constituição Portuguesa, o Estatuto Orgânico de Macau, a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e os Pactos Internacionais sobre Direitos Fundamentais; este o quadro presente que, com a Declaração Conjunta operando como charneira, se transfigurará em Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da R.P.C. e Pactos Internacionais.

Questão que merece ser levantada é a da (não) integração da Lei Básica na Cúpula presente, ou seja, embora apenas entre em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999[2] ou, de forma mais precisa, aquando da criação da RAEM, terá que constituir um referencial obrigatório já hoje? Ou, por outras palavras, a convergência com a Lei Básica decorre de um imperativo jurídico ou opera antes como uma resposta pragmática? Este não é o momento adequado para aprofundar a questão, mas sempre direi que, embora latente no ordenamento jurídico de Macau, a Lei Básica não detém, ainda, qualquer valor jurídico enquanto fonte imediata do Direito em Macau.

1 Comunicação apresentada ao Seminário «Direito Fundamentais e Sistema Jurídico-Político de Macau», Maio de 1993, Faculdade de Direito de Lisboa/A.A.F.D.L..

2 Data da reassumpção do exercício de soberania sobre Macau pela R.P. China, *ex vi* Declaração Conjunta Luso-Chinesa.

Num plano "inferior", o quadro compõe-se hoje e, pretende-se no futuro, pelos grandes códigos, *v.g.* o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código de Procedimento Administrativo e, prometedoramente, o Código Civil, bem como pelas regulamentações "concretas" de direitos fundamentais e pelas soluções de "conclusão", ou "fecho", do quadro coordenante dos direitos fundamentais.

2. Será aqui despiciendo abordar a questão da vigência em Macau dos direitos fundamentais, mais precisamente dos Direitos, Liberdades e Garantias consagrados na Constituição portuguesa, bem como o modo pelo qual ela se opera.[3]

O que me proponho abordar aqui é, precisamente, por um lado, os recentes passos dados no âmbito dos Direitos Fundamentais e, pelo outro, que perspectivas no futuro próximo e no pós 20 de Dezembro de 1999. Esta abordagem terá sempre presente e como motivo orientador a necessidade de consagração e manutenção de um acervo elevado de Direitos Fundamentais em Macau. Esta necessidade não constitui mais do que um dever histórico, político e jurídico de Portugal face aquela parcela longínqua de terra sínica.

A presente exposição repartir-se-à, numa primeira parte, pela referência à extensão a Macau do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais pela aprovação da lei que regula o exercício dos Direitos de Reunião e Manifestação e, pela introdução do recurso de amparo; na segunda parte tratarei das medidas legiferantes previstas para um curto prazo, ou seja, a aprovação do Código do Procedimento Administrativo e a regulamentação do direito de petição, designadamente; finalmente, e na terceira parte, serão abordadas as perspectivas para o futuro pós 1999, atendendo-se à já aprovada versão final da Lei Básica para a futura RAEM e, concomitantemente, aos espaços vazios que então poderão ocorrer, bem como, as possíveis medidas a adoptar que reduzam ou esbatam esses espaços vazios ou, noutras

3 Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, Coimbra Editora, 1988, págs. 189 e 190; J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *A fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau*, Revista do Ministério Público, nº 49, pág. 17; António Vitorino. *Macau na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Revista Administração, nº 13/14, 1991, págs. 538 e seg.; J.A. Sacadura Garcia Marques, *Contribuição para a reforma do modelo judiciário de Macau*, Revista do Ministério Público, nº 44, págs. 17 e seg.; Vitalino Canas, *Relações entre o ordenamento constitucional português e o ordenamento jurídico do Território de Macau*, Revista jurídica, vol. 1, 1988, págs. 42 e seg.. Questão diversa é a aferição da densidade dessa vigência, *i.e*. com que eventuais limites se verifica essa vigência.

palavras, as soluções de fecho de sistema. Com esta opção para efeitos da presente exposição, ficam de fora, como se constata pelo referido no ponto 1, várias matérias. Presidiram à minha opção, sobretudo, critérios de não sobreposição de temas com outras comunicações deste colóquio .

II

3. A encerrar o ano de 1992, o Boletim Oficial de Macau publicou, precisamente no dia 31 de Dezembro, a Resolução da Assembleia da República que operou a extensão a Macau dos Pactos Internacionais[4], juntamente com as restrições, poucas, e o texto integral de ambos os Pactos. Este um dia que marcará, de forma indelével, o futuro dos Direitos fundamentais em Macau. Não tanto pela novidade, ou reforço material do catálogo dos direitos fundamentais já vigentes mas, sobretudo, perspectivando o período posterior à reassumpção de soberania sobre Macau, pela R.P. China e ainda pela própria resolução quando, no seu artigo 5.º n.º 1, estabelece um comando para os órgãos legislativos de Macau no sentido de estes promoverem a "implementação dos direitos consagrados nos Pactos". Esta disposição foi já caracterizada como sendo uma *"expressa reafirmação (...) da nobre tarefa de arquitectura do futuro de Macau e da sua população"*[5].

Estando os Pactos em vigor em Macau[6] estes constituirão pois, um necessário referencial para as futuras regulamentações dos Direitos Fundamentais ali reconhecidos, e uma barreira máxima em sede de restrição ao exercício dos direitos aí previstos.

4. No que respeita ao diploma que regula o exercício dos Direitos de Reunião e Manifestação vale a pena determo-nos um pouco detalhadamente. E porquê? Por várias

4 Resolução nº 41/92, de 31 de Dezembro.

5 Anabela Ritchie, *Algumas reflexões sobre o papel da Assembleia Legislativa de Macau no período de transição*, comunicação apresentada ao colóquio parlamentar, que teve lugar na Assembleia da República, em 30 de Março, com publicação prevista.

6 Cfr. procedimento de extensão com, designadamente, o artigo 3º nº 3 do E.O.M..

razões, assim, e para além da sua importância intrínseca[7]:

a) Estes foram os primeiros direitos fundamentais objecto de legislação local após a extensão a Macau dos Pactos;

b) igualmente os primeiros após a aprovação do texto final da Lei Básica

5. A Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto - Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau - introduziu inovadoramente o instituto mexicano do recurso de amparo. Este mecanismo, previsto no artigo 17.º, desempenhará, ao menos potencialmente, um importantíssimo papel na garantia dos direitos fundamentais.

III

6. Em termos de futuro breve, ou seja, de medidas legiferantes previstas para um curto prazo cumpre realçar o Código do Procedimento Administrativo[8]. Este código permitirá a consagração, por legislação de Macau, de diversas direitos fundamentais análogos aos Direitos, Liberdades e Garantias como sejam o direito de informação dos administrados, o direito à fundamentação dos actos administrativos ou o direito de participação no procedimento administrativo. Uma vez mais, este diploma encerra, a um só tempo, uma importância que lhe é intrínseca e um valor acrescentado, atendendo a que:

a) Opera a consagração legal de Direitos, Liberdades e Garantias fora do catálogo, como sabemos direitos análogos, erradicando assim eventuais dúvidas futuras quanto à sua natureza;

b) Consagra um grupo de direitos que não encontraram espaço na Lei Básica; e,

7 Constituindo "dois dos mais caros direitos fundamentais pessoais consagrados na Constituição ...", Anabela Ritchie, *ob. cit.*. Sobre estes direitos, Jorge Miranda, *ob. cit.*, págs. 398 e seg., J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira , *Constituição Anotada*, 1º vol., Coimbra Editora, 1984, págs. 259 e seg. e, sobre o direito de manifestação, J. P. Miranda de Sousa, *O Direito de Manifestação*, B.M.J., nº 375, 1988, págs. 5 e seg..

8 Elaborado pelo Professor Diogo Freitas do Amaral e por uma equipa por si dirigida.

c) Pode constituir um elemento valioso de Direito Comparado aquando da feitura prevista já para um médio prazo, de um Código do Procedimento Administrativo da R.P. China[9].

7. Outros projectos previstos com incidência nos direitos fundamentais são o Direito de Petição , os Direitos fundamentais da Família, o Código Penal, o Código da Informática, entre outros.

IV

8. Identificadas as coordenadas e referidos os passos dados na matéria que agora nos ocupa há que tenta surpreender as zonas dos direitos fundamentais que ainda não têm cobertura numa perspectiva pós-1999.

Resulta claro que uma importante matéria estará fora do sistema, concretizando, o regime de exercício dos direitos fundamentais, maxime as matérias hoje reguladas nos artigos 18.º e 19.º da Constituição. Estes são, sem dúvida, espaços vazios que urge tapar por forma a operar-se o fecho do sistema de direitos fundamentais em Macau enquanto R.A.E. da R.P.C..

9. As soluções possíveis que permitam colmatar essa lacuna podem ser, em abstracto, várias:

a) Carta de Direitos fundamentais aprovada antes de 1999, em jeito de apêndice ao E.O.M[10].

Esta posição sustentada já há algum tempo peca em termos de eficácia por duas razões: uma primeira razão é política, atendendo ao exemplo da Bill of Rights de Hong Kong, condenada ao insucesso, uma segunda razão entronca na continuidade do ordena-

9 Cfr. Zhou Weijing, Zhang Mingjie, Zhou Hanhua, Mo Jihong, *Research on Administrative Law in China*, Social Sciences in China, Inverno 1992, págs. 116 e 117.

10 Jorge Miranda, *ob. cit.*, pág. 190.

mento jurídico que não abarca, naturalmente, as normas constitucionais portuguesas, que se deixarão de aplicar por natureza[11] , nestas se incluindo a Constituição, e o E.O.M..

Não nos parece, pois, ser esta uma via que resolva, por si só, o problema agora em discussão.

b) Verter o regime de exercício dos direitos fundamentais no Código Civil revestindo o carácter de princípios gerais do Direito.

Este é uma via possível e dotada de potencialidades que permitem solucionar a questão. Parece, aos olhos de um jurista continental uma solução abstrusa, os Códigos apenas deverão conter as matérias adequadas e não um depósito de coisas esparsas e sem "encaixe" noutros locais. Contudo, há que ser pragmático e não nos devemos esquecer que o Código Civil contém já hoje alguns princípios gerais do direito como sejam os da aplicação da lei no tempo e no espaço, ou da interpretação e integração de lacunas.

Acresce ainda o lugar paralelo que o ordenamento jurídico chinês oferece, quando nos seus "Princípios gerais do Direito Civil" são consagrados vários princípios gerais do Direito.

Dificuldades existirão, por certo, na total cobertura por este meio do actual sistema.

c) Finalmente, a outra via que me parece encerrar potencialidades que permitam colmatar esta lacuna é a elaboração de uma lei que assuma o seu objecto, ou seja, uma lei que regule o exercício dos direitos fundamentais e, sem pretensões de formalmente ser uma lei reforçada. Esta lei deveria basicamente receber as actuais normas constitucionais e ainda, decompor esses preceitos em normas mais específicas.

Por exemplo, explicitando, por número ou alínea autónoma, as várias dimensões do princípio da proporcionalidade, como sejam o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Vantagem desta solução é a potencial cobertura total do actual regime constitucional.

11 Cfr. António Vitorino, *ob. cit.*, pág. 536.

Acresce a esta vantagem uma outra, é que, com a extensão a Macau dos Pactos Internacionais, foi retirada, do projecto da Lei Básica [12] uma norma de restrição que consagrava as seguintes cláusulas de restrição: a segurança nacional, a ordem pública, a higiene e a moral públicas. Ora, com a versão final, esta norma foi substituída por uma norma remissiva [13] para o regime dos Pactos que consagram, como sabemos, o princípio da cláusula do indivíduo mais favorecido [14], pelo que as cláusulas restritivas não seriam mais do que as presentes no nosso regime constitucional *ex vi* a dita lei do exercício dos direitos fundamentais que note-se não estará em desconformidade futura com a Lei Básica.

V

10. Em jeito de conclusão gostaria de dizer que os Direitos fundamentais terão que ser encarados de forma extremamente séria e com os olhos postos no futuro. Portugal e os seus representantes têm o dever de apostar numa postura liberal e garantística sob pena de se desvirtuar o que de muito bom nos oferece a Constituição Portuguesa. Também por aqui passa a edificação para o presente e para a permanência "dos princípios essenciais de um Estado de Direito" em Macau.[15]

11. Cumpre vincar que esta não será uma tarefa fácil e que por tal será exigível um grande empenho dos órgãos de governo do Território constituindo já prova desta postura o precedente feliz criado com a recente lei reguladora dos Direitos de Reunião e Manifestação. Estou convicto que percorrendo o mesmo caminho deixaremos as condições necessárias ao estabelecimento de uma Região Administrativa Especial de Direito.

12 Artigo 43º do Projecto da Lei Básica da RAEM.

13 Artigo 40º da Lei Básica do RAEM.

14 Regra prevista no artigo 5º nº 2 do PIDCP.

15 Mário Soares, *Macau: Uma responsabilidade Histórica*, Discurso, Lisboa, 1990, Missão de Macau, pág. 8.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN MACAU

FROM TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION
TO S.A.R. OF P.R. CHINA

FUNDAMENTAL RIGHTS IN MACAU - FROM TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION TO S.A.R. OF P.R. CHINA*

- TOPICS -

I

Macau is undergoing a transitional period from a territory under Portuguese administration to the People's Republic of China resumption of full sovereignty as a Special Administrative Region - on 20 of December 1999 - in accordance to the Joint Declaration of the Portuguese Republic and the People's Republic of China on the Question of Macau, signed in Beijing in 1987 and deposited by both States at the United Nations.

This international treaty – irrespective of its brand - lays down the fundamentals of this transfer process.

After December 1999 a second phase of the transition period will start and it'll last for 50 years; for this period the PRC undertakes to uphold a set of various binding principles, policies and provisions that are included, and demanded by, in the Joint Declaration.

Presiding to this self-limitation on sovereignty is the "one country, two systems" fundamental strategy for the reunification of China proclaimed by Deng Xiao Ping.

The PRC will establish a Special Administrative Region that will enjoy a high degree of autonomy and will enact a Basic Law that will stipulate the basic policies stated in the Joint Declaration.

A paramount principle is the one of the continuity/maintenance of the present social and economic systems; the laws currently in force will remain basically unchanged and all rights and freedoms previously existent will be ensured as assures the Joint Declaration.

II

The Macau's political status is defined, since 1976, by the Portuguese Constitution and by a special constitutional law: the Organic Statute of Macau.

The Organic Statute of Macau in itself does not comprise any kind of Bill of Rights or any chapter on Fundamental Rights. However, through article 2 of the Organic Statute, the "Rights, freedoms and guarantees" system of the Portuguese Constitution is applicable to Macau. These constitutional rights enjoy direct applicability meaning that they are *self executing*.

This system of rights, freedoms and guarantees - a certain type of fundamental rights - established in the Portuguese Constitution is a very broad and dense one; thus the Macau residents enjoy a wide range of fundamental rights. As a reference, it is commonly said that the scope of the fundamental rights enshrined in the Portuguese Constitution is broader than the one established in the European Convention on Human Rights.

Besides the constitutional front-line - which tops the system - there are other sources of fundamental rights: International Treaties and Legislation.

International Treaties: International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, applicable with 3 reservations. Just a few ILO conventions are enforced. Some other instruments are applicable or it is expected that they will be soon.

As to the relevant issue of the relations of the domestic Law with the International Law one can say: Macau follows a monism system and a limited primacy of the international law.

Limited because International rules cannot override constitutional norms and cannot be overridden by legislation.

Legislation (that is, laws and decree-laws) usually *merely* regulate and specify in detail the constitutionally established fundamental rights. Importance of enacting legislation for reasons of certainty of the persons rights and their densification and their respect by the public entities.

Sometimes, however, legislation itself establishes *per se ex novo* fundamental rights. Example: the *amparo* appeal (German *verfassungbesheverde*, Spanish/Mexican *recurso de amparo*).

Several fundamental rights are regulated in Codes, such as the Criminal Code, the

Criminal Procedure Code, the Civil Code.

There is a certain lack of regulation of some other fundamental rights, namely labour rights, for example right to strike and to erect trade unions - and access to information; also, notably, the amparo.

The constitutionally established fundamental rights may be restricted only by law and only in those cases expressly provided for in the Constitution and restrictions must be limited to what is necessary to safeguard other rights or interests protected by the Constitution. The restrictions cannot be of such a length that invalidates the practical significance of the fundamental right to be restricted - shall not limit in extent and scope the essential content of the right. Its core is always to be maintained.

Besides, laws restricting constitutional rights shall be general, shall not have retroactive effects.

Some rights considered to be of analogous nature to the rights, freedoms and guarantees will benefit of the above framework even if they are established only in legislation. Example: the right to amparo appeal.

Several remedies are available to the persons whose rights have been violated. Namely resorting to courts machinery.

III

Macau Basic Law establishes a catalogue of fundamental rights of significant extent.

It respected, in many ways, the present list. However, some rights are not specially guaranteed in this constitutional law: *e.g.*, right to life, guarantees in the administrative procedure and administrative judicial appeals.

It does not assure the rules of exercise the fundamental rights, namely those of the limitations to their restrictions.

The Basic Law expressly refers to the provisions of the International Covenants on Human Rights and its implementation trough specific laws.

It also states that restrictions can only be prescribed by law and these restrictions may not exceed the applicable provisions of the Covenants. Is this one assurance enough?

IV

The Joint Declaration expressly guarantees a catalogue of fundamental rights to continue to be enforced in the SAR.

Those rights were imported to the Basic Law.

The Basic Law does not affirm its own direct and immediate applicability - can the rights establish in it be directly invoked by a citizen? Even in the absence of legislation regulating the violated right?

Will international human rights rules maintain their primacy over domestic legislation? Namely the International Covenants?

Will P. R. of China, which did not itself acceded to it, report to the Geneva Committee in the scope of the International Covenants?

The previous questions and doubts definitely point to the assertion that the legislation that regulates the fundamental rights will have an even more important role in the effectiveness of these rights on the SAR of Macau.

V

In accordance with a non-textual based interpretation, the P.R. of China claims that only the legislation enacted by the local bodies will benefit of the continuity principle established in the Joint Declaration.

Hence, since some of the fundamental rights are regulated by legislation enacted in Portugal and then extended to Macau, there is a practical need of local enactment of new acts what, to a certain extent, it has been done.

Since the Portuguese Constitution will cease its applicability, it's desirable that local legislation fill the gaps then originated, namely in what concerns to the rules of the limitations to the restrictions to the exercise of the fundamental rights, even though if this legislation does not enjoy primacy over future one.

These laws and decree-laws should be of effective essence. They should not be just carrying the nice title of regulation and guarantee of fundamental rights, operating merely like a *windowshelf* effect.

A disrespect of fundamental rights in absence of law is less difficult than one with an

existent and applicable law.

The enactment of a narrow and limitative legislation on fundamental rights is easier if there is no need to revoke a pre-existing law, especially if this one is a *generous* one.

The remedies available should be maintained and dully regulated.

The fundamental rights should be the object of publicity-propaganda campaigns. The citizens should know better their rights and be informed of its extent as well as the remedies that they have.

The respect of the fundamental rights in the SAR, or at least some of them, is imposed by international law in two senses: trough the Joint Declaration and trough the system of the International Covenants.

Human rights are not to be just an internal matter of the SAR. The P. R. of China gave its international agreement - the Joint Declaration and, indirectly, the International Covenants on Human Rights. It internationalised the issue.

One should face this issue, this task, neither as a full optimistic, and neither as an absolute pessimistic approach. There are things to be done, some won't probably be done, but some goals may still be achieved.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM CONSTITUCIONAL DE MACAU

TÓPICOS PARA UMA AULA NO CFM

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM CONSTITUCIONAL DE MACAU - TÓPICOS PARA UMA AULA NO CFM - [1]

I
CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O ordenamento constitucional do território de Macau é constituído pelo Estatuto Orgânico de Macau (que é, como se sabe, Lei Constitucional) e por trechos somente – normas e princípios - da Constituição Portuguesa; a qual não se aplica ao Território de Macau de uma forma directa e auto-impostamente. «*Que a CRP não se aplica de plano a Macau, eis o que é quase umacomunis opinio*», (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *A fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau).*

Com excepção, naturalmente, das regras que, de forma expressa, regulam questões de Macau, como, por exemplo, os artigos 292.º[2], 164.º, alínea c)[3] e 137.º, alínea i)[4].

1 Texto elaborado para suporte de uma aula a proferir no Centro de Formação de Magistrados de Macau, 1997.

2 Artigo 292º (Estatuto de Macau) *1. O território de Macau, enquanto se mantiver sob administração portuguesa, rege-se por estatuto adequado à sua situação especial, cuja aprovação compete à Assembleia da República, cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos. 2. O estatuto do território de Macau, constante da Lei nº 1/76, de 17 de Fevereiro, continua em vigor, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 53/79, de 14 de Setembro, pela Lei nº 13/90, de 10 de Maio, e pela Lei nº 23-A/96, de 29 de Julho. 3. Mediante proposta da Assembleia Legislativa de Macau ou do Governador de Macau, nesse caso ouvida a Assembleia Legislativa de Macau, e precedendo parecer do Conselho de Estado, a Assembleia da República pode aprovar alterações ao estatuto ou a sua substituição. 4. No caso de a proposta ser aprovada com modificações, o Presidente da República não promulgará o decreto da Assembleia da República sem a Assembleia Legislativa de Macau ou o Governador de Macau, consoante os casos, se pronunciar favoravelmente. 5. O território de Macau dispõe de organização judiciária própria, dotada de autonomia e adaptada às suas especificidades, nos termos da lei, que deverá salvaguardar o princípio da independência dos juízes.*

3 *Compete à Assembleia da República: … c) Aprovar o estatuto do território de Macau;*

4 *Compete ao Presidente da República, na prática de actos próprios: … i) Praticar os actos relativos ao território de Macau previstos no respectivo estatuto;*

De outra banda, preceitos do EOM que reclamam a aplicação da Constituição Portuguesa: artigo 2.º[5], artigo 41.º, n.º 1[6], artigo 16.º, n.º 1[7], artigo 30.º, n.º 1, a)[8].

Outras normas e princípios da CRP aplicam-se ao território (vide, por exemplo, António Vitorino, *Macau na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*; Ac.TC., n.ºs 284/89, 245/90)

É adequado contextualizar a situação jurídico-política.

Como avisam Gomes Canotilho e Vital Moreira, «*Para começar, há que ter em conta o lugar de Macau na ordem constitucional portuguesa*.» e, «*Desde o texto originário da CRP que nunca houve dúvidas quanto ao facto de que Macau não faz parte integrante de Portugal.*», (A fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau).

Desde o texto originário da CRP que nunca houve dúvidas quanto ao facto de que Macau não faz parte integrante de Portugal. No art.º 5.º da Constituição, que define o território nacional sem nele incluir Macau, o seu primitivo n.º 4 esclarecia que este território se encontrava «sob administração portuguesa» e se regia por «estatuto adequado à sua situação especial».

Macau é um território sob administração portuguesa que se rege por um particular estatuto adequado à sua situação especial e não se acha integrado no território de Portugal.

Macau é *Ausland vis-à-vis* Portugal, «é um território estranho ao Estado português» e que «não é *Inland, é Ausland … não é elemento constitutivo do Estado português, é um elemento extrínseco ou acessório, uma espécie de apêndice deste Estado*» (Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, I)

Ordens jurídicas distintas, mas já não ordens jurídicas sem comunicação (Jorge

5 *O território de Macau constitui uma pessoa colectiva de direito público e goza, com ressalva dos princípios e no respeito dos direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República e no presente Estatuto, de autonomia administrativa, económica, financeira, legislativa e judiciária*.

6 *Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam as regras constitucionais ou estatutárias ou os princípios neles consignados*.

7 *Competem ao Governador as funções executivas que por normas constitucionais ou por esta lei não estejam reservadas aos órgãos de soberania da República, nomeadamente as seguintes: …*

8 *1. Compete à Assembleia Legislativa: a) Vigiar pelo cumprimento no Território das regras constitucionais e estatutárias e das leis, promovendo a apreciação pelo Tribunal Constitucional da inconstitucionalidade e ilegalidade de quaisquer normas dimanadas do Governador;…*

Miranda, *Manual de Direito Constitucional* II).

«*Sendo territórios diferentes e, mais do que isso, comunidades políticas distintas (artigos 1.º e 5.º da Constituição, por um lado, e 292.º, por outro lado), distintas não podem deixar de ser as ordens jurídicas – não só por estritas considerações lógico-formais mas sobretudo por razões políticas, económicas, sociais e culturais. Há uma ordem jurídica da República Portuguesa, tendo por destinatários permanentes os cidadãos portugueses e ligada ao território nacional; e há uma ordem jurídica de Macau, tendo por destinatários permanentes os residentes em Macau e incindível desse Território*.» (Jorge Miranda, *Ordem constitucional e fiscalização da constitucionalidade em Macau*).

No que aos direitos fundamentais rege, verifica-se a inexistência, quase absoluta, de direitos fundamentais directa e expressamente sediados no EOM. Ou seja, inexistência de normas materiais sobre direitos fundamentais.

Há, contudo, algumas excepções: artigo 69.º, n.º2, direito de opção pela função pública de Macau; e artigo 16.º, n.º 1, g), 2.ª parte, o direito de recurso para o Presidente da República em caso de recusa, pelo Governador, da entrada a nacionais ou estrangeiros por motivos de interesse público ou em caso de ordenar a respectiva expulsão, de acordo com as leis, quando da sua presença resultarem graves inconvenientes de ordem interna ou internacional.

Uma referência é devida à particular situação dos portugueses, *ex vi* do artigo 14.º da CRP[9].

II

MODO DE VIGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU

Onde encontra, então, assento a vigência de uma carta de direitos fundamentais e de um regime de gozo e exercício no Território de Macau?

9 *(Portugueses no estrangeiro) Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país.*

Consabidamente, por um mecanismo de recepção expressa de parcela relevante da CRP previsto no artigo 2.º do EOM.

Delimitação do alcance desta recepção: Direitos, Liberdades e Garantias e seu regime, de forma inequívoca e inquestionável:

"... com ressalva dos princípios e no respeito dos direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República...".

Génese do preceito – a revisão de 1990 do EOM e o Parecer do Conselho de Estado, DR, I série, n.º 70.

Objectivo imediato: superar algumas dúvidas e harmonização com a Declaração Conjunta Luso Chinesa sobre a questão de Macau.

Destarte, Direitos Fundamentais, ou, ao menos, direitos, liberdades e garantias, com guarida constitucional. De novo a questão da ordem constitucional de Macau, binómio EOM/CRP.

Que direitos, liberdades e garantias? Todos. Isto é, todos aqueles DLG sediados no Título II da Parte I da CRP, artigos 24.º a 57.º.

Mas não apenas. Também os direitos de natureza análoga. Critérios, entre outros, os que revistam natureza de liberdade ou de direito de defesa (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*).

Exemplos: art. 20.º, art. 21.º, art. 22.º, art. 62.º, art. 267.º, n.º 3, art. 268.º, 4, art. 268.º, 5, art. 269.º, 2 e 3, e 280.º, 1 b) e 2 d).

Ou seja, direitos fundamentais constitucionais de natureza análoga aos DLG.

Mas também outros direitos análogos fora do textos constitucionais, por outras palavras, direitos sediados em instrumentos de direito internacional e em leis ordinárias - artigo 16.º, 1 e, para efeitos de regime, artigo 17.º, ambos da CRP.

Artigo 16.º, 1 **- Cláusula aberta ou de não tipicidade,** (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional IV*). **Cláusula aberta ou perspectiva aberta**, (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*).

Exemplos:

No direito internacional :

- direito geral de personalidade, DUDH (dificuldade porquanto o catálogo vigente consome e supera os da DUDH e do PIDCP;

- A cláusula do indivíduo mais favorecido do art. 5.º, n.º 2 dos Pactos Internacionais, PIDCP e PIDESC.

No direito ordinário interno:

- o direito geral de personalidade, art. 70.º do Código Civil,

- o amparo de direitos fundamentais, art. 17.º da LBOJ.

Direitos materialmente constitucionais.

Qual o regime de que beneficiam, ou, melhor, qual a extensão da aplicação do regime geral dos direitos fundamentais e do regime dos DLG? Em princípio todo o regime que não seja incompatível com a sua qualidade *infraconstitucional*.

As leis que estabelecem estes novos direitos como leis reforçadas em certo sentido (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Anotada*).

III

PRINCÍPIOS E REGIME DE EXERCÍCIO

Regime geral

- Princípio da Universalidade, art. 12.º da CRP

- Princípio da Igualdade, art. 13.º da CRP

- Princípio da Tutela Jurisdicional e do Acesso ao Direito, art. 20.º da CRP

- Princípio da Tutela Graciosa, Direito de petição, Provedor de Justiça/ACCCIA, direito a um procedimento justo

Responsabilidade das entidades públicas, art. 22.º da CRP

Regime material específico dos DLG

Artigos 18.º, 19.º e 20.º da CRP:

A aplicação imediata/directa - art. 18.º, n.º1, 1.ª parte.

Carácter preceptivo e não programático,

Não há carência de intermediação legislativa

A vinculação das entidades públicas - art. 18.º n.º1, 2.ª parte.

Todas: políticas, judiciais, administrativas

A vinculação das entidades privadas (eficácia horizontal) - art. 18.º, n.º1, 2ª parte.

Dever de não perturbar ou impedir o exercício de um direito

Relações de poder

A reserva de lei para a sua restrição - art. 18.º, n.º2.

Não é legítima restrição por via de regulamento ou acto administrativo

O carácter restritivo das restrições - art. 18.º, n.ºs 2 e 3.

Restrição expressamente admitida e fundada na Constituição/EOM

Para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido

Princípio da proporcionalidade - adequação

- exigibilidade (necessidade)

- proporcionalidade em sentido restrito

Respeito pelo conteúdo essencial

Leis com carácter geral e abstracto

Leis não podem ter efeito retroactivo

O carácter excepcional da suspensão - art. 19.º n.º 1 da CRP

Conjugação com o artigo 11.º, 1, d), do EOM

Declaração de estado de excepção

Princípio da proporcionalidade

Princípio da intangibilidade de certos direitos

A autotutela mediante o direito de resistência. art 21.º da CRP

Direito de resistir

Direito de repelir

Proibição do excesso

IV

MEIOS DE TUTELA

- O direito geral de acesso aos tribunais

- O direito à justiça administrativa - recurso contencioso de anulação e acções administrativas

- O recurso para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta

- Os dois amparos de direitos fundamentais

- Acesso a instâncias internacionais

- A queixa junto do CAIP

- A queixa junto do ACCCIA

- A reclamação e o recurso administrativo não contencioso

- O direito de petição

- A acção popular

- A autotutela - direito de resistência

- Outros, com vocação restrita: o habeas corpus

V

DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEI BÁSICA

A Lei Básica como lei constitucional, ou, pelo menos, como lei com valor paramétrico - nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou acto normativo da Região Administrativa Especial de Macau pode contrariar a Lei Básica, artigo 11.º - e o princípio da continuidade e manutenção como vectores cimeiros.

Uma missão ou tarefa geral de garantia expressa na futura Lei Básica: «*A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região*.», artigo 4.º.

Um catálogo de direitos fundamentais bastante alargado. Ainda que apresentando-se com normas de pouca densificação.

Um conjunto de princípios rectores expressos nesta matéria: igualdade, não discriminação, dignidade humana e reserva geral de lei em restrições a direitos fundamentais.

Detectando-se ainda reservas de lei específicas relativas a restrições: o Governo «*Não impõe restrições às actividades religiosas que não contrariem as leis da Região Administrativa Especial de Macau.*». E artigos 23.º, 28.º, 29.º, 31.º 32.º.

Todavia, algumas não consagrações expressas, ou descontinuidade ao nível formal, de alguns direitos fundamentais. Por exemplo, o direito à vida.

E algumas normas que, pela sua concreta compreensão e aplicação, poderão porventura potenciar erosão: artigo 18.º, quarto parágrafo ou o artigo 23.º.

O sentido e função da Declaração Conjunta: «*Os actuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver; as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas. A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, designadamente as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de deslocação e migração, de greve, de escolha de profissão, de investigação académica, de religião e de crença, de comunicações e o direito à propriedade privada*.» e, «*A Região Administrativa Especial*

de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau».

Os espaços vazios quanto ao regime dos direitos fundamentais, *vg*, os artigos 18.º, 19.º, 21.º da CRP.

Necessidade/conveniência de aprovação de uma lei que disponha sobre estas matérias de gozo e exercício de direitos fundamentais.

Admissibilidade de direitos fundamentais análogos sediados fora do capítulo III da Lei Básica? Sim. Veja-se, por exemplo, o artigo 6.º da Lei Básica assegurando, emblematicamente em sede de princípios gerais, o direito à propriedade privada.

Admissibilidade de direitos fundamentais sem morada na Lei Básica? Sim. Veja-se a abertura a *outros direitos e liberdades assegurados pelas leis da Região Administrativa Especial de Macau,* nos termos do artigo 41.º. Direitos e liberdades fundamentais, entenda-se. E convoque-se ainda o artigo 40.º.

E quanto ao princípio da extensão dos direitos a não residentes? Sim. «*As pessoas que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na Região Administrativa Especial de Macau, gozam, em conformidade com a lei, dos direitos e liberdades dos residentes de Macau, previstos neste capítulo.*», artigo 43.º. Em consonância com a Declaração Conjunta: «*Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau*».

Por princípio, todos gozarão dos direitos fundamentais vigentes na RAEM, particularmente inscritos naquele catálogo salvo se tal for excepcionado. Por exemplo, «*Os residentes permanentes da Região Administrativa Especial de Macau têm o direito de eleger e de ser eleitos*», artigo 26.º. A lei ordinária deverá afeiçoar-se a este comando ou ser correctivamente aplicada, por exemplo, o artigo 1.º da Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio, Direito de Reunião e de Manifestação. A «*conformidade com a lei*» do preceito constitucional vocaciona-se para as condições gerais de exercício – por exemplo, restrições espaciais e temporais -, e não para a delimitação redutora dos destinatários dos direitos. Pelo contrário.

As pessoas colectivas são titulares de direitos fundamentais? Ainda que inexista preceito similar ao do artigo 12.º, n.º 2 da CRP? Sim.

Veja-se, por exemplo, o artigo 103.º da Lei Básica: «*A Região Administrativa Especial de Macau protege, em conformidade com a lei, o direito das pessoas singulares e colectivas à aquisição, uso, disposição e sucessão por herança da propriedade e o direito à sua compensação em caso de expropriação legal*.» e, «*O direito à propriedade de empresas e os investimentos provenientes de fora da Região são protegidos por lei*.». Ou o artigo 128.º, «*De acordo com o princípio da liberdade de crença religiosa, o Governo da Região Administrativa Especial de Macau não interfere nos assuntos internos das organizações religiosas, nem na manutenção e no desenvolvimento de relações das organizações religiosas e dos crentes com as organizações religiosas e os crentes de fora da Região de Macau*» e, «*As organizações religiosas gozam, nos termos da lei, do direito de adquirir, usar, dispor e herdar património…*».

O artigo 40.º da Lei Básica. A recepção dos Pactos Internacionais – PIDCP e PIDESC - e seu efeito no regime de exercício dos direitos fundamentais. «*Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo.*».

Aplicabilidade directa das normas da Lei Básica sobre direitos fundamentais? Ainda que inexista preceito similar ao do artigo 18.º, n.º 1 da CRP? Sim. Qual o valor jurídico e a densidade das normas e princípios de natureza constitucional?

A terminar:

Gomes Canotilho, *Direito, Direitos, Tribunal, Tribunais*:

" *1. A Constituição é uma lei fundamental hierarquicamente superior, vinculante de todos os poderes públicos; 2. as normas e princípios constitucionais constituem direito directamente aplicável; 3. a Constituição vale como lei, podendo e devendo ser aplicada como tal nos casos concretos...*

(...) são os pressupostos ineliminàveis *de qualquer Estado constitucional democrático de direito...*".

“PERMANENT” FUNDAMENTAL RIGHTS IN A LEGAL SYSTEM IN TRANSITION

THE CASE OF MACAU

"PERMANENT" FUNDAMENTAL RIGHTS IN A LEGAL SYSTEM IN TRANSITION - THE CASE OF MACAU*

I

INTRODUCTION

Macau is undergoing a transitional period from a **territory under Portuguese administration to** the People's Republic of China resumption of full sovereignty as **a Special Administrative Region -** on 20 of December 1999 **-** in accordance to the "Joint Declaration of the Portuguese Republic and the People's Republic of China on the Question of Macau", signed in Beijing in 1987.

This international treaty **-** named "Joint Declaration" **-** is deposited at the United Nations and lays down the fundamentals of this international transfer process (with implications in fields like the legal system, public administration, exercise of sovereignty powers, political structure, judiciary and fundamental rights, among others).

With the Joint Declaration it was initialised a transition period a tool of the process of the international transfer. A first *subperiod* will reach its end at 19 December 1999. After that date a second phase of the transition period will start and it'll last for 50 years; for this period the PRC undertakes to uphold a set of various binding principles, policies and provisions that are included in the Joint Declaration.

Presiding to this self limitation on sovereignty is the "one country, two systems" fundamental strategy for the reunification of China.

* Texto preparado originalmente para a, *The 16th Biennial Lawasia Conference, Collection of Papers, S 15 - 3, 1999, Seoul* e aí publicado e disponível em East & Southeast Asia: An Annotated Directory of Internet Resources, University of Redlands, CA, US.

The PRC will establish a Special Administrative Region that will enjoy a high degree of autonomy and (will) enact a Basic Law that stipulates the basic policies stated in the Joint Declaration.

Any discussion of Macau's legal system during the transition - like the one focusing on fundamental rights - must, however, be preceded by a delineation of some of the ideas shaping the subject.

There is an overriding need to specify what is mean by 'transition', or 'transition period'.

This is one of the concepts which, together with the continuity principle, is necessary for gaining an overall understanding of the issue in hand.

In fact we will try to discuss the issue of fundamental rights in Macau on a *global* or integrated perspective, rather than a single/isolated approach. So we will try to understand the status of fundamental rights within the Macau transition and not specifically to present an overview or detailed view of the fundamental rights that are granted, less to discuss the technicalities of a given legal regime of a certain fundamental right.

II

The Transition Period

There has not always been a single, clear, interpretation of the concept of transition or transition period. In fact, in its simplest, most basic construction, it has been suggested that the transition period began when the Sino-Portuguese Joint Declaration came into effect in January 1988 and will end on 19 December 1999.

In other words, the transition period will last for the same extended period of time as the transfer of sovereignty over Macau from the Portuguese Republic to the People's Republic of China. Linked to this opinion is a lack of conviction as to the efficacy, or even validity, of the Sino-Portuguese Joint Declaration.

This restrictive interpretation culminates by proposing that the Sino-Portuguese

Joint Declaration will cease to have effect on 19 December 1999. On the following day, as the transition period will have come to a close, it will no longer make sense to invoke the international legal document which created and regulated that same transition period. Effectively, if it is accepted that the Sino-Portuguese Joint Declaration is what legitimises the transition period, then it must also be true that once this period comes to an end, the Sino-Portuguese Joint Declaration will no longer have any purpose.

This view is based on an isolated, hermetic interpretation of Point 3 of the Sino-Portuguese Joint Declaration, which does not take into account the remaining text of the treaty.

In support of this approach, comparisons could be made with the Joint Liaison Group. Although it will last past 20 December 1999, it will only operate until 1 January 2001. Once again, Macau is following the path of Hong Kong, the basic difference being that Macau's Joint Liaison Group will have around two weeks - barely enough time to tidy away the files - while their counterparts in Hong Kong have around two and a half years' of work. This theory does not, however, follow the letter and the spirit of the Sino-Portuguese Joint Declaration. In fact, transition period must be understood as meaning the entire time for which the contracting parties, Portugal and the People's Republic of China, will be bound by the international treaty they decided to sign.

The Sino-Portuguese Joint Declaration constitutes, without question, a limitation on the exercise of sovereignty over the enclave. It is, however, a limitation freely created and desired by the two sovereign states in the normal exercise of their international legal powers.

There are two reasons why the existence of this limitation on China's full exercise of sovereignty cannot be used as a basis for arguing that the Sino-Portuguese Joint Declaration will cease to be effective. Firstly, this is a limitation which already affects the Portuguese Republic, and secondly it was freely agreed by both contracting parties. They are thus self-imposed limitations translated into convention.

The framework of the Sino-Portuguese Joint Declaration varies; it fluctuates in rigour depending on the situation in which it is applied and to whom it is being addressed. In other words, the ways in which it can be applied are variable.

Effectively, then, the obligations created by the Sino-Portuguese Joint Declaration

vary according to whether they deal with Portugal or China.

First and foremost is the obligation to transfer the exercise of sovereignty over Macau from Portugal to China. Other obligations arise as a result of this.

Consequently there is a wide range of obligations, as provided for in the various sections of point 2: *"The Government of the People's Republic of China declares that… the People's Republic of China will pursue the following basic policies regarding Macau*:". There follows a list of eleven important "policies" which will define the future Macau Special Administrative Region. The list closes with a twelfth which, while reiterating what is stipulated in the text of Article 2, stresses that "*The above-mentioned basic policies… will be stipulated in a Basic Law… and they will remain unchanged for fifty years".*

In addition to the obligations binding the People's Republic of China and those binding Portugal, there are still others which are directed simultaneously towards both parties, such as the creation of a Joint Liaison Group *ex vi* Article 4 and Annex II, point 1.

One of Portugal's obligations consists of promoting economic development and preserving Macau's social stability.

Now that the obligations enshrined in the Sino-Portuguese Joint Declaration have been identified - albeit not exhaustively - it is immediately apparent that they are not directed uniformly to both parties, nor are they to be fulfilled within a uniform period of time. Nor does this period expire with the transfer of the exercise of sovereignty. In fact, the obligations of the People's Republic of China and, indirectly those of the Macau Special Administrative Region, last throughout the fifty years following the resumption of [China's] sovereignty over Macau.

This is a second transition period, or *subperiod*.

As such, in addition to the period which has already been described, and which is possibly easier to grasp, the Sino-Portuguese Joint Declaration effectively indicates another, longer, period under the terms explained.

In conclusion, it can be said that the Sino-Portuguese Joint Declaration enshrines a transition period stretching from its implementation to the last day of the fifty years following China's resumption of sovereignty over Macau. This period can be divided into a further two periods, the first lasting until 19 December 1999 and the second beginning on

20 December of the same year and lasting for fifty years.

It is important to remember that the validity and efficacy of this international treaty do not expire on 20 December 1999. On the contrary, a new period will commence marked by a shift in the principal holder of power from Portugal to the People's Republic of China.

The Sino-Portuguese Joint Declaration will remain a prominent source of law for the Macau Special Administrative Region. Its norms, characterised as "policies" embodying China's post-99 obligations, may genuinely constitute "material limits" on the legislative power responsible for drafting (and amending) the Basic Law.

Thus, Gomes Canotilho sees the Sino-Portuguese Joint Declaration as playing a role in **guaranteeing**, **directing**, **stimulating** and **interpreting** the future Macau Special Administrative Region.

III

THE CONTINUITY PRINCIPLE

A paramount principle is the one of the continuity/maintenance of the present social and economic systems and the laws currently in force will remain basically unchanged.

Article 2, No 4, of the Sino-Portuguese Joint Declaration stipulates that **all the laws in force at the time of transition will remain in force and basically unchanged**.

This principle is reinforced in Annex 1, III, of the Joint Declaration, which states that following the establishment of the Macau Special Administrative Region the laws, decree-laws, administrative regulations and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained unless they contravene the Basic Law or are subject to any amendment by the Macau Special Administrative Region legislative body. An *identical* provision can be found in article 8 of the Macau Basic Law.

The basic idea is to maintain the *way of life* of its population unchanged. This is intrinsically connected to the existing social system as well as to the system that guarantees the fundamental rights of its residents.

All fundamental rights and freedoms will be ensured as assures the Joint Declaration.

Also in this aspect, we find that the continuity principle is the guideline that one should and must follow, if one wants to abide by the "rule of law"; hence, the idea of "permanent" fundamental rights in spite of the transition of the legal system.

One can try to define this apparently paradoxical relation - transition *versus* continuity - as some kind of formula (a political and diplomatic one) created to assure some balance between the (full) resumption of sovereignty by a sovereign State and the respect of the history, culture (including the legal one) and specific identity of Macau. And more, it also helps to *irradiate* a vote of confidence to the future by respecting the past.

So, if its true that we are going to face a transition situation in Macau, it is also true that the transition will not eliminate what exists before December 1999, but, on the contrary it will - in a given way - maintain it, or continue it.

In accordance with this continuity principle, fundamental rights in Macau, together with its general regime will, or are supposed to, continue; fundamental rights will thus be "permanent" in spite of the legal transition. They will survive the political and legal transition in Macau, if the Joint Declaration and the Basic Law are duly observed.

IV

FUNDAMENTAL RIGHTS IN A TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION

Macau's political status, structure and public law guidelines are defined, since 1976, by (parts of) the Portuguese Constitution and a special constitutional law: the Macau Organic Statute.

The Organic Statute in itself does not comprise any kind of Bill of Rights or any chapter on Fundamental Rights. However, through article 2 of the Organic Statute, the "Rights, freedoms and guarantees" system of the Portuguese Constitution is applicable to Macau. These constitutional rights enjoy direct applicability (self executing) and are subject to a very special legal regime and status.

The Portuguese Constitution provides a wide and rich catalogue of fundamental rights, like rights and freedoms of association, of religion and belief, of demonstration, of strike, of unions, of petition, several criminal procedures guarantees, of personal integrity and the right to life. Besides the definition of the rights, the Constitution establishes also a machinery envisaged to fully apply and guaranty the fundamental rights, specially a type of those rights.

In fact, the Portuguese Constitution, by a group of articles - 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, among others -, provides a thorough and comprehensive regime. This regime is, as seen, applicable to Macau.

For example, article 18 - juridical force/legal enforcement - states that the constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees are directly applicable to, and binding on, both public and private bodies; those rights may be restricted by law (hence not by an administrative regulation) only in those cases expressly provided for in the Constitution and restrictions shall be limited to the extent necessary to safeguard other rights and constitutionally protected interests and laws restricting these rights shall be general and abstract in character, cannot have retroactive effect nor limit, in extent or scope the essential content of the constitutional provisions.

Article 19 provides, namely, that it's not possible to suspend the exercise of those rights, except where a state of siege or a state of emergency has been properly declared; the proportionality principle must be applied and, in any case should not be possible to suspend the exercise of, among others, the rights to life, personal integrity, defence of accused persons, freedom of conscience and religion.

Article 20 provides, in its number 5 that "*To defend the personal rights, freedoms and guarantees, the law assures to citizens judicial procedures characterised by celerity and priority, in order to obtain an effective and in useful (due) time protection against threats or violations of those rights*."

One must refer that, in accordance with the Portuguese and Macanese system, fundamental rights are divided into two major categories - rights, freedoms and guarantees, on one side, and economic, social and culture rights, on the other side inserted in a specific Title. The first group is the strongest one, both in scope, extension and remedies available.

However, some of the economic, social and culture rights can be, and in fact are,

considered to be of an analogous nature to the other group, in accordance with article 17 that states that the general system of rights, freedoms and guarantees comprise those set out in Title II (of the Constitution) and fundamental rights of an analogous nature. Furthermore, article 16 provides that the fundamental rights contained in the Constitution do not exclude any other fundamental rights provided for in the laws or resulting from applicable rules of international law.

This system of rights, freedoms and guarantees - a certain *reinforced* type of fundamental rights - established in the Portuguese Constitution is a very broad and dense one; thus the Macau residents enjoy a wide range of fundamental rights. As a reference, it is commonly said that the scope of the fundamental rights enshrined in the Portuguese Constitution is broader than the one established in the European Convention on Human Rights.

Besides the constitutional front-line - which tops the system - there are other sources of fundamental rights: International Treaties and Legislation.

To name some of the International Treaties, we can bring in here, besides the Joint Declaration, the International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, applicable with 3 reservations, as well as (recently) some ILO conventions are enforced and some on Discrimination or Child Protection.

One must stress that the system of relations of the Domestic Law with the International Law, Macau follows a monism system and a limited primacy of the international law - limited in the sense that it does not have primacy over constitutional norms but, on the other hand, it enjoys it over any norm of any other source like legislation and administrative regulations.

So, International rules cannot override constitutional norms and cannot be overridden by legislation or administrative regulations.

In the Macau legal system, legislation (laws and decree-laws) usually just regulate and specify in detail the constitutional fundamental rights. The importance of enacting legislation for the certainty of the citizens rights and their respect by the public entities are, naturally, undeniable. In fact, even with the existing constitutional framework one may still find *grey zones* or some obscurity that may enable, or make it easier to happen, the violation of fundamental rights, in spite of the direct applicability of the constitutional fundamental rights.

Sometimes, legislation itself establishes *ex novo* fundamental rights. One example

that marks the recent Macau legal history is the creation by law of the *amparo* appeal (Germanic *verfassungbeshewerde*, Hispanic *recurso de amparo*).

Several fundamental rights are regulated in Codes, such as Criminal Code, Criminal Procedure Code, Civil Code and Administrative Proceedings Code. But some fundamental rights are also created *ex novo* by some of this codes, like the case of some rules that are inserted in the Civil Code.

However, one must point that one can find lack of regulation of some other fundamental rights, namely labour rights - unions, strike - and access to information, to name some; also the case of *amparo*.

The *amparo* was created by a Portuguese Law in 1991. It must be noticed that at that time no Idea of *amparo* existed in Portugal. The evolution of it, however, has not been under a unitary path. Sometimes it is well regarded, sometimes is abandoned alone to its fate. *Amparo* has been surviving in ambiguity. The lack of regulation endangers the survival or continuity of this fundamental right remedy and fundamental right in itself.

The constitutional rights may be restricted by law only in those cases expressly provided for in the Constitution and restrictions must be limited to what is necessary to safeguard other rights or interests protected by the Constitution. The restrictions cannot be of such a length that invalidates the practical significance of the fundamental right to be restricted - shall not limit in extent and scope the essential content of the right.

Moving to the general regime of the *upgraded* fundamental rights, one should stress that laws restricting the fundamental constitutional rights shall be general and shall not have retroactive effects.

Fundamental rights considered to be analogous to the rights, freedoms and guarantees will benefit of the above framework even if they are established only in legislation as, for example, the right to amparo appeal.

In general, several remedies are available to the persons whose fundamental rights have been violated, depending on the given right and given violation:

- *normal* judicial review in the ordinary courts;

- an administrative complaint;

- appeal for an administrative review;

- appeal for a judicial review of administrative action;

- appeal to the Constitutional Court from an individual case under litigation;

- amparo.

Besides these judicial remedies, Macau legal system grants also the possibilities of:

- lodging a complain with the Public Information and Assistance Centre;

- a complaint lodged with the High Commission Against Corruption and Administrative Illegality (operating as something like the classic Ombudsman).

V
FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE (FUTURE) SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION OF THE PRC

The Joint Declaration expressly guarantees a catalogue of fundamental rights to continue to be enforced in the SAR. Those rights were imported to the Basic Law.

The Macau Basic Law establishes a catalogue of fundamental rights of a significant extent. In fact, most of the rights that are today constitutionally granted or anchored are also present in the future principal constitutional law of Macau. *Speaking in terms of mere listings*, it is possible to confirm that almost all rights in the constitutional catalogue are reproduced in the Basic Law.

The Basic Law respected, in many ways, the existing catalogue.

However, some of the fundamental rights are not specially guaranteed/established in this constitutional law: the most important absence is the right to life; but also the guarantees in the administrative procedure and administrative judicial appeals, among others.

But the fragilities are wider. Albeit being established in the Basic Law, some of the rights are *just* enumerated and not given in a dense way. They are, sometimes, *merely* established.

For example, in the case of the freedom of religion we can find that:

The Portuguese Constitution establishes:

"Article 41

(Freedom of conscience, religion and worship)

1. The freedom of conscience, religion and worship is inviolable.

2. No one shall be persecuted or deprived of rights or exempted from civil responsibilities or duties by reason of his or her convictions or religious observance.

3. No one shall be questioned by any authority about his or her convictions or religious practice, except for the purpose of gathering statistical information that does not identify individuals, nor shall anyone be prejudiced for his refusal to reply.

4. Churches and religious communities are independent of the State and are free to determine their own organization and to perform their own ceremonies and worship.

5. Freedom within a denomination to teach its religion and to use its own media for providing public information about its activities its guaranteed.

6. …"

The Macau Basic Law states:

"Article 34

Macau residents shall have freedom of conscience.

Macau residents shall have freedom of religious belief and freedom to preach and to conduct and participate in religious activities in public."

More examples could be called in here, like the paradigmatic case of article 27 of the Basic Law:

"Macau residents shall have freedom of speech, of the press and of publication; freedom of association, of assembly, of procession and of demonstration; and the right and freedom to form and join trade unions, and to strike."

The *equivalent* rights are, in the Portuguese Constitution settled by, and in, articles

37, 38, 46, 45, 55, 56, 57, among others, that are connected to or develop aspects of those fundamental rights. It would be to *boring* to reproduce all those constitutional precepts in this paper. Anyway, these examples seem to be enough to substantiate our conclusion on the different density levels of both constitutional laws.

It does not assure the rules of exercise the fundamental rights, namely those of the limitations to their restrictions, that we've seen before. So, one may ask how will the situation be dealt. It's a very important issue, since through this avenue it may be very easy to reduce or substantially limit fundamental rights that are expressly provided in a given legislation. Furthermore, one may pose the possibility of a law such as one dealing with "security issues" or "internal affairs" or similar areas that can bring effective and important restrictions to fundamental rights.

Another grey zone is the possibility (or not) of remaining analogous fundamental rights, namely stipulated in other Basic Law provisions out of Chapter III dedicated to fundamental rights. For instance, can the rules inserted in article 128 - about religious organisations - be considered rules about fundamental rights? Do they create, or extend the scope of, fundamental rights?

Moving to other topic we can find that the Basic Law, in article 40, expressly refers to the provisions of the International Covenants on Human Rights - International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as well as to the International Labour Conventions (ILO, presumably) - as remaining in force and its implementation through specific laws of the Macao Special Administrative Region.

It also states that restrictions can only be prescribed by law and these restrictions may not exceed the applicable provisions of the Covenants. But, is this assurance or guarantee enough?

In my opinion, it's something but far from enough. In fact, one knows the Covenants and seldom they provide general rules on the exercise of fundamental rights. Besides, they are intended to provide the minimum standard, thus if Macau is located in a higher level - as it is now - it could even produce indirectly a downgrade of Macau's fundamental rights system. To prevent this kind of perils, both Covenants provide in article 5 a special provision granting that the Covenants shall not be use in order to impose more restrictions to fundamental rights if they did not exist in the domestic legislation - the "more favourable status" clause.

One more point of concern is the idea sustained by some - and in the very truth, if not imposed, at least allowed by article 40 - that the provisions of the Covenants will only be applied after being incorporated by domestic legislation. If this is considered to be correct, one find one more example of *noncontinuity* rather than the observance of the continuity principle.

A very important issue and not yet answered is the question brought by the fact that the Basic Law does not affirm it's own direct and immediate applicability - so, can the rights establish in it be directly invoked by a citizen? Even in the absence of legislation regulating the violated right? The answer seems to be negative in the light of a isolated interpretation of the Basic Law provisions (other interpretations seem to be possible). Once again, if that idea is correct, the continuity principle was *thrown to the basket of forgetting*.

Will international human rights rules maintain their primacy over domestic legislation? Namely the International Covenants? Some other question that are relevant to our issue and that are not immediately, directly and undoubtedly answered by the supreme law of Macau SAR. If one follows the continuity principle International rules will have primacy; however, it seems possible to defend the thesis of a necessary incorporation of international rules and thus moving to a dualism system…

Recently, the new Civil Code refers to the issue reclaiming the primacy of international Law. One should read in this not a mere private law rule but a general principle of Macau Law.

Will P. R. China report to the Geneva Committee in the scope of the International Covenants? It's very difficult to answer, and the fact that PRC is progressively acceding to the International Covenants does not guarantee anything.

VI

SOME POSSIBLE CONCLUDING REMARKS

In the light of the prior considerations and questions one may say that the legislation that regulates the fundamental rights will have an even more important role in the effectiveness of these rights.

In accordance with a non textual (and non juridical) based interpretation, P. R. China claims that only the legislation enacted by the local bodies will benefit of the continuity principle established in the Joint Declaration.

Hence, since some of the fundamental rights are regulated by legislation enacted in Portugal and extended to Macau, there is a practical need of local enactment of new acts what, to a certain extent, it has been done.

Since the Portuguese Constitution will cease its applicability, it's desirable that local legislation fill the gaps then originated, namely in what concerns to the rules of the limitations to the restrictions to the exercise of the fundamental rights, even though if this legislation does not enjoy primacy over future one.

These laws and decree-laws should be of effective essence. They should not be just carrying the brand of regulation and guarantee of fundamental rights, operating like a *windowshelf* effect. They must be *real* laws governing fundamental rights and inserting guarantees and remedies.

A disrespect of fundamental rights in absence of law is less difficult than one with an existing and applicable law.

The enactment of a narrow and *limitative* legislation on fundamental rights is easier if there is no need to revoke a pre-existing law, specially if this one is a *generous* one.

The remedies available should be maintained and dully regulated.

The fundamental rights should be the object of publicity campaigns. The citizens should know better their rights and be informed of its extent.

The respect of the fundamental rights in the SAR, or at least some of them, are imposed by international law in two senses: trough the Joint Declaration and trough the system of the International Covenants.

Human rights are not to be just an internal matter of the SAR. P R China gave its international agreement - the Joint Declaration and, indirectly, the International Covenants on Human Rights.

One should face this issue, this task, neither as a full optimistic, neither as an absolute pessimistic approach. There are things to be done, some wont probably be done, but some goals may still be achieved.

O AMPARO *MACAENSE* DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

***VIS*-À-*VIS* AS DECISÕES JUDICIAIS**

O AMPARO MACAENSE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS *VIS-À-VIS* AS DECISÕES JUDICIAIS*

Paulo Cardinal

SUMÁRIO. **I**. O instituto do amparo de direitos fundamentais - considerações preliminares. **II.** Introdução do instituto do amparo na ordem jurídica de Macau. **III.** Natureza - garantia adjectiva mas também direito fundamental *em si mesmo*. **IV.** Objecto e âmbito de protecção. **V.** A pretensão. **VI.** Recurso/acção. **VII.** Exaustão dos meios ordinários prévios. **VIII.** Legitimidade. **IX.** Conteúdo e efeitos das decisões de amparo. **X.** Recurso de amparo *versus* recurso de constitucionalidade - (de novo) objecto e natureza - . **XI.** Tramitação processual do amparo de decisões judiciais. **XII.** Recurso de amparo de decisões de secções do TSJ. **XIII.** Recurso de constitucionalidade e recurso de amparo de uma mesma decisão judicial. **XIV.** Em jeito de anotação de jurisprudência. **XV.** (Ensaio de algumas) Conclusões.

I
O INSTITUTO DO AMPARO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No decurso do corrente ano de 1999, o instituto do amparo, *rectius*, do amparo contra decisões judiciais (alegadamente) violadoras de direitos fundamentais[1], conheceu, um tanto

* Publicado originalmente na Revista Jurídica de Macau, número especial de 1999 da Revista Jurídica de Macau, subordinada ao tema O direito de amparo em Macau e em Direito Comparado (organização Paulo Cardinal), Dezembro de 1999.

1 Entramos aqui no domínio sensível de saber se alguém, e quem, controla aquele que deve controlar ou, se

ou quanto inesperadamente, um protagonismo forense e judiciário até então inusitado. Com efeito, vários processos de amparo foram apresentados perante os tribunais locais, várias interpretações surgiram, várias peças processuais se produziram, com natural destaque para a prolação de acórdãos do mais alto tribunal de Macau - o Tribunal Superior de Justiça (TSJ).

Como, igualmente, várias questões foram formuladas, várias das quais não receberam resposta unívoca, nem, muitas das vezes, foram acolhidas *pacificamente*. Gerou-se, pois, um amplo e estimulante debate jurídico, envolvendo meios forenses, judiciários e académicos, entre outros mais, sobre um instituto[2] e suas dimensões, inabitual por estas bandas *extremo-orientais*. Deveras participado, o fórum gerado teve como consequência incontestável - entre outras - a dinamização, ou por que não dizê-lo, o ressuscitar (pelo menos, o reanimar) de tão emblemática e internacionalmente querida figura jurídica[3].

preferirmos, do paradoxo de um dúplice *papel* dos tribunais: garante e violador de direitos fundamentais, tema por nós abordado em *The Judiciary and Fundamental Rights - A Dual role: Guarantor and Breacher*, revista Direito e Cidadania, nº 7, 1999, págs. 83 - 99.

2 *Intuímos* a natureza de **instituto jurídico** do amparo macaense, sem contudo, nos termos dedicado a uma análise dogmática determinativa dessa qualidade instituto. Ademais, se o instituto jurídico é "*um conjunto concatenado de normas e princípios que permite a formação típica de modelos de decisão*", conforme noção avançada por MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral do Direito Civil, 1º vol., 2ª ed., AAFDL, 1989, pág. 294 (veja-se ainda, para maiores desenvolvimentos, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., págs. 12-14 e 502-503), então cabe perguntar como é que se pode assim etiquetar o amparo macaense quando é merecedor apenas de um único artigo em forma de lei? Não será esta uma ambição desmedida? Estamos em crer que não. Ou seja, encontramos no artigo 17º da LBOJM várias normas aí expostas, nomeadamente normas de atribuição de competências (plenário TSJ/tribunais de jurisdição administrativa); delimitação de decisões judiciais atacáveis (apenas de tribunais sediados em Macau); alargamento do âmbito do amparo administrativo às vias de facto; delimitação, ainda que *aberta*, dos direitos fundamentais amparáveis (os garantidos pelo EOM); definição de algumas normas de rito processual (recurso directo e restrito à questão da violação). Mas, para além destas podemos ainda acrescentar outras normas, estas reveladas pelo TSJ -independentemente de as acolhermos - como a aplicação do *processo matriz* apelação; o não cabimento de recurso de amparo de decisões do TSJ; a necessidade de exaustão dos recursos ordinários; o não cabimento da apreciação da conformidade constitucional da decisão judicial em si mesma. Verificamos, pois, que há mais normas de amparo do que, *prima facie*, se poderia supor. No que respeita aos princípios, pensamos que também vários se podem afirmar, *vg*, o da mais ampla protecção de direitos fundamentais ou de uma tutela jurisdicional efectiva; o da dupla e simultânea natureza, ou seja, direito fundamental e (para além de) garantia adjectiva, com os corolários daí decorrentes, como os da aplicabilidade directa; ousamos trazer aqui um *princípio da "simbologia" imanente*, no sentido de este meio de tutela ter sido crismado com a mais emblemática designação possível - amparo - diferentemente do que tem ocorrido com a generalidade das diversas tentativas de introdução em Portugal destes meios de tutela. O mero somatório destas normas e destes princípios não seria suficiente para a qualificação como instituto, todavia, se àqueles acrescentarmos qualidades sistemáticas internas (MENEZES CORDEIRO, ob. e loc. *cit.*), nomeadamente a sua inserção no sistema dos direitos fundamentais, por sua vez componente do sistema maior do Estado de Direito; a funcionalidade ínsita ao amparo; mais o intuito de reforçar no território o painel de remédios a legar à RAEM, estaremos em condições, tentativamente, de atribuir ao amparo macaense a *graduação* de instituto jurídico. Esta questão, para além de um interesse dogmático, tem um outro porventura mais palpável, para além da própria consolidação do amparo macaense, qual seja a da sua influência na determinação da continuidade do amparo para e na RAEM.

3 Foi o responsável por estas linhas também chamado a participar naquele debate, porventura na sua qualidade de autor de um dos dois únicos artigos publicados sobre o amparo macaense, por via de resposta, em texto ao jeito de Parecer, de um conjunto de pertinentes questões O texto então elaborado - Março de 1999 - serve, pois, assumidamente,

Perante as questões então, e ainda hoje, levantadas e eivadas de dúvidas interpretativas, é mister tecer algumas considerações preliminares e introdutórias sobre este meio de garantia de direitos fundamentais introduzido no ordenamento jurídico de Macau por intermédio da Lei de Bases de Organização Judiciária de Macau - Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto, doravante denominada LBOJM.

O artigo 17.º da LBOJM instituiu, sob a epígrafe "Recurso de amparo", o seguinte:

"1. De decisão proferida por tribunal sediado no Território pode sempre recorrer-se para o plenário do Tribunal Superior de Justiça, com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo o recurso directo e restrito à questão da violação.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, há recurso para os tribunais de jurisdição administrativa de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau.".

Para o tema do presente artigo apenas releva o primeiro tipo de recurso, pelo que nos cingiremos, mesmo nesta sede de caracterização geral, ao que for comum a ambos os tipos de *remédios* e, naturalmente, ao que for exclusivo do amparo de decisões judiciais.[4]

O amparo de direitos fundamentais, (e outros que se lhe assemelham no objecto e na finalidade prosseguida, como a *verfassungsbeschwerde* germânica, a acção de tutela co-

de base fundamental às reflexões que agora se publicam. As perguntas colocadas levantavam questões como as de se pretender saber se o instituto do "recurso de amparo", previsto no nº 1 do artigo 17º da Lei de Bases de Organização Judiciária de Macau, é um recurso de fiscalização de constitucionalidade de normas ou um recurso de decisões judiciais individuais violadoras de direitos fundamentais. Se têm aqueles recursos o mesmo objecto. Ainda se, a fim de interpor recurso de amparo contra decisões judiciais há necessidade de prévia exaustão dos recursos ordinários. Ou qual, na falta de normas processuais próprias, a tramitação processual a aplicar ao recurso de amparo de decisões judiciais. Se é possível interpor-se recurso de amparo de decisões de uma secção do Tribunal Superior de Justiça. Também se, cabendo de uma mesma decisão recurso para o Tribunal Constitucional e recurso de amparo (para o plenário do TSJ), pode o recorrente optar por este último. Enfim, como se depreende, um vasto e complexo conjunto de problemas que derivam, tão só, ou quase tão somente, da inexistência de regulamentação do instituto do amparo.

4 Sobre esta matéria é essencial o estudo de J.J. GOMES CANOTILHO, *As Palavras e os Homens-Reflexões sobre a Declaração Conjunta e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, BFD, 70 (1994), págs. 107-131 (igualmente publicado na revista local O Direito). Sobre o mesmo assunto, veja-se ainda o nosso estudo *O Amparo de Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Ordenamento Jurídico de Macau,* Revista Jurídica de Macau, Vol. III, nº 1, 1996, págs. 51-92.

lombiana e o mandado de segurança brasileiro[5]) vulgarmente referenciado como "recurso de amparo" (mas também como "*juicio de amparo*" e "*acção de amparo*"), é um instituto profusamente difundido como o demonstra qualquer percurso que se empreenda pelos caminhos do direito comparado.[6]

Constitui uma modalidade de protecção jurisdicional de direitos fundamentais ou, em outra perspectiva, como regista GOMES CANOTILHO, uma das componentes da justiça constitucional no sentido de "*jurisdição da liberdade*".[7]

Em outras palavras, estas reportadas ao amparo da LBOJM (precisamente à modalidade prevista no n.º 1 do artigo 17.º), está-se perante um meio *"destinado a sindicar a conformidade da decisão judicial com o «bloco dos direitos fundamentais»*", encarando-se, então, o plenário do TSJ como o "*Supremo Tribunal da Fidelidade Estatutária*."[8].

A sua concretização[9] opera-se com a dinâmica jurisprudencial, a qual, mediante uma jurisprudência ou mais, ou menos, *amiga* dos direitos fundamentais, mais formalista[10] ou mais flexível, de um cariz *generoso*, ou não, acaba por, em larga medida, dar o recorte final da factual dimensão e importância do amparo enquanto meio (excelso) de tutela de direi-

5 Este "*interessantíssimo instituto*", nas palavras de MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, , 1996, pág. 434, constitui uma acção pela qual o *"impetrante pede amparo de um direito*", resume "*a tradição portuguesa, a tradição da concepção brasileira do habeas corpus e a variedade dos writs anglo-saxônios*", *idem*, pág. 442. Este autor prossegue a defesa da lusa origem - mesmo que parcelar - deste remédio, afirmando que, não obstante ausência de referências, tinha profundas raízes na tradição portuguesa, estando consagrado desde as *Ordenações do Reino de Portugal*, e também nas *Ordenações Filipinas* (vigentes no Brasil até um passado relativamente recente quando comparado com o caso português) o instituto de segurança, concedido através de mandado, págs. 434-435. A ser assim, e constituindo este instituto brasileiro uma ideia de amparo, parece legítimo afirmarmos que, de algum modo, o sistema jurídico português abandonou um caminho só retomado para Macau…

6 Veja-se, entre outros, FERNANDO ALVES CORREIA, *Relatório Geral da Conferência da Justiça Constitucional da Ibero--América, Portugal e Espanha*, subordinada ao tema "Os órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado, Documentação e Direito Comparado, nºs 71/72, 1997, págs. 41-121, em especial págs. 101 a 115 (e, bem assim, os diversos relatórios nacionais aí publicados); ALLAN BREWER-CARÍAS, *El Amparo a los Derechos y Libertades Constitucionales (una aproximación comparativa)*, "La Proteccion Juridica del Ciudadano - Estudios en Homenaje al Professor Jesus Gonzalez Perez", Tomo III, Civitas, 1993, págs. 2696-2748; o nosso *O Amparo …cit*., págs. 54 a 68.

7 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* , Almedina, Coimbra, 1998, pág. 788.

8 Acórdão do Tribunal Superior de Justiça, Recurso nº 944-A (questão prévia), pág. 8.

9 De responsabilidade e alcance acrescidos pela ausência de legislação regulamentadora.

10 Afirma LORENZO MARTÍN-RETORTILLO que a actuação do Tribunal Constitucional espanhol se tem caracterizado por um "*antiformalismo conscientemente asumido en su deseo de llegar al fondo de los asuntos y de pasar así, sin trabas, a administrar justicia*.", *Antiformalismo y Enjuiciamiento efectivo en el Sistema de Justicia Constitucional*, Revista de Derecho Político, nº 17, pág. 198.

tos fundamentais[11]. Tanto mais assim é, quanto, como já se referiu, o legislador pouco mais ajudou nesta tarefa, para além de ter instituído o amparo na ordem jurídica local.

Como exemplos conhecidos de Altos Tribunais que, por intermédio da sua acção, densificaram e sedimentaram o carácter do amparo como meio dilecto de protecção da subjectiva esfera jurídica *fundamental* dos cidadãos perante os diversos poderes públicos, conferindo-lhe generosa amplitude, rememore-se apenas os casos dos tribunais constitucionais espanhol, alemão e venezuelano.

Atentos o seu percurso histórico e o seu desempenho ao longo de já muitas décadas, tem recebido elogiosas etiquetas como a da *"magia"*[12] associada ao seu nome, do fascínio muito forte que exerce[13], ou como uma das *"orientações em direito* (que) *gozam de uma reputação de eficácia que está na origem da sua generalização*"[14].

A sua origem histórica está referenciada ao direito mexicano, ou, para alguns, ao direito espanhol, nomeadamente colonial[15], sendo segura uma íntima ligação, nomeadamente no seu processo de formação, com outro meio de tutela de direitos fundamentais, o *habeas corpus*. Por exemplo, no Brasil, o *habeas corpus*, entre as décadas de 90 do século passado e de 20 do corrente, funcionou como mecanismo de defesa de direitos tão distintos como o de reunião e o de culto religioso[16].

GOMES CANOTILHO afirma mesmo ser o *habeas corpus* uma "*das mais importan-*

11 É, neste ponto, incontornável reavivar palavras depositadas no *Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República*: *"Garante-se, deste modo, a efectivação do direito no que se refere à protecção jurisdicional ampla dos direitos fundamentais, não só pela criação de condições institucionais legais* ***mas, ainda, pela valorização e reforço que a acção jurisprudencial induzirá***.", Diário da Assembleia da República, I série, nº 2, 1990 (destacado nosso).

12 GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 368.

13 ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/MÁRIO BRITO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL, 1998, pág. 104.

14 KAREL VASAK, *Os critérios de distinção das instituições*, "As dimensões internacionais dos Direitos do Homem", UNESCO, Lisboa, 1983, pág. 242.

15 WLADIMIR BRITO, *O Amparo Constitucional*, revista Direito e Cidadania, nº 7, 1999, págs.10 e seguintes, apresentanos uma pré-história e uma história do amparo, situando-se aquela em direitos de Espanha, nomeadamente Aragonês e a história no México. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO desenvolveu um estudo dedicado a esta questão, *El Derecho de Amparo en Mexico y en España - su influencia reciproca,* Revista de Estudios Politicos, nº 7, 1979. Para uma perspectiva de síntese sobre a história (Mexico), HÉCTOR FIX-ZAMUDIO/HÉCTOR FIX-FIERRO, *Mexico*, in Constitutional Law, 7, Kluwer, 1994, págs. 61-63.

16 MARCELLO CAETANO, *As garantias jurisdicionais dos administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil*, "Estudos de Direito Administrativo", Ática, Lisboa, 1974, págs. 342 e seguintes. Veja-se, ainda, FERNANDO ALVES CORREIA, *Relatório…cit*., págs. 112 e 113.

tes e tradicionais acções judiciais de amparo"[17].

Importa entrar então na análise ao "recurso de amparo" privativo da ordem jurídica de Macau, ou, se se preferir, o amparo *macaense*.

II

INTRODUÇÃO DO INSTITUTO DO AMPARO NA ORDEM JURÍDICA DE MACAU

Anteriormente à aprovação da LBOJM apenas se conhece uma referência ao assunto: "*Outra hipótese seria criar um recurso autónomo para protecção dos cidadãos contra eventuais abusos dos seus direitos fundamentais por parte da administração, solução que presentemente tem tido bom acolhimento em diversos países (…)"* adiante se afirmando, "*quanto à consagração em Macau de um recurso de amparo*" não se levantarem dificuldades[18].

Em Macau, não sem surpresa pois, o instituto é introduzido, como se disse, em 1991 por aquela lei portuguesa de bases. Acha-se, no entanto, desprovido quer de tradição (e consequente esteio doutrinal e jurisprudencial), quer de qualquer legislação regulamentadora - não se tendo avançado sequer na (de tentação) fácil solução de criar uma singela norma que operasse uma remissão para determinada marcha processual, ainda que com a habitual recomendação de aplicação com "as necessárias/devidas adaptações". Ainda nos dias de hoje mal se compreende a inércia do poder legislativo local nesta matéria[19].

Surpresa amplificada pela inexistência, ao tempo, de qualquer ideia real de amparo, ou seja, de autónomo meio de tutela especialmente vocacionado para a defesa (em geral) de direitos fundamentais, na ordem jurídica portuguesa[20]. Surpresa porventura mesmo

17 *As Palavras …cit*., pág. 122.

18 JORGE NORONHA E SILVEIRA, *A Fiscalização da Constitucionalidade na Futura Organização Judiciária de Macau*, Administração, nº 12, 1991, pág. 291.

19 Se é verdade que, nesta matéria, inexistem as permanentes fontes *alimentadoras* da legislação local, isto é, a congénere legislação portuguesa, não menos verdadeira é a afirmação de que seria fácil recorrer a outra legislação com provas dadas - e redigidas em língua acessível - como, por exemplo, as de Espanha ou de Cabo Verde.

20 Recusando a existência de qualquer instituto de amparo - independentemente da designação - em Portugal,

mais reforçada dadas as reticências e consequentes renitências que desde sempre lograram vencimento em Portugal aquando das várias e recorrentes tentativas formais e sugestões académicas[21] de instauração na ordem jurídico-constitucional lusa do amparo - com esta ou com outra designação.

Surpresa mantida, ou desconhecimento *perpetuado*, pela circunstância de, sistematicamente, publicações oficiais de divulgação do Direito e dos direitos das pessoas e/ou dos administrados, ignorarem o instituto, não lhes fazendo uma referência, ainda que mínima, por exemplo aquando da elencagem das competências do TSJ e do Tribunal Administrativo.

E assim, nesta *semiclandestinidade* foi tentando sobreviver o bem amado e difundido instituto do amparo, até ao momento em que surge o aludido fenómeno a que se fez referência nas primeiras linhas deste trabalho.

III
NATUREZA - GARANTIA ADJECTIVA MAS TAMBÉM DIREITO FUNDAMENTAL *EM SI MESMO*

Qual a natureza deste instituto exportado (sem se haver fixado, no entanto, no local de expedição) para Macau?

É, desde logo, uma garantia adjectiva, no sentido de se destinar a garantir processualmente direitos outros. Mas não apenas.

nomeadamente face ao chamado recurso de constitucionalidade em sede de fiscalização concreta, vejam-se, entre muitos outros, GOMES CANOTILHO, *Direito ... cit*., pág. 461; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3ª ed., Coimbra, págs. 357 e 358 e 450 e 451; VITALINO CANAS, *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1986, págs. 62 e seguintes; FERNANDO ALVES CORREIA, *Relatório ...cit.*, pág. 101, que fala em não consagração de quaisquer "*modalidades específicas de protecção jurisdicional de direitos fundamentais*". Note-se que, mediante a 4ª Revisão Constitucional, operada pela Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, foi prevista a criação, por lei, de procedimentos judiciais para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, caracterizados por celeridade e prioridade (nº 5 do artigo 20º) que poderão assemelhar-se ao chamado "recurso ordinário de amparo" espanhol; veja-se, sobre a eventual natureza de amparo destes processos, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO / MÁRIO BRITO FERNANDES, *ob. cit.*, págs. 105-106.

21 Por exemplo, de JORGE MIRANDA, em *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996,* Cosmos, 1996, pág. 29, onde se propunha o aditamento de um novo número ao artigo 280º da CRP estatuindo o recurso para o Tribunal Constitucional de *"decisões de outros tribunais quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias*.".

Alerta GOMES CANOTILHO que "*À primeira vista, tendo em conta a inserção sistemática deste recurso numa lei de organização judiciária (…) poderia deduzir-se que a lei se limitou a criar um instrumento processual de defesa dos direitos. Por outras palavras: a lei de bases de organização judiciária de Macau limitou-se a instituir uma garantia adjectiva dos direitos fundamentais consagrados no Estatuto Orgânico de Macau.*"[22]; para, logo de seguida, propor uma outra linha interpretativa.

Com efeito, afiança que a LBOJM criou um "*direito fundamental ao amparo para defesa de direitos fundamentais. Tal como o acesso à via judiciária é um direito fundamental, também o direito de amparo é um direito fundamental vocacionado para a defesa dos próprios direitos fundamentais*."[23].

Há quem sublinhe de forma bem convincente esta dupla natureza do amparo apresentando-o como um "*instituto com uma* ***dimensão substantiva e outra processual***" isto é, o amparo enquanto direito fundamental da pessoa humana e enquanto garantia processual propriamente dita[24]. Assume, pois, uma dupla dimensão, de direito e de garantia, constituindo-se, portanto, como "*um direito-garantia fundamental*"[25].

Também nós, na esteira dos ensinamentos atrás expostos e estribados em outros argumentos adicionais, havíamos concluído já pela natureza de direito fundamental do amparo da LBOJM[26]. Constitui corolário dilecto do (também) referencial direito fundamental de acesso à via judiciária. Pode mesmo alvitrar-se que constituirá uma possível forma de preenchimento/densificação do que vem estatuído no n.º 5, do artigo 20.º da CRP, ou, ao menos, de uma certa ideia directriz ali presente[27], adicionando-se, pois, mais um argumento na linha de defesa da natureza do amparo como direito análogo aos direitos, liberdades e garantias.

Este entendimento - direito fundamental de amparo - é, de resto e ao que saiba,

22 *As Palavras …cit*., pág. 124.

23 Ob. e loc. ant. *cit.*

24 WLADIMIR BRITO, *ob. cit.*, págs. 9 e 10, respectivamente.

25 WLADIMIR BRITO, *ob. cit.*, pág. 19.

26 *Amparo …cit*., págs. 76-78.

27 Cfr. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO / MÁRIO BRITO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 106.

pacífico na doutrina[28].

O amparo detém, pois, natureza de direito fundamental, tratando-se de um direito fundamental material - acedendo a esta categoria pela porta aberta pelo artigo 16.º (n.º 1) da Constituição Portuguesa (CRP) - com a qualidade e regime de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias - *ex vi* o artigo 17.º da CRP[29] - pelo que é vinculativo de todos os poderes públicos e dotado de aplicabilidade directa - artigo 18.º, n.º 1 da CRP (aplicando-se-lhe, ainda, outros caracteres deste especial regime).

Ou seja, como escrevemos anteriormente, "*Dando como assente o amparo de direitos como direito fundamental com natureza de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (…), é (…) directamente aplicável e vinculativo de todas as entidades públicas.*

Isso significa, naturalmente, que, não obstante a inexistência de regulamentação processualística, pode sempre o titular de um direito fundamental violado, socorrer-se deste meio de tutela."[30].

28 Para além das obras citadas nas notas imediatamente precedentes, FERNANDO ALVES CORREIA, *A fiscalização da constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico de Macau à luz da recente jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica, Vol. IV, nº 3, 1997, pág. 10; ARMANDO ISAAC, *Vias de Facto e Garantias dos Administrados (algumas notas para uma primeira aproximação)*, Comunicação apresentada ao II Seminário sobre "O processo de localização do Sistema Jurídico de Macau - Questões de Direito Público", 14 de Novembro de 1997, organizado pela Faculdade de Direito de Macau, págs. 26 e 27, *idem*, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, comunicação apresentada à 4ª conferência do Comparative Constitutional Law Standing Committee, Bangkok, 27-29 de Maio de 1999, págs. 15 e 16, *idem O princípio da adequação formal: ensaio de algumas nótulas e dúvidas*, comunicação apresentada às Jornadas de Direito de Processo Civil: O Código de Processo Civil de Macau, Macau, 8-10 de Novembro, pág. 3; LINO JOSÉ RIBEIRO, *Manual Elementar de Direito Processual Administrativo*, CEFORMA, 1997, pág. 15; identicamente, LINO JOSÉ RIBEIRO/CÂNDIDO DE PINHO, Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau/SAFP, 1998, pág. 139; Também parece comungar desta tese JORGE GODINHO, *Recursos admitidos na jurisdição cível de Macau e seu campo de aplicação*, Revista Jurídica de Macau, Vol. V, nº 1, pág. 102. Igualmente da jurisprudência local parece legítimo retirar esta mesma ideia, não só por referências ao "*direito criado pelo artigo 17º*" feitas, como também pela circunstância de, mesmo na ausência de regulamentação, os tribunais locais terem vindo a aceitar a interposição de amparos, o que inculca o recurso à ideia de direito fundamental directamente aplicável. E, também no seio da parecerística do Ministério Público, parece ínsita esta tese - por exemplo, Parecer do Procurador Geral Adjunto (Conselheiro Simões Redinha) sobre o Recurso nº 944, a folhas 55 e seguintes.

29 Sobre esta problemática, por todos, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1993, págs. 142 e seguintes.

30 *Amparo …cit*., pág. 78. Sublinhe-se constituir entendimento adquirido que, por via da recepção operada pelo artigo 2º do EOM, estes princípios e normas relativos ao regime dos direitos fundamentais, vigoram em Macau - neste sentido, entre outros, FERNANDO ALVES CORREIA, *A Fiscalização …cit*., pág. 16 e diversos acórdãos do Tribunal Constitucional ali citados. Idêntico sentido se explana nos *Relatórios* sobre a aplicação em Macau dos Pactos Internacionais sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, págs. 10 e seguintes e pág. 21, respectivamente.

Os tribunais locais não se têm esquivado a admitir recursos de amparo, não lançando, pois, a âncora da falta de regulamentação processual como elemento impeditivo do exercício do direito ao amparo. E bem têm estado, como se deflui das palavras anteriormente expostas[31].

Em jeito de remate da questão, pode-se afirmar que a norma exposta pelo artigo 17.º da LBOJM é, verdadeiramente, uma "**norma funcional**" (inserida por motivos de circunstância num diploma de organização judiciária, não curando, pois, da orgânica do poder judicial, mas sim do aditamento de uma concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva) e **consagradora de um direito fundamental material de natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias**.

É uma norma funcional, nomeadamente na acepção de que, sem margem para dúvidas, está, por *mero acaso* inserta na LBOJM e não num qualquer outro diploma mais directamente conexionado com o tema dos direitos fundamentais em geral ou com o direito fundamental de acesso ao direito e à justiça em particular. Tal não sucedeu por razões historicamente demonstradas e a sua inclusão no diploma de estruturação de uma nova e autónoma orgânica judicial de Macau significou e pretendeu muito mais do que um inocente elencar de competências de um também novo tribunal. De resto, assim se compreende melhor que ao amparo tenha sido atribuída *casa própria* (artigo 17.º) e não uma simples remessa para uma das várias alíneas definidoras da competência do TSJ, como se pode verificar pela leitura dos artigos 14.º e 15.º daquele diploma.

A considerar-se revogado o artigo 17.º numa qualquer revogação global da LBOJM por uma nova legislação reguladora da orgânica judicial, então, por que não considerar também revogado por esta o amparo previsto na Lei do Direito de Reunião e Manifestação e todas as outras manifestações da ideia de amparo?

Por estes motivos, ou seja, a caracterização da norma como "funcional" e, por outro lado, com a consideração de estatuição de um direito fundamental com a natureza de direito, liberdade e garantia, mesmo com a revogação daquela lei deverá considerar-se que o recurso de amparo se mantém aplicável, gozando do *"privilégio da proibição do retro-*

31 Contrariamente, por exemplo, ao exemplo que nos chega de Cabo Verde onde o Supremo Tribunal deste Estado se recusava a admitir processos de amparo antes da entrada em vigor da lei regulamentadora, cfr. WLADIMIR BRITO, *ob. cit*., pág. 18, que invoca a favor da sua tese - oposta à orientação jurisprudencial limitadora - precisamente a jurisprudência do TSJ de Macau.

cesso" e, tal como os outros direitos de idêntica natureza, *"não podendo ser restringidos, e muito menos revogados, de forma arbitrária, mas apenas quando tal se justifique e de forma proporcionada*."[32].

Afigura-se evidente que esta construção assenta(va) num pressuposto, qual seja o da eventual revogação (de há muito anunciada) da LBOJM por um diploma local do **território** de Macau. Todavia, por razões ainda desconhecidas, todos os dados indicam que a LBJOM será substituída por um diploma da Região Administrativa Especial de Macau; por conseguinte, há que reequacionar a questão da manutenção do amparo na ordem jurídica da Região Administrativa Especial. Esta questão é pertinente e de uma importância assinalável, bem como de uma complexidade dogmática deveras exigente - merecedora, pois, de um estudo autónomo que aqui não cabe.

Sempre se dirá, tentativamente, que deparamos com dois momentos distintos: o *ante* 20 de Dezembro de 1999 e o momento então aí inaugurado - por virtude e legitimação da Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau - para durar, pelo menos, os 50 anos subsequentes.

Nesta conformidade, os motivos expostos para a defesa da não revogabilidade antes de 20 de Dezembro de 1999 (norma funcional; proibição do retrocesso) constituíam condições necessárias e suficientes. Virada a página do Território para a nova página da RAEM - inaugurando-se assim um novo capítulo da história jurídica de Macau - aqueles elementos constituem, a nosso ver, condições necessárias, melhor, pressuponentes, mas desta feita, não bastantes. Ou seja, dada por adquirida a verificação daquelas condições há que, na hipótese de um diploma da RAEM vir revogar a LBOJM, chamar à colação outros elementos, para então se poder concluir pela continuidade, inalterabilidade do direito fundamental

32 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição … cit*., pág. 143. Sobre este assunto, ainda, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 1983, onde, a páginas 79 e 80 aborda a questão e afirma que "os *direitos previstos na lei e em normas internacionais aplicáveis que sejam análogos, pela sua natureza, aos enumerados no Título II da Parte I (…) são equiparados para efeitos de regime, a direitos, liberdades e garantias*" adiante falando numa *"garantia de irreversibilidade*"; também JORGE MIRANDA, *Manual … cit.,* T. IV, 1993, afiança que *"desde que sejam direitos fundamentais para efeito do art. 16º, também o podem ser para efeito do artigo 17º*" registando depois a ideia de extinção por via de uma nova lei "*se bem que a extinção de um direito criado por lei careça de motivação particularmente exigente, não desproporcionada em relação ao interesse público invocado para o justificar*.", págs. 156 e 157; este Autor identifica ainda alguns acórdãos do Tribunal Constitucional que, segundo ele, vão ainda mais longe do que a sua posição. Assinale-se ainda a tese de HENRIQUE MOTA, que defende a impossibilidade de extinção de um direito fundamental material previsto na lei por lei posterior, *Le Principe de la «liste ouverte» en matière de droits fondamentaux*, "La Justice Constitutionnelle au Portugal", Economica, 1989, págs. 205 e seguintes.

de recurso de amparo de direitos fundamentais enquanto elemento titular do *"sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes*" (artigo 11.º da Lei Básica)[33].

Sistema este já enraizado no ordenamento local mediante a sua aplicação prática em diversos casos[34] constituindo-se, ou assim sendo legítimo clamar, em "*instituto imprescindível* (como acontece em outras ordens jurídicas) *para a defesa dos direitos*"[35] dos habitantes de Macau.

Sem delongas, estamos convictos da possibilidade de defender, com elementos substanciais e convincentes, a manutenção/continuidade do recurso de amparo, ainda que o artigo 17.º da LBOJM **aparentemente** desapareça dos textos legais. Para tanto, há que fazer apelo a princípios como os da continuidade do ordenamento jurídico, da sua manutenção basicamente inalterado[36], do indivíduo mais favorecido (exposto no PIDCP e no PIDESC)[37], do amparo internacional[38], entre outros.

Importará também referir que nada na Lei Básica da RAEM impede a existência do instituto do amparo de direitos fundamentais, bem pelo contrário. Com efeito, podemos recordar aqui dois preceitos daquele texto constitucional: o artigo 36.º que garante o aces-

33 Sobre a continuidade do "bloco de direitos fundamentais", PAULO CARDINAL, *Determinantes e Linhas de Força das Reformas Legislativas em Macau*, rev. Administração, nº 40, pág. 396.

34 Com efeito, recenseamos já sete acórdãos do TSJ relativos ao amparo: 285, 944, 944-A, 965, 1015, 1074, 1084. Existirão ainda outros processos em curso. Pretendia-se o amparo de direitos fundamentais como, entre outros, liberdade de expressão, direito de propriedade liberdade de imprensa, direitos pessoais, garantias de processo criminal, direito à revisão de sentença, acesso ao direito, dos consumidores, direito de acesso à função pública, direito ao casamento, princípio da igualdade.

35 WLADIMIR BRITO, *ob. cit.,* pág. 16.

36 Sobre estes princípios, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial*, Revista Administração, nºs 19/20, págs. 21 e seguintes; PAULO CARDINAL, *O regime jurídico da advocacia no contexto da Lei Básica, in O Ordenamento Jurídico de Macau no Contexto da Lei Básica*, AAM, 1991, págs. 72-77; ARMANDO ISAAC, *Substantive, cit*., em especial págs. 46 e seguintes.

37 Princípio profusamente invocado - e utilizado - especialmente em Pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia Legislativa, por exemplo a propósito do Direito de Reunião e Manifestação e da Liberdade de Religião e de Culto. Veja-se, ainda, JORGE NETO VALENTE, *Direitos Fundamentais: Qual o Futuro?,* comunicação apresentada ao II Seminário sobre O processo de Localização do Sistema Jurídico de Macau - Questões de Direito Público, FDM, 1997, págs. 15 e 16; PAULO CARDINAL, *Permanent Fundamental Rights in a Legal System in Transition - The Case of Macau*, The 16th Biennial LAWASIA Conference, Seoul , September, 1999, session 15, pág. 9.

38 Sobre este princípio, para alguns preconizado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 8º, e no PIDCP, artigo 2º, nº 3, alínea a), entre outros instrumentos de direito internacional, veja-se WLADIMIR BRITO, *ob. cit*., pág. 16. Se opinarmos pela afirmação da ideia de amparo naqueles documentos internacionais, o enlace com a mencionada cláusula do indivíduo mais favorecido, permitirá carrear de forma mais afirmativa um argumento adicional para a defesa da continuidade do amparo.

so ao Direito e aos tribunais na defesa dos seus legítimos direitos e interesses bem como à obtenção de reparações por via judicial e, ainda, o artigo 41.º que parece especificamente abrir a porta para a continuação da admissibilidade de direitos de natureza análoga, ao estatuir o gozo de outros (para além dos que constam expressamente da Lei Básica) direitos e liberdades. Ou seja, estes dois artigos de força constitucional dão claramente cobertura (importa, todavia, não olvidar referências *impertinentes* do estilo "previstas na lei") à possibilidade de manutenção do amparo de direitos fundamentais[39].

Há que, todavia, não olvidar dificuldades para e na imposição desta tese. Em larga medida o seu sucesso dependerá, no plano da dinâmica dos factos, de uma maior ou menor boa vontade dos políticos, dos agentes judiciários e, mesmo, dos titulares dos direitos fundamentais ameaçados, mas também de outros factores como uma visão excessivamente positivista da Lei Básica (do tipo: o que não está na Lei Básica está proibido…) e, ainda, da dimensão a atribuir concretamente ao magno princípio da continuidade: para alguns a *carga* que abarca apenas cabe num grande petroleiro, para outros, basta um pequeno junco para transportar o que vem envolto no princípio da continuidade…

IV

OBJECTO E ÂMBITO DE PROTECÇÃO

O objecto do amparo é a defesa dos direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau.

Qual seja o universo desses direitos fundamentais (na letra da lei) "*garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau*" é questão que não tem vindo a encontrar consenso.

Com efeito, é assente que beneficiam de amparo os direitos fundamentais constitucionais recebidos pelo EOM - todos os direitos, liberdades e garantias previstos na CRP, Parte I ,Título II, mais os que se acham dispersos pelo texto constitucional - e daqueles

39 Importa, neste ponto, retomar algumas ideias expendidas a propósito da consideração do amparo enquanto instituto jurídico, dada a defesa possível de existência de institutos jurídicos não previstos na lei, KARL LARENZ, *ob. cit.,* pág. 502.

(poucos) direitos fundamentais consagrados no Estatuto Orgânico[40], permanecendo dúvidas quanto ao gozo de idêntico benefício por parte dos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias sem (formal) morada constitucional.

Na verdade, naquilo que tange aos direitos, liberdades e garantias com sede legal ou jus-internacional, ou seja, os direitos fundamentais materialmente constitucionais, encontramos respostas várias:

- O TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA (salvo melhor leitura) nega-lhes a extensão do remédio de amparo[41];

- GOMES CANOTILHO afirma não ser líquido que possam estes direitos constituir objecto de um recurso de amparo[42] (parecendo fornecer, embora, pistas para uma possível resposta positiva);

- No nosso estudo dedicado ao amparo afirmávamos que "*haverá amparo de qualquer direito, liberdade e garantia vigente, ainda que sem assento constitucional, v.g. constante de lei ou de instrumento de direito internacional* (…)"[43].

Continuamos a manter o mesmo entendimento, não vislumbrando - no entretanto - qualquer razão para perfilhar diferente doutrina. Isto porque a lei fala em "*direitos fundamentais **garantidos** pelo*" e não em direitos fundamentais **consagrados** no Estatuto Orgânico. EOM que se acha, consabidamente, desprovido de um catálogo de direitos fundamentais - limitando-se, aqui e ali, a estabelecer alguns direitos - o que explica, sobremaneira, a cláusula de recepção exposta no artigo 2.º.

Ora, como já antes vimos, com os direitos, liberdades e garantias constitucionais importados, *viajam* igualmente os preceitos que respeitam ao regime dos direitos fundamentais e ao regime daquele especial tipo de direitos. Este entendimento parece poder considerar-se estabilizado[44]. Por conseguinte, *à boleia* daquele regime, *rectius*, do

40 GOMES CANOTILHO, *As Palavras … cit*., págs. 127 e 128; PAULO CARDINAL, *O Amparo … cit*., pág. 79. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão do TSJ referente ao Recurso nº 944, pág. 12 e conclusão a) e, ainda que implicitamente, o Acórdão do TSJ recaído sobre o processo nº 285.

41 Acórdão que recaiu sobre o recurso nº 944, pág. 12.

42 *As Palavras cit*., pág. 129.

43 *O Amparo …cit*., págs. 79 e 80.

44 PINHEIRO TORRES afirma impressivamente "*Ora, é doutrina corrente, e tanto quanto sei pacífica, a de que a remissão estatutária para os direitos, liberdades e garantias não se limita à recepção do respectivo elenco. Vai mais longe, e recebe o próprio regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias*.", *Interesse Público e Interesses*

disposto nos artigos 16.º e 17.º da CRP, arribam a Macau os direitos fundamentais materiais que constem de lei aqui vigente ou de instrumento de direito internacional aqui aplicável.

Ademais, se assim não fosse, mal se compreenderia a configuração do próprio recurso de amparo como um direito fundamental material análogo aos direitos, liberdades e garantia. Mais, poderia sugerir-se que mal teriam estado os tribunais ao admitirem e ao pronunciarem-se sobre amparos, dada a inexistência de tramitação processual; com efeito, é por aqueloutra via que os tribunais têm feito tal jurisprudência…

Ou seja, para todos estes efeitos, o recurso de amparo é um direito **garantido** pelo EOM.

Em resumo, se o amparo é um direito fundamental material garantido pelo Estatuto Orgânico, também outros serão, nessa medida, garantidos pelo EOM - pense-se em direitos de personalidade consagrados (exclusivamente) no Código Civil ou em direitos privativamente estabelecidos no PIDCP - logo, beneficiários da garantia de amparo.

Amparáveis são, pois, todos os direitos, liberdades e garantias constitucionais, todos os direitos fundamentais sediados no EOM e todos os direitos fundamentais materiais com as vestes de direitos, liberdades e garantais. Vigora, assim, um sistema de cláusula aberta de direitos *protegíveis* pelo amparo. Esta solução encontra paralelo com exemplos que o direito comparado nos fornece, sendo, todavia, a situação inversa - elenco taxativo - igualmente verdadeira[45].

dos Administrados: Qual a sua relação na Lei Básica?, Comunicação apresentada ao II Seminário sobre "O processo de localização do Sistema Jurídico de Macau - Questões de Direito Público", 14 de Novembro de 1997, organizado pela Faculdade de Direito de Macau, pág. 10. Veja-se também *supra*, em particular a nota 18 ou ainda, entre outros, VITALINO CANAS, *Relações entre os ordenamento constitucional português e o ordenamento jurídico do Território de Macau*, Revista Jurídica de Macau, vol. I, 1988, págs. 42 e 43, que identifica expressamente os artigos 17º, 18º e 19º da CRP como preceitos recebidos pelo artigo 2º do EOM. E mais se poderia chamar à colação o artigo 14º da mesma CRP.

45 Entre outros, CARLOS AYALA CORAO, *El Derecho de los Derechos Humanos*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 35, nº 1, 1994, págs. 42-46, onde aponta como exemplos do primeiro sistema, além da Venezuela, nomeadamente, a Argentina, o Uruguai e o Brasil e, do segundo, a Espanha, a Alemanha e o Chile. Quanto a esta segunda situação, ALLAN BREWER-CARÍAS, fala em "*amparo a certos direitos e liberdades constitucionais*", *ob. cit*., pág. 2727.

V

A PRETENSÃO

A pretensão, ou pedido, a formular deverá ser a cessação da violação do direito fundamental imputada à decisão judicial e o restabelecimento da integralidade do gozo e exercício desse direito em crise (antecedida da declaração do direito). Há, pois, uma espécie de "*objecto reparador*"[46]. Ou seja, defende-se o direito, atacando, por seu turno, directamente a decisão judicial.

Se essa integralidade não for possível de alcançar, haverá então, de se pedir a reintegração do direito na esfera jurídica do titular na forma que, na medida do que for (de facto) possível, mais se assemelhe à situação subjectiva verificada antes da ocorrência da violação.

Não cabendo nos processos de amparo qualquer outro tipo de pretensão, nomeadamente declaração/pronúncia de inconstitucionalidade de normas.

Aliás, é o que se afigura decorrer da lei, quando afirma que o "*recurso é directo e* ***restrito à violação***".

Pontue-se que, ao que parece, não se contempla - ao invés de outros ordenamentos - a possibilidade de amparo contra ameaças de lesão ao direito fundamental, pelo que não poderá haver a pretensão de eliminação dessa ameaça, ou, noutra terminologia, inexiste "objecto preventivo"[47].

Não se pode deixar de reparar, a este propósito, em princípio inserido no novo Código de Processo Civil de Macau concretamente no n.º 2 do artigo 1.º quando promete "*A todo o direito (…) corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo,* ***a prevenir*** *ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como as providências necessárias para acautelar o efeito útil da acção*." (destacado nosso).

Pergunta-se, pois, se com a aprovação deste preceito, não passará o amparo a contemplar a possibilidade de reacção a uma ameaça de violação do direito fundamental? Se aquele normativo se aplica a direitos as mais das vezes não fundamentais, então não fará

46 FERNANDO ALVES CORREIA, *Relatório … cit*., pág. 104, por recurso a terminologia usada no Relatório relativo à Guatemala.

47 *Idem*.

sentido excluir a aplicação de tal via garantística a direitos dotados de uma especial força e protecção…

VI

RECURSO / ACÇÃO

Entrando em terrenos exclusivos do amparo do n.º 1 do artigo 17.º, coloca-se de imediato uma questão, qual seja a da determinação do perfil deste uni-instancial "recurso de amparo": recurso ou acção.

Uma primeira advertência a fazer: a lei utiliza a palavra "recurso". É verdade, mas este argumento de teor literal em casos símiles, tem vergado. Não é, pois, despiciendo, tratar desta questão. Como também é verdade que há recursos que, todavia, receberam de baptismo o nome de "Reclamação"[48].

Primeiramente, recorde-se que, ao nível dos ensinamentos do direito comparado, mesmo quando o instituto de amparo em causa é assumido como uma acção constata-se a utilização, por vezes, do vocábulo recurso (eventualmente em vassalagem a uma tradição arreigada e detentora, como se viu, de pergaminhos)[49].

Sendo verdade que, normalmente, os amparos ordinários serão sempre acções (no caso de Macau temos o amparo do n.º 2 do artigo 17.º da LBOJM) já no que tange aos chamados amparos constitucionais, estes se perfilam, umas vezes como acção enquanto outras como recurso, não sendo, pois, possível, nesta sede, retirar argumentação sólida, porque não globalizante.

Regressando ao ordenamento jurídico local, exemplos há em que, apesar do crisma legal, os recursos, afinal, verdadeiramente não o são - pelo que se apresentam como recursos chamados acção.

48 Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em Processo Civil*, Lex, 1994, págs. 132-135.

49 Veja-se o nosso *O Amparo … cit., passim* e FERNANDO ALVES CORREIA, *Relatório … cit.*, págs. 101 e seguintes. Em Portugal quando se pensou na introdução do amparo, chegou este a ser baptizado como "acção constitucional de defesa".

Assim, o "recurso contencioso" de actos administrativos no âmbito da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos ou o "recurso de revisão", no âmbito cível; nem naquele caso, nem, ao que defende alguma doutrina[50], neste outro, estamos perante verdadeiros recursos.

A etiqueta legal formal claudica perante a substância do instituto.

GOMES CANOTILHO fala-nos no *"recurso de amparo contra decisões dos tribunais como acção autónoma*"[51].

Diversamente, a jurisprudência local, bem como a parecerística do Ministério Público, não tem dúvidas na qualificação deste amparo contra decisões judiciais como recurso, *"é apresentado como um verdadeiro* ***recurso*** *e não como uma acção de amparo*"[52] (destacado no original).

É, porém, importante notar que cabe amparo de decisões judiciais do Tribunal de Contas "*cujos arestos não são recorríveis para o Tribunal Superior de Justiça*", como se pode ler no citado Acórdão relativo ao recurso n.º 944, o que poderá inculcar, nessa medida, a ideia de acção.

É, no entanto, necessário avançar, como logo se compreenderá.

Apenas se pode dar - ou isso tentar - uma resposta concludente à pretérita questão com a dilucidação de outros elementos, nomeadamente quanto à necessidade, ou não, de exaustão prévia dos meios ordinários, a delimitação dos tribunais cujas decisões são recorríveis de amparo, e a questão da *legitimação passiva* nos processos de amparo.

De qualquer modo, podemos adiantar que nos inclinamos decididamente para considerar este amparo macaense como uma acção, não como um recurso[53].

Não negamos que a sua caracterização enquanto acção ou recurso depende do regime da concreta legislação instituidora e regulamentadora do amparo (a qual inexiste em

50 Para uma resenha da controvérsia doutrinária, veja-se MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Recursos em Processo Civil*, Rei dos Livros, 1992, págs. 144-147.

51 *As Palavras … cit.*, pág. 126. *Vide*, ainda, neste sentido, falando na natureza deste amparo como "acção constitutiva de defesa", LINO JOSÉ RIBEIRO, *ob. cit*. pág. 15; identicamente, LINO JOSÉ RIBEIRO/CÂNDIDO DE PINHO, *ob.cit.*, pág. 139.

52 Parecer do Ministério Público *cit.*, a folhas 55. *Vide* ainda o Acórdão do TSJ proferido sobre o recurso nº 944.

53 Neste sentido, quanto a Macau, ARMANDO ISAAC, *O Princípio… cit.*, pág. 3, para além dos autores anteriormente citados. Em Espanha, encontramos, entre outros, FAUSTINO CORDÓN MORENO *El Processo de Amparo Constitucional*, La Ley, 1992, pág. 35.

Macau, o que dificulta qualquer resposta), sendo que, em alguns ordenamentos jurídicos o amparo se caracteriza sem dúvidas como acção.

WLADIMIR BRITO, opina pela natureza de recurso, adiantando que aqueles que defendem que o amparo é uma acção padecem, em regra, de um vício de análise, qual seja o de aplicarem critérios juscivílisticos, e não do contencioso juspublicístico[54]. No entanto, parece-nos que, embora pertinente, esta crítica não vale, por si só, para afastar a caracterização do amparo como acção.

De qualquer modo, dado que, por norma revelada pelo TSJ, o amparo segue tramitação prevista pelo processo civil, então os critérios a utilizar na análise desta questão deve ser conduzida sob o ponto de vista juscivilístico[55].

Mas, é mister recordar que, também no contencioso público conhecemos acções, por exemplo a nível dos contratos administrativos ou ainda a acção para reconhecimento de direitos e interesses legítimos, logo, por que não também no amparo? Por outro lado, há que não que não esquecer que no amparo lidamos com interesses subjectivos do titular do direito fundamental violado e não com a defesa de qualquer interesse público e, nos casos em que é admitido amparo contra privados, por exemplo, na Costa Rica, então o argumento não pode mesmo proceder. Ou seja, salvo melhor opinião, para aferir se o amparo é uma acção ou um recurso, devemos *atribuir mais peso* ao objecto do processo e na pretensão do que na qualidade das partes envolvidas.

VII

EXAUSTÃO DOS MEIOS ORDINÁRIOS PRÉVIOS

Quanto à questão da eventual necessidade de exaustão dos meios prévios há a dizer que, em primeiro lugar, a lei, aparentemente, nada diz sobre o assunto.

Afirma tão somente que "*De decisão proferida por tribunal sediado no Território*

54 *Ob. cit.*, pág. 25.

55 WLADIMIR BRITO, *ob. cit.*, pág. 25.

pode sempre recorrer-se (…)".

Deste enunciado linguístico retira GOMES CANOTILHO a seguinte conclusão: "*Não se exige, porém, como acontece noutros ordenamentos, a exaustão prévia dos recursos que no caso caibam*"[56]. Por seu turno, o TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA entendeu haver necessidade de exaustão dos recursos ordinários[57].

Este Tribunal, no Acórdão relativo ao recurso n.º 944, recorre, entre outros argumentos, ao seguinte: *"o Dr. Paulo Cardinal (ob.cit. 82/83) nota que «este tipo de amparo pressupõe, em regra, no direito comparado, precisamente a exaustão prévia dos meios ordinários, e do mesmo modo se apontava no citado projecto de revisão constitucional. O carácter subsidiário do amparo constitucional espanhol, para citar apenas um exemplo, ancora-se, designadamente, na tentativa de não permitir a descaracterização do próprio instituto, sob pena de subversão de toda a máquina judicial montada.*»".

Estes considerandos mantêm, do nosso ponto de vista, acuidade - nomeadamente no tocante ao direito comparado. Todavia, é mister recordar outros trechos que antecedem e, bem assim, outros que se seguem àquele no nosso trabalho ali citado[58].

56 *As Palavras … cit*., pág. 127.

57 Acórdão sobre o recurso nº 944 *cit.*, parte final da conclusão c); conclusão confirmada em posteriores acórdãos.

58 Assim, a páginas 81 dizíamos que "*no entanto, da letra do dispositivo parece legítimo afirmar*" a não exigência de exaustão dos recursos que ao caso caibam. De seguida às considerações feitas com base na comparatística, ensaiamos (pág. 82) uma outra via de resposta à questão partindo de dois pontos (constatações): haver "*amparo apenas quando a violação judicial seja imputável de modo directo e imediato à decisão judicial*", por um lado e, pelo outro, pela consideração de não se achar contida no preceito do amparo a previsão do remédio perante "*mera ameaça de violação*". Partindo daqueles factores avançávamos, então, pelo referido *outro caminho*, qual era o da *"consideração dos efeitos e tipo da decisão judicial em causa, bem como dos efeitos, suspensivo ou devolutivo, dos recursos ordinários que no caso caibam*". De seguida, expúnhamos as seguintes hipóteses, as quais, como se poderá ver, nem todas se aconchegam ao requisito de exaustão dos meios prévios: *"O titular deste direito poderá lançar mão do recurso de amparo se:*

i) A decisão for imediatamente executável porque não admite recurso v.g. transitou em julgado;

ii) A decisão detiver eficácia imediata porque o efeito do recurso ordinário é meramente devolutivo;

iii) E, agora como que virando a outra face da moeda, a decisão incorpora um efeito negativo sobre o direito fundamental e o recurso tem efeito suspensivo; por exemplo quando denega uma pretensão do titular do direito fundamental, como, nomeadamente, em acção de reivindicação de propriedade por si intentada.".

Para prosseguir, escrevendo: *"Nos restantes casos, afigura-se, salvo melhor opinião, que as decisões judiciais ameaçam, ou poderão ameaçar, com uma violação do direito fundamental mas, todavia, não a concretizam. Ora, se assim for, indagar da exigência, ou não, do requisito de exaustão prévia dos meios ordinários, perde algum do seu impacto, porquanto, na prática, uma substancial percentagem de situações é resolvida pela não existência de uma violação perpetrada, e de forma directa e imediata, por uma decisão judicial, traduzindo-se, pois, na necessidade de esgotar previamente os meios ordinários".*

Todavia, ainda assim, permaneciam zonas de incerteza*: "No entanto, e para os restantes casos, a dúvida permanece, será ou não possível intentar um recurso de amparo pondo em crise uma decisão judicial ainda recorrível nos normais termos do processo?* ***Se a resposta for positiva, como nos parece****, será este sistema razoável e acomodável com o*

Antes de prosseguir há, no entanto, um outro ponto de relevo a abordar, qual seja o da determinação do conteúdo normativo a extrair do vocábulo "directamente".

Pelo vocábulo "directamente" pode entender-se que o amparo é interposto no TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA (enquanto tribunal de amparo) e não no tribunal autor da decisão a atacar.

Mas, pode também retirar-se daí o sentido de, perante qualquer decisão judicial violadora de direito fundamental, o recurso ser interposto logo no TSJ, isto é, "**directamente**". Significando-se com tal que, independentemente da localização na orgânica judiciária do tribunal que proferiu a decisão judicial em crise e, independentemente dos recursos que, na normalidade da dinâmica processual pudessem ter cabimento, o amparo segue de imediato para o pleno do TSJ[59].

A não ser assim, pergunta-se que motivação outra teria o legislador para introduzir esta expressão - directamente? Não a conseguimos descortinar.

Rememore-se que a "figura" de interposição directa de recursos para um Alto Tribunal não é, nem desconhecida, nem disfuncional no nosso sistema.

O artigo 800.º do Código de Processo Civil, em redacção até há pouco vigente em Macau - e em Portugal - fala-nos de recurso "*a interpor directamente para o Supremo*", ou seja, um recurso que, naquelas circunstâncias, vai directo ao tribunal de *topo* na hierarquia jurisdicional sem passar pelas instâncias intermédias.

O Código de Processo Penal português prevê, no seu artigo 427.º, embora por excepção, "*os casos em que há recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça*". E, adiante, no artigo 432.º, são previstos casos de recurso directo da primeira instância para o STJ. A este propósito, escreveu CUNHA RODRIGUES, "*Para tornar mais claras as coisas (…) recordo que do tribunal colectivo e do tribunal do júri se* ***recorre directamente para o Supremo*** *Tribunal de Justiça*", reforçando de seguida com a alusão à "*consagração deste*

restante da legislação processual?"(destacados nossos agora introduzidos).
E, finalmente, perguntávamos: *"Será possível, no quadro actual do artigo 17º nº 1 da LBOJ, introduzir na regulamentação expressamente este requisito de admissibilidade do recurso de amparo?"* (págs. 82 e 83).

59 Também neste sentido, ARMANDO ISAAC, *O Princípio … cit*. pág. 3, quando afirma *"Este "recurso" para o plenário do TSJ, na modalidade prevista no nº 1 do artigo 17º da LBOJM, é directo, no sentido de dispensar por completo o esgotamento prévio de quaisquer outras vias impugnatórias ou de recurso, ordinário ou extraordinário …"*.

recurso directo[60]" (destacados nossos).

A Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio consagra, no seu artigo 12.º um especial "recurso" proclamando que das decisões das autoridades que não permitam a realização de reunião ou manifestação cabe recurso para o TSJ afirmando depois que "*o recurso é interposto directamente*". Ora, recorde-se que, no silêncio desta lei, o ataque pela via judiciária à decisão da autoridade não teria como primeira porta de entrada o TSJ.

Próximo destas *ideias* de interposição directa de recursos para um Alto Tribunal anda associado o "*recurso per saltum*". No Código de Processo Civil português que resultou da reforma de 1995, prevê-se, no seu artigo 725.º o "Recurso *per saltum* para o Supremo Tribunal de Justiça", o qual se aplica mediante verificação de determinados requisitos.

"Por recurso per saltum poderemos, genericamente, designar aquele que é interposto para uma instância superior ultrapassando-se, pelo menos, um dos graus de jurisdição intermédio."[61] Nesta conformidade, afirma-se que "*Um dos principais problemas práticos suscitados em sede de recursos - com* ***consequências altamente nocivas em termos de celeridade processual*** *- é a sobreposição de sucessivos graus de jurisdição*"[62] (destacados nossos).

É, ou não, uma preocupação omnipresente em sede de amparo, a questão da celeridade, por forma a restabelecer no titular do direito lesado o gozo e exercício desse direito em crise? E, consequentemente, encurtar o período de lesão do direito? A resposta a estas questões é claramente afirmativa.

À guisa de conclusão, parece agora líquido afirmar que, no espírito, mas também na letra, do artigo 17.º, n.º 1 da LBOJM, o legislador pretendeu fornecer como princípio geral orientador a desnecessidade de exaustão dos meios prévios ordinários.

Não esquecendo, no entanto, o que havíamos já preconizado em sede de determinação de decisão judicial violadora - isto é, aquela que produz lesão directa e imediata

60 *Recursos*, "Jornadas de Direito Processual Penal", CEJ, Almedina, 1993, pág. 392. Também SIMAS SANTOS/LEAL-HENRIQUES/BORGES DE PINHO, *Código de Processo Penal Anotado*, 2º vol., 1996, se referem a "*casos de recurso directo para o STJ*", pág. 610. Se dúvidas restassem, o preâmbulo do diploma que aprovou aquele código fala em *"recurso das decisões finais destes últimos* (tribunal colectivo e de júri) *ser directamente interposto para o Supremo*".

61 TERESA ANSELMO VAZ, *Novas tendências do Processo Civil no Âmbito do Processo Declarativo Comum (alguns aspectos*), Revista da Ordem dos Advogados, Dezembro de 1995, pág. 918.

62 Relatório do Decreto-Lei nº 329-A/95.

do direito fundamental - resta, eventualmente, ainda algum espaço para se entender, não como regra, mas sim como excepção, que situações há em que pode ser exigível o trilhar prévio do percurso ordinário.

Revelamos, pelo exposto, as maiores dúvidas quanto à possibilidade de, em termos de excludente *absolutidade* e sem ponderação de casos de inaplicabilidade da exaustão dos meios prévios, poder o *regulamentador* (por via de lei, ou por via de decisão judicial - sem indagar aqui da possibilidade da via judicial ser a competente) fazer acrescer tal requisito, dado que estamos a lidar, indubitavelmente, com uma restrição a um direito, liberdade e garantia e, perante tal caso, necessariamente obediente ao apertado regime do artigo 18.º da CRP.

Anote-se que, mesmo nos ordenamentos mais inflexíveis na questão - casos de Espanha e da Alemanha, por exemplo - são admitidas excepções a este princípio *rector* do sistema. Excepções essas abertas, quer pela lei, quer mesmo, por uma interpretação jurisprudencial (em expressão conhecida do Ilustre Mestre GOMES CANOTILHO) mais *amiga* dos direitos fundamentais.

Assim, na Alemanha, pode haver acesso directo ao Tribunal Constitucional para "amparo" (*in casu*, *Vorabverfassungsbechwerde*) quando, por exemplo, o recorrente possa sofrer uma desvantagem inevitável com a utilização e esgotamento da via ordinária prévia (e alguns casos mais, mediante o que CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA consideram uma "*jurisprudência social*" do TC alemão)[63].

VIII

LEGITIMIDADE

No silêncio da lei - sublinhe-se, uma vez mais, os inconvenientes da não edição de normas regulamentadoras -, afigura-se que terão legitimidade processual activa, isto é, para

63 *Ob. cit.*, págs. 161 e seguintes. Estes autores chamam ainda à colação a jurisprudência do Tribunal Europeu (no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), a qual, não obstante o requisito de exaustão dos meios ordinários internos, tem admitido, em algumas situações, a dispensa desse *prius*. Quanto ao caso espanhol, remete-se para o nosso *O Amparo cit*., pág. 62.

interpor o amparo, os titulares dos direitos fundamentais violados - seja pessoa individual, seja, na medida em que goze dessa capacidade, pessoa colectiva.

Problemática será a situação de outros *titulares* de direitos fundamentais. pessoas colectivas públicas (se, e na medida em que, forem detentores de dado direito fundamental) e de entidades colectivas sem personalidade jurídica (por exemplo, comissões de trabalhadores)[64].

Pelos termos amplos (pelo menos não restritivos) em que o preceito se acha redigido, a resposta deverá ser positiva. Com efeito, a lei preocupa-se com a violação de direitos fundamentais, logo o que é importante é determinar quem é o titular (e se o é efectivamente) desse direito, independentemente de se saber se dispõe, ou não, da clássica personalidade jurídica.

De resto, são conhecidos exemplos de personalidade judiciária não coincidente com a personalidade jurídica.

Difícil de compaginar é a impugnação de amparo por quem não seja o titular do direito alegadamente violado. Ou que seja *apenas vítima indirecta* dessa violação, por exemplo, por não haver sido parte no processo-pretexto.

Quanto à primeira situação, na falta de previsão (ao invés do que acontece no *habeas corpus*), tendemos a não reconhecer legitimidade. Eventualmente, e com dúvidas, apenas em situações limite, como, por exemplo, uma impossibilidade total do lesado poder vir a desencadear o amparo.

Quanto à segunda situação, há a verificar que, se é vítima, ainda que indirecta, então é porque é titular do direito fundamental, logo, não deverá excluir-se-lhe a legitimidade.

Um critério seguro, mas de todo não excludente[65], será o de admitir legitimidade aos que foram parte (vencida) no processo em que a decisão judicial violadora surge.

Já no que respeita à *legitimidade* processual passiva, parece-nos que terá mesmo de ser atribuída à entidade de onde dimana a decisão judicial violadora do direito funda-

64 Por todos, sobre a problemática desta titularidade, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição. cit*., págs. 122 e 123.

65 Ao que parece, neste sentido excludente temos o Acórdão nº 1084 do TSJ.

mental[66].

Na verdade, o autor da violação não é o particular que se acha do outro lado da relação jurídica material; não é responsável pela violação, ao menos de forma directa, de contrário, a lesão do direito fundamental não seria assacada à decisão judicial e, portanto, não haveria lugar a recurso de amparo.

Por outro lado, o nosso direito parece excluir - diferentemente de outros sistemas - o amparo contra violações perpetradas por particulares. Só há, pois, amparo contra decisões judiciais de tribunais (n.º 1) e de actos (ou factos) (n.º 2) de entidades que pratiquem actos administrativos e de entidades dotadas de poderes públicos (aqui se incluindo qualquer entidade dotada de poderes públicos, nomeadamente judicial - desde que se não trate de uma decisão judicial em sentido estrito, caso em que entra no âmbito do n.º 1).

Resultará, em resumo do que se expendeu, que o titular do direito fundamental alegadamente violentado dirige-se a um Alto Tribunal, pedindo a reparação do direito *contra* (ou por referência ao) o tribunal autor da decisão judicial ora em causa. Nesta *lide processual* teremos, pois, de um lado o titular do direito fundamental e, do outro, o tribunal/juiz *desrespeitador* daquele direito[67].

Explicam CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA que os sujeitos da pretensão do amparo são, por um lado as partes, pelo outro, o tribunal ante o qual se deduz o pedido e de que se pretende receber satisfação; as partes são, por seu turno, duas, o autor - aquele que pede amparo - e o demandado - qual seja aquele dos poderes públicos que haja violado o direito, cuja representação e defesa caberá ao "*Abogado del Estado*"[68].

Finalmente, parece curial não *esquecer* neste processo de amparo eventuais "contra

66 Sobre este ponto, CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA, *El Recurso de Amparo*, Tecnos, 1988, pág. 125. A lei venezuelana fala, a este propósito, em "*acção de amparo contra um tribunal*".

67 Daqui haverá que retirar que não deverá o juiz que eventualmente haja *composto* o tribunal atacado pela decisão judicial violadora, tomar parte na decisão de amparo, porque, em dada medida, será, nos termos expostos, *parte na causa* do amparo. Esta é a solução expressamente consagrada na Lei mexicana, quando estatui, no seu artigo 66º, IV, que estão impedidos os juizes que "*hubieren emitido, en otra instancia o jurisdiccion, la resolucion impugnada*". Diferentemente decidiu o TSJ, por referência a um processo de amparo, concluindo não estarem *"impedidos no tribunal pleno os juizes que intervieram no acórdão da secção do T.S.J. de que se recorre*", Acórdão nº 1015. FAUSTINO CORDÓN MORENO esclarece que se "*trata de* ***violações produzidas dentro do processo por juizes ou tribunais***" que afectam direitos fundamentais (destacado nosso), *El Processo…*, pág. 146. *Vide*, por exemplo, situações próximas em processos de fiscalização da constitucionalidade no TC, GOMES CANOTILHO, *Direito cit.*, págs. 896-897, adverte que não se trata de um *processo contraditório*.

68 *Ob.cit.*, págs. 137-138.

interessados", *maxime* a contra parte do processo que originou a decisão judicial atacada[69].

IX

CONTEÚDO E EFEITOS DAS DECISÕES DE AMPARO

É possível, naturalmente, tirar dois tipos de decisão: denegatória de amparo e concedente de amparo (ou, outorgadora ou estimatória, em terminologia castelhana).

Neste âmbito apenas se tratará das decisões que concedam amparo, por serem essas, as que efectivamente relevam para estudo.

No silêncio da lei, há que procurar na intencionalidade que o legislador configura no instituto do amparo pistas para a concretização do conteúdo e efeitos da decisão concedente, ou seja, tentar descortinar quais são os remédios de que o tribunal de amparo pode lançar mão para assegurar o gozo e exercício dos direitos fundamentais violados[70]. Uma vez mais, é útil recorrer aos ensinamentos que o direito comparado comporta.

Como lapidarmente afirma FERNANDO ALVES CORREIA, referindo-se ao recurso ou acção de amparo, "*Uma preocupação comum a todos os ordenamentos jurídicos que conhecem aquele mecanismo processual de protecção dos direitos fundamentais é atribuir à decisão que concede o amparo a maior eficácia possível, em termos de ela pôr termo à lesão ou ameaça de lesão do direito fundamental e, sendo caso disso, reintegrar o cidadão no pleno gozo do seu direito*."[71].

Estabelece então o artigo 55.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional de Espanha que as sentenças que outorgam o amparo conterão algum ou alguns dos seguintes pronunciamentos: a) declaração de nulidade da decisão, acto ou resolução impugnada e impeditiva do gozo do direito na sua plenitude, com determinação, *in casu*, da extensão dos seus efeitos; b) reconhecimento do direito ou liberdade pública; e, c) restabelecimen-

69 Pegando no exemplo espanhol do amparo constitucional deduzido contra decisão judicial, rege a norma de convidar a outra parte no processo que originou a sentença atacada para que, querendo, *compareça* no processo do amparo.

70 GOMES CANOTILHO, *As Palavras … cit*., pág. 129.

71 *Relatório cit*., pág. 109.

to do recorrente na integridade do seu direito ou liberdade, com a adopção das medidas apropriadas, ***in casu***, para a sua conservação.

Os pronunciamentos que podem incorporar a sentença estimatória podem ser alternativos ou cumulativos, sendo que, no mínimo admissível, deverá proceder ao reconhecimento do direito fundamental[72].

A declaração de nulidade pode ser limitada nos seus efeitos, detendo aqui o Tribunal uma ampla margem de decisão, podendo, pois, matizar os efeitos dessa declaração de nulidade, não podendo, no entanto, esta nulidade declarada redundar na eliminação dos efeitos da própria declaração de nulidade[73].

No nosso direito, poderá, eventualmente, constituir-se como forma adequadamente próxima daquela declaração de nulidade a figura da revogação da decisão judicial enferma.

Na Venezuela, em sede de "amparo autónomo" a decisão é sempre restabelecedora da situação jurídica violada, pelo que ao juiz são reconhecidos amplos poderes para ordenar e garantir ao lesado o gozo dos direitos[74].

A estas medidas se pode acrescentar a possibilidade de adopção de outras de carácter preventivo, como procedimentos cautelares[75].

GOMES CANOTILHO, pronunciando-se sobre o amparo *macaense* exprime o seguinte quadro: restabelecimento do recorrente na integralidade dos direitos violados e, se necessário, medidas adequadas para a sua conservação e, ainda, reconhecimento em termos declarativos ou injuntivos do direito com o conteúdo que lhe é normativamente reconhecido; remata dizendo que aqueles conteúdos apontam para sentenças de vários

72 GERMAN FERNANDEZ FARRERES, *El Recurso de Amparo Según la Jurisprudencia Constitucional*, Marcial Pons, 1994, pág. 315.

73 *Idem*, págs. 322 e seguintes.

74 FERNANDO ALVES CORREIA, *Relatório … cit*., pág. 109; CARLOS AYALA CORAO, *ob. cit*., pág. 42. Para maiores desenvolvimentos e para consulta a outras experiências jurídicas, aquele *Relatório … cit.*, bem como, os diversos relatórios nacionais insertos na mesma publicação. A título de mera ilustração, a Sentença 6/1995, de 10 de Janeiro, da sala primeira do Tribunal Constitucional (espanhol) que conclui estimando o recurso de amparo e, por isso, declarando o direito do autor à liberdade de expressão, declarando a nulidade de uma parte da sentença visada (e a correspondente confirmação efectuada por tribunal superior) e, declarando a nulidade de uma sanção antes imposta ao autor pela entidade privada para a qual este trabalhava (http://.iusport.es/jurispru/sen-tfe.htm).

75 Neste sentido, GOMES CANOTILHO, *As Palavras .. cit*., pág. 129. Veja-se, ainda WLADIMIR BRITO, *ob. cit*., pág. 30.

tipos - constitutivas, declarativas e condenatórias[76].

É de afastar do feixe de poderes do tribunal de amparo a apreciação do fundo da causa, que não, entenda-se, a apreciação do "fundo de violação" dos direitos fundamentais[77].

X
RECURSO DE AMPARO *VERSUS* RECURSO DE CONSTITUCIONALIDADE - (DE NOVO) OBJECTO E NATURAZA

O recurso de amparo do n.º 1 do artigo 17.º da LBOJM é, como se viu, um *recurso* de decisões judiciais individuais violadoras de direitos fundamentais em si mesmas.

Visa a defesa de um direito fundamental mediante um (contra) ataque à decisão judicial enferma.

Não é, por conseguinte, uma impugnação ou ataque a normas, seja ele um recurso de constitucionalidade, seja um recurso de legalidade (reforçada).

Nos termos anteriormente expostos, esta conclusão é, salvo melhor entendimento (que se não vislumbra), cristalina. Pelo que se discorda, em absoluto, da conclusão a) do acórdão do TSJ tirado a 10 de Março do corrente ano sobre o recurso n.º 944 (paradigma da orientação jurisprudencial relativa à *quaestio* , já *vexata,* do amparo) - *"o amparo é um recurso de constitucionalidade-legalidade*"[78].

Mas também, por consequência, da conclusão b) - "*No seu âmbito não cabe a discussão da inconstitucionalidade-ilegalidade da decisão judicial em si, mas da(s) norma(s)*

76 *Idem*, pág. 130. Recorde-se que LINO RIBEIRO/CÂNDIDO DE PINHO, ob. e loc. *cit.* falam em "*acção constitutiva*".

77 GOMES CANOTILHO, *As Palavras … cit*., pág. 129.

78 Conclusão reafirmada em vários outros acórdãos subsequentes, sendo todavia, de mencionar a declaração de voto inscrita no acórdão nº 1084, onde se afirma "*entendo serem susceptíveis de recurso de amparo as decisões em si dos Tribunais que ofendam direitos fundamentais garantidos pelo EOM e não, conforme se depreende da fundamentação do Acórdão, apenas nos casos em que naquelas decisões se suscitem questões relacionadas com a aplicação ou interpretação de normas jurídicas que contendam com os direitos fundamentais estabelecidos naquele Estatuto, essas sim, próprias do recurso de constitucionalidade.".*

aplicada(s).".

Procurando não repetir argumentos já anteriormente aduzidos, agora cabe apenas, quando se justifique, relembrá-los e, bem assim, carrear outros mais.

A admitir-se como boa a conclusão a) do referido acórdão, então, haveríamos de, **necessariamente**, concluir pela existência de recurso de amparo na ordem jurídica portuguesa, por virtude, precisamente, da consagração do chamado recurso de constitucionalidade previsto no artigo 280.º da CRP (fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade). E também em Macau, dado constituir, que se saiba, entendimento pacífico a vigência daquele instituto - veja-se o n.º 1 do artigo 41.º do EOM.

Mas assim não tem entendido, bem quanto a nós, nem a jurisprudência, nem a doutrina.

Com este entendimento - ou seja, inexistência de qualquer instituto de amparo/acção constitucional de defesa -, nomeadamente não atribuindo ao recurso de constitucionalidade português a configuração ou o perfil de um amparo de direitos, encontramos, sem sermos exaurientes:

GOMES CANOTILHO[79], GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA[80], JORGE MIRANDA[81], ANTÓNIO VITORINO[82], FERNANDO ALVES CORREIA[83], VITALINO CANAS[84], PAULO OTERO[85], ARMINDO RIBEIRO MENDES[86], JOSÉ MAGALHÃES[87], JOSÉ CASALTA NABAIS[88], PIERRE BON[89], JORGE LACÃO[90].

79 *Direito … cit*., pág. 461.

80 *Constituição … cit*., págs. 162-163, 1016.

81 *Manual … cit*., T. II, págs. 357-358 e 450-451.

82 *Protecção Constitucional e Protecção Internacional dos Direitos do Homem: Concorrência ou Complementaridade*, AAFDL, 1993, pág. 84.

83 *A Fiscalização … cit*., págs. 9-10.

84 *Os Processos … cit*., págs. 62 e seguintes.

85 *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex, 1993, págs. 67 e seguintes.

86 *Relatório* sobre o Tribunal Constitucional português em Documentação e Direito Comparado *cit.*, págs. 710 e 756.

87 *Dicionário da Revisão Constitucional*, P.E.A., 1989, pág. 90.

88 *Les Droits Fondamentaux dans la Jurisprudence du Tribunal Constitutionnelle*, "La Justice Constitutionnelle au Portugal", Economica, Paris, 1989.

89 *Presentation Generale*, *in idem*, pág. 136.

90 *Constituição da República Portuguesa -4ª Revisão, 1997,* pág. 100.

Referindo-se, por seu turno, à novidade (ou, se se preferir, à criação *ex novo* pela LBOJM) do amparo no ordenamento de Macau:

GOMES CANOTILHO[91], JORGE MIRANDA[92], FERNANDO ALVES CORREIA[93], ANTÓNIO VITORINO[94], JORGE NORONHA E SILVEIRA[95], PAULO CARDINAL[96], PAULO PEREIRA VIDAL[97], JORGE COSTA OLIVEIRA/PAULO CARDINAL/PAULO PEREIRA VIDAL[98], ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES[99], ARMANDO ISAAC[100].

Mas também o TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA[101] e o PROCURADOR GERAL ADJUNTO DE MACAU[102].

Ou seja, ao pretender reconduzir (porque *"homólogo",* nos dizeres daquele acórdão n.º 944) o amparo do n.º 1 do artigo 17.º da LBOJM a um recurso de constitucionalidade, o TSJ acabará por ter de cair na conclusão de que o recurso de constitucionalidade do artigo 280.º da CRP é, por seu turno, um recurso de amparo (ou acção constitucional de defesa ou queixa constitucional). Se há semelhança de um com o outro, então a inversa terá de ser verdadeira. Se X equivale a Y, logo, imperativamente, Y equivale a X.

Como parece demonstrado à abundância, tal equiparação não é nem fundamentada, nem verdadeira.

Dada a originalidade da mencionada equiparação - onde os meios seriam homólogos, apenas variando a instância competente, duplicando-se e sobrepondo-se, por esta via

91 *As Palavras … cit*., pág. 123.

92 *Manual … cit*., T. II, pág. 530.

93 *A Fiscalização … cit*., págs. 9-10.

94 Em o Direito, Junho de 1995, págs. 12-13, onde afirma ser esta (introdução do amparo) "*uma experiência muito motivante e inovatória no ordenamento jurídico português*" e, adiante, constituir "*uma sugestão excelente tendo em vista criar um novo mecanismo de garantia e de tutela dos direitos individuais dos cidadãos que fosse mais dinâmico, mais activo e subtraído a algum cepticismo formalista*" sendo a ideia a de *"construir um sistema mais informal e mais eficaz*".

95 *A Fiscalização … cit*., pág. 291, propugnando a criação de um recurso autónomo para protecção dos cidadãos.

96 *O Amparo … cit*., págs. 51-52 e 72.

97 *A Organização Judiciária de Macau*, a publicar na Revista Jurídica de Macau, pág. 11.

98 *Macau*, Asia-Pacific Constitutional Yearbook, Melbourne, 1995, pág. 87.

99 *O Princípio da Separação dos Poderes na Lei Básica da Futura Região Administrativa Especial de Macau*, Revista Administração, nº 41, pág. 721.

100 *Substantive…cit*., pág. 16.

101 Em Acórdão proferido sobre o Recurso nº 944-A.

102 Parecer, de 5-3-1999, no âmbito do processo conducente ao Acórdão antes citado.

de entendimento, meios jurisdicionais(!) - para que, nos nossos espíritos, não reste sombra de dúvida, somos impelidos a proceder a uma longa e maçuda operação de reprodução de doutrina firmada pelos nossos ilustres especialistas na matéria.

"Não existe em Portugal, como se sabe, nada de semelhante ao amparo de países hispânicos ou à verfassungsbeshwerde de países germânicos."[103], afiança JORGE MIRANDA.

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA afirmam, em anotação ao artigo 280.º da CRP *"O nosso sistema de fiscalização não conhece o recurso para o TC de actos concretos de violação de direitos fundamentais que existe noutros sistemas (verfassungsbeshwerde, recurso de amparo.)"* ainda, *"Mas a defesa de direitos fundamentais contra actos jurisdicionais pode assumir estatuto autónomo quando (…) se admita um recurso específico de defesa de direitos fundamentais (…) como acontece em alguns ordenamentos constitucionais estrangeiros («recurso de amparo», «acção constitucional de defesa»). A CRP não reconhece tal direito*".[104]

FERNANDO ALVES CORREIA relata que *"Em Portugal, como já foi apontado, não estão consagradas quaisquer modalidades específicas de protecção jurisdicional de direitos fundamentais (se bem que exista o instituto de habeas corpus …). Tal não significa, porém, que a intervenção do Tribunal Constitucional português no âmbito da protecção dos direitos fundamentais seja desprovida de relevo. (…) Essa intervenção não assume, contudo, nem a amplitude, nem a eficácia do «recurso de amparo»*".[105]

Assevera, tranquilamente segundo a sua própria expressão, VITALINO CANAS que *"no nosso ordenamento jurídico-constitucional não existe a chamada queixa constitucional (verfassungsbeshwerde)*".[106]

Constata precisamente este mesmo facto PAULO OTERO quando afirma*: "inexistindo a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, ao invés das figuras «verfassungsbeshwerde» ou do «recurso de amparo» existentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros*"[107] e, em jeito confirmativo, expõe essa mesma ideia em outro ponto adiante

103 *Manual …cit*. Tomo IV, pág. 238.

104 *Constituição …cit*., págs. 1016 e 162 respectivamente.

105 *Relatório … cit*., pág. 101.

106 *Os Processos … cit*., pág. 62.

107 *Ensaio … cit*., pág. 67.

da sua obra.

Afina pelo mesmo diapasão GOMES CANOTILHO, quando escreve *"é certo que, não obstante as diversas tentativas para a introdução de uma acção constitucional de defesa no ordenamento jurídico português, ainda hoje não existe, em Portugal, qualquer instituto semelhante ao recurso de amparo*."[108].

Verificada e demonstrada que está a inexistência - por virtude do art. 280.º da CRP - de amparo em Portugal e em Macau, não obstante, precisamente, a presença do recurso de constitucionalidade, importa aprofundar algumas questões.

Recorde-se que o objecto do recurso de amparo, e consequentemente a petição de amparo, é a defesa de direitos fundamentais. Precisando, "*o recurso de amparo destina-se à protecção de situações subjectivas - direitos fundamentais lesados - e não a servir de sucedâneo a excepções de constitucionalidade*"[109]. O que está em causa nos meios de amparo é aquilo a que alguns autores chamam uma violação do *estatuto constitucional subjectivo*.

Não cabendo nestes casos qualquer outro tipo de pretensão, nomeadamente um pedido de declaração/pronúncia de inconstitucionalidade de normas jurídicas.

Aliás, é o que se afigura decorrer desde logo da lei, quando esta afirma que o "*recurso é directo e* ***restrito à violação***".

É, nos termos apontados, uma acção *pessoalísssima* e não já o meio apropriado para a protecção da constitucionalidade objectiva[110].

É inadmissível que se apresente uma petição de amparo articulando também um pedido de impugnação de normas, como diz GERMAN FERNANDEZ FARRERES acerca de um sistema que comporta, globalmente considerado, como o de Macau depois da LBOJM, amparo e recurso de constitucionalidade, **a pretensão deduzida em recurso de amparo não pode ser a de obter a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, porque a tal declaração só pode aceder-se através dos procedimentos próprios**[111]. Mais, se

108 *As Palavras … cit.*, pág. 123.

109 GOMES CANOTILHO, *As Palavras … cit.*, págs. 129-130.

110 JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, *Organos de fiscalizacion de la constitutionalidade*, Documentação e Direito Comparado *cit.*, pág. 823.

111 *El Recurso … cit.*, pág. 327. CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA afirmam que o que é decisivo é que um acto haja

for convicção do tribunal de amparo (secção do TC) que há uma norma possivelmente inconstitucional envolvida, depois de concedido o amparo, é aberto um (novo) processo no pleno para, então aí apreciar e declarar a inconstitucionalidade.

Este é, resumidamente, o sistema espanhol, ponto de referência obrigatório na galáxia dos que aderiram ao sistema de amparo.

Pelo recurso de amparo prossegue-se, inapelavelmente assim há que considerar, **um interesse subjectivo** e não um qualquer interesse objectivo, como seja o da emissão de um juízo de inconstitucionalidade.

O interesse presente no recurso de constitucionalidade, mesmo nos casos da alínea b) do n.º 1 e n.º 4 do artigo 280.º da CRP, é, na sua predominância, objectivo.

Num caso - amparo - o objecto é a defesa (reparação) de um direito fundamental, constituindo, em palavras do TJS "***objecto privilegiado senão exclusivo do recurso***"[112], ao passo que, no outro - recurso de constitucionalidade - o objecto é a questão da (in) constitucionalidade, imputada a uma norma jurídica[113].

Num caso - amparo - a natureza do processo é subjectiva, no outro - recurso de constitucionalidade - a natureza do processo é predominantemente objectiva.

Recorremos, uma vez mais, por mais claras e dotadas de maiores argumentos de autoridade, a palavras alheias adiante condensadas:

"*Para nós, os processos de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, **na fase em que ela é feita no Tribunal Constitucional**, são processos predominantemente objectivos.".*

*"O Tribunal não se pronuncia sobre qualquer espécie de direitos ou interesses subjectivos **em concreto**.".*

"E ainda que a resolução da questão da constitucionalidade tenha por consequência a fruição de um direito fundamental (tal não é, porém, inexorável) ela será uma

produzido uma lesão de um direito fundamental, "*sendo indiferente que o acto haja sido emanado em aplicação de uma norma inconstitucional ou como consequência de uma errónea interpretação de uma norma que está em absoluta conformidade com a Constituição.*", *ob.cit.*, pág. 157.

112 Acórdão de 6/4/1995, processo nº 285, publicado em Jurisprudência, pág. 259.

113 *Vide* GUILHERME DA FONSECA/INÊS DOMINGOS, *Direito Processual Constitucional - Recurso de Constitucionalidade*, Coimbra Editora, 1997, pág. 23, entre muitos outros.

***consequência indirecta**".*

"*O processo perante o TC não tem por finalidade a tutela desses interesses ou direitos"* (do processo-pretexto).

"O direito concedido (…) de recorrer ou simplesmente de participar, **é um direito de carácter adjectivo***".*

"Em suma: o único interesse substantivo directamente envolvido e tutelado nos processos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da legalidade **é o interesse objectivo da *constitucionalidade e da legalidade***. *Qualquer outro interesse atinge, no máximo, relevância meramente processual."*[114].

Também se afastam afirmações ou argumentos *ajurídicos* de teor especulativo segundo os quais o recurso de amparo se destinava a suceder ao recurso de constitucionalidade e, talvez por isso, o legislador não tenha sentido necessidade de o regular desde logo. Ainda recentemente se comprovou a falência de tal entendimento, mediante a atribuição ao TSJ de competências de fiscalização concreta da constitucionalidade[115], a par da manutenção do recurso de amparo. Não só coexistem, como são da competência do mesmo tribunal: pleno do TSJ. Que sentido faria tal opção se amparo e recurso de constitucionalidade forem idênticos ou uma mesma realidade?

Ora, no que ao primeiro aspecto toca, nada existe no procedimento legislativo que possa justificar tal afirmação, bem pelo contrário. Com efeito, uma leitura do já citado Parecer da CACDLG da Assembleia da República aponta para o acrescento, não para a substituição. Também o autor que prognosticou a criação de um recurso de amparo, nos falava de um **recurso autónomo - a acrescer à fiscalização da constitucionalidade**[116].

No que releva ao segundo aspecto, não será demais relembrar que, em locais, circunstâncias e poderes diversos, se proclamou a necessidade ou o desejo de se proceder à regulamentação processual do amparo. Assim foi em Linhas de Acção Governativa, Relatórios do ACCCIA, discursos e intervenções vários, decisões judiciais, como se pode constatar

114 VITALINO CANAS, *Os Processos … cit.,* págs. 62-66.

115 Veja-se o Decreto do Presidente da República nº 118-A/99, de 20 de Março e o Decreto-Lei nº 20/99/M, de 24 de Maio.

116 JORGE NORONHA E SILVEIRA, ob. e loc. *cit.*, atribuindo ao recurso de amparo uma função adicional utilitarista, qual era a da rentabilização do tribunal superior, aditando o amparo ao recurso de constitucionalidade ao leque de funções a atribuir.

pela leitura do nosso artigo já aqui citado[117].

E também não se argumente - contra a letra da lei de amparo (e, como se viu, contra o espírito) - que "*não pode estar em causa a violação estatutário-constitucional da decisão em si, mas sim da decisão na medida em que aplicou norma, segmento de norma ou sua interpretação, contrária a direitos fundamentais*", tal como o faz o citado Acórdão do TSJ, relativo ao recurso n.º 944.

Em doutrina contrária, aliás, à de Acórdão do mesmo tribunal, relativo ao recurso n.º 944-A, porquanto aí se afirma, por intermédio de citação, que o amparo consagrou a possibilidade de o particular reagir contra decisão judicial.

Pelo que, nada importa considerar qual o conceito de norma para efeitos de recurso.

Repete-se, este amparo macaense é **um recurso de decisões judiciais violadoras em si mesmas de um direito fundamental**.

E há, naturalmente, decisões judiciais inconstitucionais. Coisa diferente é indagar se existe, ou não, remédio, para atacar esse tipo de decisões. Em Portugal não existe, em Macau sim. Pelo que este argumento improcede de igual modo[118].

As decisões judiciais podem ser em si mesmas inconstitucionais, como afirmam peremptoriamente GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA[119].

Por tal razão, insistem os mesmos autores em que "*A verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende directamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastantes os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêem a possibilidade de recurso para o TC nessas hipóteses,*

117 Aliás, não deixará de ser curioso e, simultaneamente, desanimador que, louvando-nos em notícias públicas (cujo rigor se desconhece), a nova legislação judiciária não contemple o recurso de amparo, ou, pelo menos, a sua tramitação.

118 Nem vale recorrer ao proémio do artigo 280º da CRP na parte em que afirma que o recurso cabe das decisões dos tribunais, daí tentando retirar que, não obstante a letra da lei, não há recurso constitucional a decisões judiciais. É desprovida de qualquer valor a confusão que possa ser gerada da leitura hermética daquele passo, sem atender, portanto, ao restante normativo revelado por aquele artigo. Vide, por exemplo, GUILHERME DA FONSECA/INÊS DOMINGOS, *ob.cit.,* págs. 24-26, que tratando apenas de recurso de constitucionalidade, acham por bem advertir que em Portugal não há ataque a decisões judiciais em si mesmas….

119 *Constituição …cit*., pág. 1016. Veja-se, ainda, entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Lisboa, 1988, págs. 316 e seguintes.

sobretudo quando se trate de casos respeitantes a direitos fundamentais"[120].

Pedindo o obséquio de recorrer a linguagem figurativa, a consideração deste recurso de amparo como um recurso de constitucionalidade-legalidade equivaleria à manipulação genética de que resultaria a modificação do sistema cromossomático, provocando-lhe, destarte, a alteração do género.

Aqui chegados é bom de observar o que já antes de tudo isto se podia ver: **o recurso de amparo não pode nunca ter um objecto positivamente conflituante com o recurso de constitucionalidade**[121].

XI

TRAMITAÇÃO PROCESSUAL DO AMPARO DE DECISÕES JUDICIAIS

O recurso de amparo, em ambas as vertentes, não foi, até hoje, regulamentado, incorrendo numa lacuna de estatuição, que não de previsão[122]. Bom de perceber as dificuldades e os inconvenientes que esta situação de lacuna coloca a magistrados, advogados, e titulares de direitos fundamentais lesados. Os tribunais locais, repete-se, têm estado bem ao admitir os recursos de amparo e ao emprestarem-lhe tramitação, concretizando, deste modo, "*uma protecção judicial sem lacunas*" [123] imposta pelo artigo 20.º da CRP.

Acompanha-se doutrina do TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA quando, certeiramente, afirma, perante o recurso n.º 944-A, "*Ora, não faria sentido que a sua tramitação dependesse do tipo de processo em que é proferida a decisão recorrida.*

Antes, tratando-se de um único remédio, há que buscar uma tramitação unitária, independentemente do acto jurisprudencial impugnado o ser em acção civil, em processo

120 *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pág. 259. Neste mesmo sentido e com idêntica preocupação, PAULO OTERO, *ob. cit.*, págs. 119 e seguintes, advogando a necessidade de controlar tais decisões judiciais inconstitucionais, mesmo havendo caso julgado.

121 Neste sentido, ARMANDO ISAAC, *O Princípio … cit*., pág. 3.

122 Sobre estas noções, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, Almedina, 7ª ed., 1993, pág. 422.

123 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição cit*., pág. 164.

penal ou em qualquer outro.".

Bem tem estado e não é demais sublinhá-lo, neste particular, o TSJ mandando processar todos os amparos por uma única tramitação, contrariando, quando é caso disso, decisões de primeira instância.

A pergunta que se impõe é a de saber qual o processo a aplicar. Há, assim, que encontrar a disciplina processual una e adequada.

Disciplina adequada às características do instituto, nomeadamente, quanto à *ratio*, natureza, objecto, pretensão e princípios determinativos.

É, deste modo, curial manter presentes considerações anteriormente expendidas sobre aqueles vectores.

Ora bem, havendo caso omisso, há que recorrer às regras expostas pelo artigo 9.º do Código Civil de Macau - integração das lacunas da lei - as quais, resumidamente, apontam para, em primeira linha, integrar a lacuna por recurso à analogia, sendo que, na falta de caso análogo, "*a situação é resolvida segundo a norma que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*", como nos revela o n.º 3.

A concluir-se pela inexistência de caso análogo ao "recurso de amparo", então há que procurar a norma (conjunto de normas) integrativa, norma essa que se apresente como a mais adequada ao espírito do sistema, tal como se refere no Parecer do senhor PROCURADOR GERAL ADJUNTO, de 5 de Março de 1999.

Se este for o caminho, encontramos mais um argumento para distanciar o recurso de amparo do recurso de constitucionalidade, dado que, se fossem análogas (homólogas) as situações, então, a integração da lacuna estava a ser concretizada ao abrigo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º do Código Civil de Macau e já não pela via do n.º 3.

Em tese, afigura-se-nos, embora com dúvidas sérias, ser possível descortinar alguns casos potencialmente detentores de (alguma) analogia, medida em função das razões justificativas da solução fixada na lei[124], com o amparo do n.º 1 do artigo 17.º da LBOJM:

- processo de *habeas corpus*;

- processo de jurisdição voluntária de tutela da personalidade;

124 PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 1987, pág. 59.

- recurso extraordinário de revisão;

- processo de tutela dos direitos de reunião e de manifestação.

No que respeita ao primeiro caso, **processos de *habeas corpus*** - artigos 204.º e seguintes do Código de Processo Penal -, há evidentes pontos de contacto, quer quanto ao fim prosseguido, tutela de um direito fundamental, quer quanto à celeridade pretendida, quer quanto à atribuição de competência ao Alto Tribunal (em ambos os casos, em virtude de detenção ilegal e de prisão ilegal).

Tem a natureza de uma acção autónoma e trata-se de "*um expediente que se traduz na intervenção do poder judicial para fazer cessar as ofensas do direito da liberdade pelos abusos da autoridade*"[125], consistindo, essencialmente, numa providência expedita contra a prisão ou detenção ilegal, sendo, por isso, uma garantia privilegiada daquele direito fundamental[126].

Resultam agora mais vincados os pontos de contacto entre o amparo e este instituto importado do sistema inglês, de tal modo que houve já quem o qualificasse como processo de amparo especial[127].

Deverá, nesta conformidade, aplicar-se ao recurso de amparo o procedimento desta providência específica[128]?

Sem embargo de tal tramitação se adequar mais ao espírito do amparo do que, por exemplo, as regras da apelação ou do agravo, somos tentados, ainda assim, a responder negativamente. Por um lado, o objecto desta acção é deveras restrito, por outro lado, o conteúdo da decisão judicial é claramente limitado. Acresce a circunstância de se inscrever numa lógica processual muito particular que é a do processo penal e, por isso, de difícil *exportação*.

Finalmente, para aqueles que considerarem o amparo como um recurso, então este processo dificilmente seria compaginável com o amparo contra decisões judiciais.

125 LEAL-HENRIQUES/SIMAS-SANTOS, *Código de Processo Penal de Macau*, Macau, 1997, pág. 474.

126 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição … cit.*, pág. 199. Ver, ainda, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Verbo, 1993, pág. 260.

127 GOMES CANOTILHO, *As Palavras … cit.*, pág. 131. Remeta-se, ainda, para o trabalho já aqui citado de MARCELLO CAETANO, págs. 342 e seguintes. Por outro lado, é pertinente notar que, em alguns ordenamentos latino americanos, o habeas corpus é submetido às regras gerais do amparo, havendo ainda o caso colombiano onde à especial tramitação do habeas corpus acrescem as regras da acção de tutela; ver, para maiores desenvolvimentos os diversos relatórios nacionais em Documentação e Direito Comparado … *cit.*

128 Esta é a tese propugnada por ARMANDO ISAAC, *Estudo inédito*.

Quanto ao **processo de jurisdição voluntária de tutela da personalidade**, encontramos, igualmente, vários pontos comuns ao recurso de amparo.

Este processo está pensado para tutelar de uma forma autónoma e, em certo sentido, especial, os direitos de personalidade previstos e contidos, nomeadamente, no n.º 1 do artigo 67.º do Código Civil de Macau. Ora, vários desses direitos de personalidade são direitos fundamentais, quer direitos, liberdades e garantias dentro do catálogo constitucional, quer direitos, liberdades e garantias fora do catálogo, *ex vi* o artigo 16.º, n.º 1, da Constituição.

É claro o propósito do legislador em proteger esses direitos, quer da ofensa, quer mesmo da ameaça, por recurso a "*providências adequadas às circunstâncias do caso"*, ou seja, através de meios expeditos, de defesa do direito em causa e com o intuito de, quando seja o caso, repor o titular do direito no pleno gozo e exercício desse direito[129].

O mecanismo judicial de tutela é precisamente o processo de jurisdição voluntária - com os corolários daí decorrentes, *v.g.* celeridade e simplicidade[130] - de tutela da personalidade, previsto nos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil (actualmente artigo 1210.º), processo este, vinque-se, não excludente de outros meios adequados às circunstâncias do caso,[131] designadamente procedimentos cautelares - entendimento este expressamente acolhido no n.º 4, do artigo 67.º do novo Código Civil de Macau[132].

Como bem diz CAPELO DE SOUSA, este processo é marcado "*por **objectivos de celeridade e simplicidade** processual*"[133].

129 A este propósito se afirmou que: "*Uma outra nota comum reside na regra de adequação das providências cíveis preventivas ou restitutivas da personalidade às circunstâncias de cada caso concreto. Ou seja, a moldura, a profundidade e a duração de cada uma dessas providências não estão aprioristicamente determinadas pelo legislador, antes deverá o julgador estruturá-las casuisticamente, sem dúvida que em função dos objectivos, teleologicamente definidos na parte final do nº 2 do artigo 70º do Código Civil, de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, mas detendo aí o julgador uma larga, embora responsabilizante, margem de ponderação de interesses, que lhe permite decretar providências atípicas, não especificadas mas ajustadas à multiplicidade das situações da vida real",* CAPELO DE SOUSA*, O Direito Geral De Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 474.

130 CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.* pág. 480.

131 Cfr., MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1985, pág. 208.

132 Sobre esta alteração, PAULO MOTA PINTO, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, comunicação apresentada às Jornadas de Direito Civil e Comercial: O Código Civil e o Código Comercial de Macau, Setembro de 1999, pág. 10.

133 *O Direito … cit*., pág. 480. De seguida, procede a uma descrição do processo, da qual sobressaem as grandes linhas orientadoras já antes assinaladas. A este propósito, afirma BORGES SOEIRO que se está perante procedimentos céleres, não sujeitos a critérios de legalidade estrita onde se deve adoptar em cada caso a solução mais conveniente e oportuna, *O Novo Código de Processo Civil de Macau*, Governo de Macau, 1998, pág. XXI.

Este meio de tutela dirige-se, tal como o recurso de amparo, a uma panóplia de direitos - reforçada entretanto com a aprovação do novo Código Civil que alarga bastante o elenco dos direitos de personalidade[134]. Caracteriza-se pela celeridade e simplicidade (n.º 5 do artigo 20.º da CRP - que inculca a ideia de amparo ordinário), dá ao juiz grande margem de actuação e, consequentemente, à decisão judicial que emerge do processo, um conteúdo amplo e maleável. Por outro lado, está sediado no processo civil - o processo matriz e integrador por excelência das lacunas processuais.

Quanto a nós, é aquele que, apesar de tudo, mais semelhança material, que não formal, detém com o recurso de amparo contra decisões judiciais, até porque como afirma ANTUNES VARELA não há nestes casos um conflito de interesse entre as partes mas sim um **interesse fundamental tutelado** pelo direito[135]; podendo, como tal, constituir o caso análogo integrador da lacuna, sujeito às naturais adaptações.

Todavia, como óbices a esta solução podem perfilar-se: a admissão de recurso da decisão judicial, o tribunal competente (1.ª instância) e uma certa falta de densidade jurisdicional na função do tribunal de jurisdição voluntária[136].

Relativamente ao **recurso extraordinário de revisão**, cumpre-nos, apenas, dar notícia de uma sugestão de PAULO OTERO, surgida a propósito de decisões judiciais inconstitucionais em si mesmas, ou seja, cujo conteúdo ofenda directa e imediatamente a CRP, sem interposição de qualquer norma - por exemplo recusando o reconhecimento de um direito consagrado na Constituição através de norma exequível por si mesma, ou seja direitos, liberdades e garantias[137].

Constatado este défice processual, procura (sem encontrar) nos meios jurídico-positivos existentes um mecanismo de fiscalização que, em nome do direito de acesso aos tribunais, possa concretizar o desiderato pretendido, propondo então um recurso extraordinário atípico, a interpor sempre que se hajam esgotados os respectivos recursos ordinários, a ser regido pelas regras gerais do recurso de revisão, sem prejuízo das necessárias adaptações[138].

134 Sobre as novas *dimensões* dos direitos de personalidade no âmbito do Código Civil de Macau, veja-se PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*

135 ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., 1985, pág. 69.

136 Cfr. ANTUNES VARELA, *ob. .cit.,* págs. 70 e seguintes, nomeadamente quanto aos princípios aí enunciados.

137 *Ensaio … cit*., pág. 66.

138 Ob. ant. *cit.*, pág. 121, e com grande desenvolvimento, págs. 121 e seguintes.

É verdade que, nas palavras de PALMA CARLOS, este recurso extraordinário se destina a **combater vícios da sentença** e se apresenta como um "**recurso de reparação**", sendo descendente da vetusta **acção de anulação** do caso julgado prevista no Código de Processo Civil de 1876[139] - características que poderão inculcar alguma possível similitude com o amparo.

No entanto, este recurso de revisão é extraordinário face ao *normal* recurso extraordinário de revisão. E pressupõe o esgotamento dos recursos ordinários (melhor, pressupõe a existência de caso julgado); por outro lado, pode destinar-se à tutela de direitos fundamentais, mas também à tutela objectiva de preceitos constitucionais - não é, por isso, pelo menos em alguns casos, um remédio para uma situação subjectiva. Todos estes considerandos nos levam a concluir que, sendo embora uma solução possível, não se perfila como a mais adequada ao recurso de amparo.

No que tange ao **processo de tutela dos direitos de reunião e de manifestação**, previsto no artigo 12.º da Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio, cremos que reúne virtualidades positivas, desde logo pela sua génese[140], afigurando-se, contudo, mais próximo do amparo do n.º 2 do artigo 17.º da LBOJM, do que do amparo contra decisões judiciais.

O TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA, em acórdãos citados, entendeu por bem aplicar a tramitação do **recurso de apelação**, o que nos merece reservas, desde logo por constituir, precisamente, o recurso ordinário típico matriz - artigos 691.º e seguintes do CPC - logo, um processo formal pouco sensível à celeridade e especiais objecto, pretensão e natureza do recurso de amparo.

Escolha tributária de uma concepção pouco flexível e pouco aconchegada às características *originais* e extraordinárias do amparo.

De todo o modo, e até porque para o consulente de pouco valerá o presente parecer nesta questão concreta, sempre se dirá que, ao mínimo, deveria o TSJ ter decidido, nomeadamente, pela redução dos prazos para alegações e de outros, para metade e, bem assim, conferir prioridade aos processos de amparo - como sucede, por exemplo, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, por estar em causa um direito fundamental.

Aqui chegados, podemos concluir pouco, ou seja, inclinámo-nos, não sem dúvidas,

139 *Direito Processual Civil - Dos Recursos*, AAFDL, 1971, págs. 271-272, *apud* ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos … cit.*, págs. 297-298.

140 PAULO CARDINAL, *O Amparo … cit*., págs. 74-75.

para a adopção do processo de tutela da personalidade enquanto caso análogo. Ficarão integradas algumas lacunas, todavia, ainda assim, restam zonas cinzentas ou omissas, pelo que haverá, em segunda linha, de se recorrer à norma do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil de Macau.

É mister carrear, neste momento em que se exige ao intérprete criar norma no espírito do sistema, o **princípio da adequação formal** - vigente no CPC português, artigo 265.º-A, e, entretanto acolhido, com uma colocação sistemática mais enfatizada, no CPC de Macau, artigo 7.º - o qual, emanação dilecta do novo n.º 2 do artigo 1.º daquele Projecto permite, nas palavras de BORGES SOEIRO, vantajosa maleabilidade pois que o juiz "*poderá como que escolher o figurino mais ajustado à realização da justiça, no caso concreto*"[141].

Este princípio corresponde, em certa medida, a uma transposição do regime do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil de Macau, para o processo civil, e por virtude disso, para todo o direito processual.

Qualquer que seja a solução, a final, adoptada, importará sempre ter presente as especiais características do recurso de amparo e desejar que não se haja de afirmar aquilo que, a propósito do *habeas corpus*, se disse já: "*Cremos que o ter sido considerado como um recurso, a par de outras medidas de reposição da legalidade, tem tido influência dominante na jurisprudência e tem sido a razão principal pela qual desde a sua instituição no direito português é considerado insuficiente*."[142].

XII
RECURSO DE AMPARO DE DECISÕES DE DECISÕES DE SECÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA

No que respeita à questão, recorrente, sobre a admissão da possibilidade de recor-

141 *O Novo … cit*., pág. IX. Salientando a importância deste princípio na conformação processual do amparo, ARMANDO ISAAC, *Inédito .. cit.*; veja-se, ainda, do mesmo Autor, *O Princípio… cit*.

142 GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit*., pág. 260.

rer de amparo de uma decisão judicial de uma secção do TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA, afigurasse-nos que a resposta é óbvia e imperativamente afirmativa.

Afirmar, *rectius*, decidir o contrário consiste em ir contra lei expressa, ignorar jurisprudência anterior e ignorar também doutrina e parecerística do Ministério Público. Por outro lado, corresponde, em seus efeitos, directa e imediatamente a uma violação do direito fundamental ao amparo; constitui uma verdadeira decisão surpresa - nos termos em que o Tribunal Constitucional, votos de vencido em Acórdãos do TSJ (nomeadamente, n.ºs 965, 1015, 1084), e a doutrina entendem esta figura[143].

É inquestionavelmente reconhecido que o ponto de partida de qualquer interpretação tem de estar no texto da lei, sendo a letra não só o ponto de partida como também um elemento inamovível de toda a interpretação e, por conseguinte, o texto funciona também como limite da busca do espírito da norma a interpretar[144].

Recordemos o que diz a lei: "*De decisão proferida por tribunal sediado no território*" pode sempre recorrer-se. A delimitação é feita em função dos tribunais detentores de jurisdição no território, recortando-se, tão somente, entre os sediados e os não sediados. Mais nenhuma distinção é feita e mais nenhuma distinção é, portanto, admitida. Onde a lei não distingue, não deve o intérprete fazê-lo.

Assim, é líquido concluir, sem margem para dúvidas, que as decisões judiciais que admitem recurso de amparo são quaisquer decisões proferidas por qualquer tribunal sediado no território.

De resto, esta concreta questão só tem sentido pela inversão jurisprudencial levada a cabo pelo TSJ.

Com efeito, no Acórdão proferido no processo n.º 944-A é afirmado expressamente - e bem afirmado - que o amparo do n.º 1 do artigo 17.º "*destina-se a impugnar, perante o plenário do Tribunal Superior de Justiça, qualquer decisão de qualquer tribunal sediado no território.*

Tanto pode impugnar-se uma decisão do Tribunal de Contas, como do Tribunal Administrativo, do Tribunal de Competência Genérica ou até do próprio T.S.J., quando julga em secção." (destacados nossos).

143 Por todos, GUILHERME DA FONSECA/INÊS DOMINGOS, *ob. cit.*, págs. 46 e seguintes e jurisprudência aí referida.

144 Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, págs. 377-378.

Neste mesmo sentido se pode colher o pensamento do Senhor Procurador Geral Adjunto, em parecer já aqui citado, quando afirma que o recurso de amparo *"pode ter como objecto precisamente uma decisão judicial de **qualquer** tribunal sediado em Macau, designadamente, pois, uma decisão do Tribunal Superior de Justiça*." (destacado no original).

E isto é verdadeiro qualquer que seja o momento de actuação da secção do TSJ, em 1.ª, em 2.ª, em única, em qualquer instância. O único critério válido e conformado ao direito fundamental de amparo - sua letra, mas também sua *ratio* - é a determinação da *sede* do tribunal. Se for de Portugal, de um outro Estado, ou Internacional, não cabe amparo, se, diferentemente, for sediado em Macau, caberá sempre amparo.

De forma convincente pugna NUNO SALGADO, em diversos votos de vencido, pelo cabimento de recurso de amparo de decisão do TSJ, quando afirma, nomeadamente, que tendo em conta a repartição de competências efectuada na LBOJM entre as secções e o plenário do TSJ e "*ainda o disposto no n.º 1 do artigo 17º do mesmo diploma legal, não aceito que não possa haver **recurso de amparo** de uma decisão das secções do TSJ para o seu plenário …*"[145]. Nem sequer se argumente com uma eventual inutilidade desse recurso - quer já antes com 5 juízes, menos ainda agora com 7 - como bem assinala o mesmo magistrado. De resto, se assim fosse, seria então desprovido de qualquer sentido admitir recursos de decisões do plenário do TSJ para o plenário do mesmo TSJ. No entanto, conhecemos pelo menos 1 caso em que tal situação ocorreu[146].

Ainda com mais vigor se há-de apresentar a *necessidade* de dar amparo face a decisões judiciais irrecorríveis ordinariamente[147]. Como é o caso da grande maioria das decisões judiciais da secção do TSJ.

Aliás, quando nós próprios escrevemos sobre o assunto, não necessitamos, dada a clareza da lei, de sublinhar que havia tribunais cujas decisões não eram submetidas a juízo de amparo, precisamente o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Administrativo e

145 No já citado acórdão nº 1084.

146 Com efeito, por despacho de 8 de Novembro de 1999, foi admitido pelo relator um recurso (de constitucionalidade) no processo nº 1118, de uma decisão do plenário do TSJ para o plenário desse mesmo TSJ.

147 JOSÉ MAGALHÃES realça precisamente esta situação - inexistência de recurso ordinário - quando advoga a introdução do recurso de amparo na ordem jurídica portuguesa, ob. e loc. *cit*. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos … cit.*, alertam, como se viu, igualmente para o caso quando colocam a questão, "*se é que a decisão em causa ainda admite recurso*", pág. 259.

outros com jurisdição sobre Macau, como também não sentiu essa necessidade GOMES CANOTILHO[148].

E a restante doutrina não foge deste entendimento, PAULO PEREIRA VIDAL fala-nos de amparo contra "*qualquer decisão judicial de qualquer tribunal do território*"[149]. E também já se escreveu haver amparo contra "*judicial decision of **any** court of the Territory*"[150].

Estranha-se, pois, decisão e interpretação tão redutora - e violentadora do âmago do direito fundamental ao amparo[151], por conseguinte inconstitucional, por violação de comandos estatuídos no artigo 18.º da CRP - extraída por Acórdão do mesmo plenário do mesmo TSJ - relativo ao recurso n.º 944 e sufragada em vários arestos que se lhe seguiram.

Não são legítimas diferentes interpretações, como se viu e pelos diversos motivos expostos.

Reafirme-se, pois, que não há tribunais locais isentos de um juízo de amparo. Apenas o plenário do TSJ enquanto tribunal de amparo, ou seja, em decisão uni-instancial de amparo se acha, por sua vez, fora do sistema do recurso de amparo.

De toda a sorte, pergunta-se, e com que fundamento chegou o TSJ a tal desacertada conclusão? Apenas o de que não pode recorrer-se contenciosamente de um órgão para o mesmo órgão.

Sempre se dirá, em jeito preliminar, que se o amparo for uma acção, então, não importa para nada tal argumentação. Mas, e se for um recurso? Também não colhe tal fundamento. É comum e é legal *recorrer contenciosamente de um órgão para o mesmo órgão*.

Desde logo porque, como vimos já, são admitidos recursos do plenário do TSJ para o plenário do TSJ. Mas não apenas, outras situações pertinentes devem ser aqui chamadas, como que de seguida veremos.

148 *O Amparo … cit.*, pág. 84 e *As Palavras … cit.*, pág. 127, respectivamente.

149 *Ob. cit.*, pág. 11. Também FERNANDO ALVES CORREIA não procede a distinções de entre os tribunais sediados no território, *A Fiscalização cit.*, pág. 10.

150 JORGE COSTA OLIVEIRA/PAULO CARDINAL/PAULO PEREIRA VIDAL, ob. e loc. *cit.*

151 E, por conseguinte, do direito fundamental que, em concreto, se pretende amparar, como bem acentua ARMANDO ISAAC, *Substantive …cit.*, pág. 16, afirmando a existência de uma dupla inconstitucionalidade, precisamente por violação do direito ao amparo e por violação, indirecta, do direito fundamental que se pretende seja amparado.

Abundam exemplos de casos expressamente previstos na lei prevendo recursos de decisões proferidas por uma secção para o respectivo Plenário. De imediato nos ocorre a LBOJM, que na alínea g) do n.º 1 do artigo 14.º estipula como competência do plenário do TSJ de Macau: "*Julgar os recursos interpostos dos acórdãos das secções quando julgam em 1ª instância*;". Mas mais exemplos se encontram naquela lei, alínea d) - independentemente do nível de instância em que se verificou a intervenção das secções - do mesmo número do mesmo artigo e alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo seguinte.

É mister reter ainda, a cláusula aberta expressa na alínea h), do n.º 1 do artigo 14.º, e entender, que pelo menos por esta via, em conjugação com o artigo 17.º, se permitiria tal sacrilégio de recorrer contenciosamente para o mesmo órgão.

Igualmente no que toca ao Supremo Tribunal Administrativo se verificam competências semelhantes, havendo casos de recurso da secção para o pleno da secção do contencioso administrativo e ainda recursos para o plenário. Sem sombras, que se saiba, de qualquer maleita ou vício inquinador de tal sistema de recursos contenciosos e consequente recusa de admissão desses mesmos recursos.

Adrede, sempre se pode dar como admissível o entendimento que, *de jure*, secção e pleno não são um mesmo órgão jurisdicional.

Como escreve PAULO CUNHA, nestes casos estamos perante *"um remédio processual que se pretende obter de um órgão de judicatura diferente daquele que proferiu a decisão recorrida*"[152].

E, no caso, para além de outras considerações, é bem essa a situação, dado o plenário do TSJ ser entronizado em TRIBUNAL DE AMPARO, ou seja é o Tribunal a quem passa a caber administrar a JURISDIÇÃO DA LIBERDADE. Ou, em palavras do próprio TSJ, o seu plenário transfigura-se em SUPREMO TRIBUNAL DA FIDELIDADE ESTATUTÁRIA.

Mas se assim não fosse, há mais exemplos de recursos contenciosos interpostos de decisão de um órgão para esse mesmíssimo órgão (ou seja, já não de uma secção para um plenário). Como se notou já *"poderemos assentar em que o recurso é o meio por excelência de impugnação de decisões judiciais, dirigidas nuns casos a órgão diferente*

152 *Processo Comum de Declaração*. T. II, 2.ª ed., pág. 385, *apud* MANUEL LEAL-HENRIQUES, *ob. cit.*, pág. 28; este autor, a páginas 29 afirma, na mesma linha, que se está "*sempre perante um órgão jurisdicional diferente*". Ainda, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos … cit.*, págs. 132 (nota) e 300.

daquele que as produziu e antes de operado o seu trânsito (recurso ordinário) e noutros dirigido ao mesmo órgão e depois de transitadas as referidas decisões (recurso extraordinário)"[153].

Estes casos seriam os do recurso de revisão e de oposição de terceiro, isto em matéria cível, ao passo que, em matéria processual penal, se acham situações de identidade com aquela.

Em jeito de súmula, há recurso de amparo para o plenário do TSJ de decisões da sua secção, independentemente do momento processual em que intervém, não havendo, nem na letra nem, no espírito, da lei, fundamento para interpretação diversa, nem qualquer apoio doutrinário para tanto, sendo que, interpretação diversa é ainda inadmissível porquanto se traduz numa restrição desproporcional a um direito fundamental, a qual é impedida pelo artigo 18.º da CRP.

Por outro lado, a argumentação aduzida para tentar sustentar entendimento contrário não resiste perante as regras que regem os vários sistemas de recurso no ordenamento jurídico de Macau (e de Portugal).

Pelo exposto, é inverdadeiro que, das decisões do TSJ, quando julga em secção, **apenas** se possa recorrer para o Tribunal Constitucional.

XIII
RECURSO DE CONSTITUCIONALIDADE E RECURSO DE AMPARO DE UMA MESMA DECISÃO JUDICIAL

Como já se explanou, o objecto e a finalidade prosseguida pelos recursos de constitucionalidade-legalidade e pelo recurso de amparo não se confundem e, por conseguinte, não serão nunca positivamente conflituantes.

Nestes termos, é concebível que uma mesma decisão judicial possa, pelos seus vícios

153 MANUEL LEAL-HENRIQUES, *ob. cit.*, pág. 30. Recorde-se, todavia, a polémica doutrinal sobre a qualificação destes meios jurisdicionais.

diversos ser, em tese, recorrível para ambos os tribunais (actualmente um só, o TSJ). Mas repete-se, com fundamentação, objecto e pretensão distintos. Ou seja, se aplicar norma inconstitucional e se violar em si mesma um direito fundamental.

Já não se acompanha, como se manifestou com abundância, o entendimento do TSJ, no Acórdão proferido sobre o recurso n.º 944, de identidade quanto ao objecto concreto - porque nunca há objecto concreto idêntico entre os dois tipos de recursos.

Em rigor, **não há assim uma alternativa excludente**, ou recurso para o TC ou recurso para o TSJ, como se afirmou no acórdão n.º 944. Como não há litispendência no caso - admissível - de correrem em simultâneo os dois tipos de recurso e, bem assim, por tudo isto, o caso julgado de um não afecta o caso julgado do outro.

E menos sentido faz, mesmo na linha argumentativa do TSJ, impor ao particular uma das vias alegadamente concorrentes. Contra esta conclusão - que não é de admitir, repete-se - alinham argumentos vários.

Assim, o recurso de amparo poderá ser colocado numa certa relação de especialidade[154] perante o recurso de constitucionalidade, uma vez que visa apenas a defesa de direitos fundamentais e de forma directa. Ora, no recurso de constitucionalidade, pretende-se salvaguardar interesses gerais, de ordem objectiva. Por outro lado, no amparo prevalece, em exclusivo, uma pretensão subjectiva, sendo as decisões de amparo directamente reparadoras da violação produzida, ao passo que, para o TC, há uma pretensão (natureza) predominantemente objectiva, podendo (não necessariamente) o interesse subjectivo vir a ser salvaguardado apenas de forma indirecta e reflexiva[155].

É mister privilegiar o meio especial e que se destina, *prima facie*, (e exclusivamente, ou nas palavras da lei, restritamente) à tutela do interesse subjectivo - direito fundamental - violado.

Por outro lado, a *Ideia* de amparo, pela sua natureza e fundamentos, exige celeridade, sendo essa conseguida precisamente em processos e jurisdições próprias e adequadas.

Finalmente, dado que a lei atribui este direito fundamental de amparo, não pode

154 ARMANDO ISAAC fala-nos num "*maius*" a acrescer aos restantes meios de tutela das posições jurídicas lesadas, *Vias … cit.*, pág. 27.

155 Relembre-se, por todos, VITALINO CANAS, *Os Processos …cit.*, págs. 62 e seguintes.

vir o tribunal restringir o seu exercício, mandando que o particular não recorra para o TSJ e que não seja seguida a via do recurso de amparo, mas outrossim, para o TC e com um recurso de constitucionalidade-legalidade. Há, pois, violação, interditada pelo regime estatuído pelo artigo 18.º da CRP, do direito fundamental ao amparo e, mais latamente, do direito de acesso à via judiciária, podendo mesmo, eventualmente, vislumbrar-se uma situação de denegação de justiça.

Em suma, não há nunca objecto concreto idêntico destes recursos, e ainda que assim não se considerasse - o que não é defensável, nos termos expostos - prevaleceria o recurso de amparo.

XIV

EM JEITO DE ANOTAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

No domínio que nos ocupa - amparo de decisões judiciais - é mister sublinhar que existem dois acórdãos paradigma: o 944-A e o 944. Com efeito, perfilhando teses em muitos dos casos opostas, constituem o referencial - incontornável - da concretização jurisprudencial do amparo, este, e o referencial do que poderia ser essa concretização, aquele. Ou seja, fornecem-nos o *ser* e o *dever ser* do amparo macaense.

As conclusões do Acórdão do TSJ sobre o recurso n.º 944 (e outros posteriores), quando conjugadas entre si, levam à **negação do direito fundamental ao amparo**. Exigindo a exaustão dos meios prévios e, do mesmo passo, considerando que não há amparo de decisões da secção do TSJ, é forçoso retirar que se desertifica o universo de decisões amparáveis, como é bom de ver[156]. Sobrariam apenas decisões relativas a questões *menores* (as que não admitam recurso ordinário a interpor para o TSJ) e decisões do Tribunal de Contas - *prima facie* menos susceptíveis de violação directa de direitos fundamentais[157].

156 GONZÁLEZ PÉREZ, afirma a inadmissibilidade de requisitos processuais que constituam formalismos enervantes ou claramente desviados do sentido próprio dos mesmos, enquanto consequência do princípio da tutela judicial efectiva; *El Derecho a la tutela jurisdicional*, Civitas, 1989, pág. 62.

157 Temos conhecimento da interposição de um recurso de amparo de uma decisão do Tribunal de Contas - processo nº 1085 - que mereceu despacho de admissão. Independentemente de indagarmos as razões invocadas, pode-se

Mas, se a esses requisitos se fizer acrescer a previsão de semelhança entre o amparo e o recurso de constitucionalidade e daí retirar que prevalece este sobre aquele, então em que casos haverá amparo? Virtualmente nenhum.

Ademais, só poderia restar o caso de amparo de direito fundamental não constitucionalmente previsto (para quem entenda que aqueles direitos não integram a constituição material, ou o "bloco da constitucionalidade" e, por isso, não estariam albergados pelo TC), mas, também aqui o TSJ tem doutrina excludente dos direitos fundamentais materiais. **Logo, há amparo de direito nenhum!**

Pedindo licença para recorrer a uma linguagem imagética, ocorre dizer que o amparo, de *nascituro* (LBOJM) passou a *bom parto anunciado* (944-A) e a *nado morto* (944, e seguintes).

A doutrina do TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA iniciada no Acórdão proferido no recurso n.º 944, traduzida na revelação de *normas-requesito*, é intolerável do ponto de vista do regime vigente dos direitos fundamentais. Não só agride o conteúdo essencial do direito ao amparo - desferindo-lhe golpe no âmago - como, de seguida, o fulmina de morte.

É uma decisão inconstitucional em si mesma, com uma relação causal de violação directa de um direito fundamental, violando ainda o regime revelado pelo artigo 18.º da CRP, nomeadamente pela ilegitimidade material das restrições impostas (aniquilamento, em rigor) e ilegitimidade por essas restrições não revestirem, naturalmente, a forma de lei - reservada (em regime de exclusividade) para as restrições a impor aos direitos fundamentais.

Nem se aponta na decisão judicial em apreço, nem nela se vislumbra, que outros direitos e interesses constitucionalmente relevantes fundamentaram (e que, porventura, possibilitariam eventualmente legitimar, no entanto sempre no respeito pelo conteúdo essencial do direito) as restrições impostas ao direito fundamental de amparo, não se observando o tríplice princípio da proporcionalidade - adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido restrito[158].

Ou seja, ao eleger - bem - como ponto de partida a integração de uma lacuna, em outras palavras, ao procurar uma disciplina de garantia do exercício deste direito fundamental,

constatar, pela leitura de alegações apresentadas, a eventualidade de, em tese, uma decisão deste tribunal de natureza tão particular poder produzir violações directas de direitos fundamentais, em especial ao nível do funcionalismo público.

158 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição cit.*, pág. 152.

o aresto do TSJ acabou por, a final, redundar numa disciplina de restrição do exercício[159] - *rectius*, de extinção - daquele direito fundamental; e, reflexamente, de todo e qualquer direito fundamental que clame protecção por via da garantia adjectiva/direito fundamental do amparo[160].

É que, como assinala VIEIRA DE ANDRADE, o *poder* regulamentador de direitos fundamentais não pode englobar, em si, um poder de disposição, é, outrossim, um poder vinculado[161]. Vinculado ao conteúdo do direito fundamental, não o podendo afectar ou modificar, e, por evidente maioria de razão, não o podendo eliminar.

XV

(ENSAIO DE ALGUMAS) CONCLUSÕES

Os desenvolvimentos anteriores constituem, a nosso ver, fundamento suficiente para apresentar as seguintes conclusões:

1. "O recurso de amparo" instituído pelo artigo 17.º da LBOJM, constitui-se, para além de uma garantia adjectiva, em direito fundamental material, com natureza análoga à de direito, liberdade e garantia.

2. É directamente aplicável e serve como meio de tutela de todos os direitos, liberdades e garantias constitucionais, de todos os direitos fundamentais estabelecidos no EOM e de todos os direitos fundamentais materiais de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

3. O objecto do amparo *resume-se*, exclusivamente, a defesa de direitos fundamentais.

4. A pretensão a formular ao tribunal de amparo é a cessação da violação do direito

159 Sobre este pertinente tema, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição cit.*, pág. 150; JORGE MIRANDA, Manual *cit.*, Tomo IV, págs. 296-299, onde afirma "*uma coisa é regulamentar, por razões de certeza jurídica, de clarificação ou de delimitação de direitos, outra coisa é restringir com vista a certos e determinados objectivos constitucionais. A regulamentação pode conduzir à ampliação dos direitos na base da cláusula aberta do art. 16º, nº 1, nunca pode reverter, sob pena de desvio de poder legislativo, em restrição*", pág. 298.

160 Como nota ARMANDO ISAAC, *Inédito .. . cit.*, *Substantive …cit.*, pág. 16.

161 *Os Direitos … cit.*, págs. 228-229.

fundamental, admitindo-se, nos termos antes vistos, a tese de também caber na pretensão de amparo a prevenção de uma violação ainda não consumada.

5. O amparo macaense perfila-se, não obstante os poucos dados legais disponíveis, como uma acção e não como um recurso.

6. São detentores de legitimidade activa nos processos de amparo, isto é, para intentar o amparo, os titulares dos direitos fundamentais violados, independentemente da natureza - pessoa individual, pessoa colectiva, pessoa colectiva de direito público e entidades não personalizadas, na medida em que o ordenamento jurídico lhes reconheça/atribua a titularidade de direitos fundamentais.

7. À decisão judicial concedente de amparo é atribuída a maior eficácia possível por forma a pôr termo à lesão do direito fundamental, podendo conter os seguintes pronunciamentos, isolada ou cumulativamente:

- declaração de reconhecimento do direito;

- declaração de nulidade/revogação do acto violador e restabelecimento do impugnante de amparo na integralidade do gozo, e;

- exercício do seu direito fundamental, adoptando as medidas apropriadas *in casu*.

8. O "recurso de amparo" estabelecido no n.º 1 do artigo 17.º da LBOJM é um meio impugnatório de decisões judiciais individuais - isto é, sem conteúdo normativo - violadoras de direitos fundamentais em si mesmas.

9. Não é, por conseguinte, um recurso de constitucionalidade-legalidade. Se assim fosse, haveria forçosamente de se concluir pela existência de recurso de amparo em Portugal, *ex vi* do artigo 280.º da CRP, tese que não corresponde à realidade jurídico-positiva, pelo antes concluído e pelas conclusões que se seguem.

10. Não há identidade ou equivalência de objecto entre aqueles dois tipos de recurso.

11. Não há identidade ou equivalência de pretensão entre aqueles dois tipos de recurso.

12. No que toca ao fim visado, a natureza do "recurso de amparo" é subjectiva, ao passo que a do recurso de constitucionalidade-legalidade é, predominantemente, objectiva.

13. Nesta medida, e de acordo com as conclusões anteriores, o "recurso de amparo" não pode nunca ter um objecto positivamente conflituante com o recurso de constitucio-

nalidade-legalidade.

14. O princípio geral orientador do "recurso de amparo" é o da desnecessidade de exaustão prévia dos recursos ordinários, sem prejuízo de se considerar exigível que a decisão judicial produza lesão directa e imediata do direito fundamental.

15. A tramitação do "recurso de amparo", para além do disposto no artigo 17.º, não está regulamentada, devendo buscar-se uma tramitação unitária e adequada para a integração da lacuna.

16. A tramitação detentora de maior analogia com o remédio do amparo é a do processo de jurisdição voluntária de tutela da personalidade, devendo, nas zonas restantes ainda a descoberto, integrar-se a lacuna nos termos do n.º 3 do artigo 9.º do CCM.

17. É admissível recorrer de amparo contra decisões judiciais de secção do TSJ, independentemente da instância em que essa prolação foi efectuada.

18. É concebível que, de uma mesma decisão judicial, possa recorrer-se, com objecto, fundamentos e pretensões diferentes, de amparo para o TSJ e de constitucionalidade-legalidade para o *Tribunal Constitucional* de Macau. Não há, deste modo, uma alternativa excludente, podendo haver simultaneidade de recursos sem incorrer em litispendência.

19. Ainda que se admitisse, o que não se concede e se repele, a possibilidade de existência de similitude de objecto concreto entre ambos os tipos de recurso, prevaleceria o de amparo.

20. A criação jurisprudencial de várias *normas-requesito* que vem sendo seguida, implica, pela conjugação destas, uma inquinação profunda e adulteração do espírito de amparo e uma diminuição intolerável do seu âmbito de aplicação.

THE JUDICIARY AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS

A DUAL ROLE: GUARANTOR AND BREACHER

THE JUDICIARY AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS - A DUAL ROLE: GUARANTOR AND BREACHER - [1]

I

INTRODUCTION TO THE PARADOX

The purpose of this paper is to discuss the role of the Courts in connection with the Fundamental Rights of the citizens. In discussing this, one may find out just one constitutional/legal role, or to be more precise, function, that being solely one: the courts as a guarantor, a legal guardian of the fundamental rights and freedoms of the citizens.

However, if we do not limit ourselves to an analysis of the "law in books" but, instead, move to the *de facto* or the dynamics of the application of law in individual cases, referring to the fundamental rights, one may be able to see a different role: courts as *breachers* (violators) of those rights. Of course, this is not a role in the sense of a legal function or competence - thus illegitimate - but, anyway, a conduct that may be carried out when adjudicating cases.

This paradox, together with its implications, and the *proposal* of a possible solution, are the trends of this *tentative/exploratory* paper.

Indeed, Law, namely constitutional one, rests on courts, or the judiciary as a whole, a noble function of protecting the rights of the citizens, most particularly the usually called fundamental rights - in many legal systems these rights are entrenched in the supreme law of the system, that is, the Constitution.

1 Artigo publicado originalmente na Revista Direito e Cidadania, 7, 1999, Cabo Verde com base na comunicação apresentada à 4th Conference of LAWASIA's Comparative Constitutional Law Standing Committee» realizada na Sukhothaithammathirat Open University, Nonthaburi, Tailândia, Maio, 1999.

To *register* here just a single example, the Portuguese one[2] (fortunately just one out of an immense group) is chosen:

"Article 202

(Jurisdictional function)

1. The courts are the organs of sovereignty that have the power to administer justice in the name of the people.

2. In administering justice, the courts are under a duty to safeguard the rights and interests of citizens that are legally protected, to punish breaches of democratic legality and to resolve public and private disputes.

3. . . . . .

4. . . . . .

Article 203

(Independence)

The courts are independent and subject only to the law.

Article 204

(Findings of unconstitutionality)

In matters brought before them for decision, the courts shall not apply any rules that contravene the provisions of the Constitution or the principles contained therein.

Article 205

(Court decisions)

1. . . . . .

2 The Constitution of the Portuguese Republic, 2 April 1976, text according to Constitutional Law No. 1/97 of 20 September, 4th revision. English transalation based on the one printed Constitutions of the Countries of the World, Gilbert H. Flanz, Oceana Publications, New York.

2. Decisions of the courts are binding on all public and private entities and shall prevail over the decisions of all other authorities.

3. ……"[3].

The system showed above - even in a *telegraphic* way - allows us to immediately detect some of the basic characteristics of constitutional guidelines to the judiciary in a modern State belonging to the family of those who choose the *via/avenue* of the Rule of Law or the *État de Droit*.

Besides paramount principles as the independence of the judiciary, the constitutional rules provide that the courts are to obey the principle/duty *"to safeguard the rights and interests of citizens that are legally protected".* And, it is clear to understand that, among these rights and interests we'll find the top ones: fundamental rights and freedoms. An assumption that is corroborated by the provision that courts shall not apply any rule that violates the constitutional norms, hence, being the fundamental rights (most of them) displayed in the Constitution, one may stress that in this case, courts are bound in two instances - protection of the Constitution and protection of the fundamental rights.

In relation to this issue one may refer here that one of the main characteristics of the so-called process of constitutionalization of the État de Droit has been the formal establishment of an entrenched declaration of fundamental rights,[4] or more commonly in the Continental legal family, the insert of a chapter (a Bill of Rights) in the written, supreme and rigid Constitution.

However, in order to really guarantee this role of the courts, or to dully enforce it, it is stated that the court decisions prevail over all other institutions, persons or political or administrative bodies.

Turning from the institutional (organic) approach to the subjective one, like looking at the other face of the same coin or "like reversing the same coin", we find in many Constitutions a very important paramount principle, the access to justice.

3 Similar principles are stated in Macau Organic Statute (MOS), articles 51 and 52. MOS, together with some provisions of the Portuguese Constitution form the Constitution of Macau. On this, JORGE COSTA OLIVEIRA / PAULO CARDINAL / PAULO VIDAL, *Macau*, Asia - Pacific Constitutional Yearbook, Cheryl Saunders & Graham Hasall, Editors, CCCS, 1995, 75.

4 ALLAN BREWER-CARÍAS, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989, 4.

Again taking the Portuguese Constitution as example:

"Article 20

(Access to law and effective jurisdictional protection)

1. All are guaranteed access to the law and to the courts in order to defend their legal rights and interests and justice shall not be denied for lack of financial resources.

2. .....

3. .....

4. .....

5. To defend the personal rights, freedoms and guarantees, the law assures to citizens judicial procedures characterised by celerity and priority, in order to obtain an effective and in useful (due) time protection against threats or violations of those rights."

These rules embodied not just *ordinary* regulations or mere programmatic intentions but, in itself, grant fundamental rights. That is, the rules regarding remedies to the fundamental rights are simultaneously rights on their own and with their own *substantiveness.* Or, if we prefer, as CAPPELLETTI put it, to look at the right to justice as the foremost human right.

On a Law level, we find the substantive rules that are later to be practised in the real world. When in that application a violation occurs, courts are called - in the name of the Law (i.e. rules that we've seen, namely adjective ones) - to settle it. Hence, one may say that the connection between the law and the *de facto* world is done through the bridge called courts.

At this point it's important to bring here the idea of the courts/Judiciary as the Guardian of the people, hence as guardian of human rights, "*to view the judiciary as guardians is to assume the judiciary itself plays no part … and that can only act to guard and not to destroy or to deny*"[5].

5 R D NICHOLSON*, The Judiciary: The Guardian of the People - Human Rights Aspects of Constitutionalism*, LAWASIA, 1993, The Judiciary, 12-17. Also working on this idea of the guardian of the People, SALEEM AKHTAR, *The Judiciary - The Guardian of the People*, *idem*, 1-4, tell us about the courts as the Protector of fundamental rights guaranteed to the People, and SHRI INDRAJEET ROY, *The Judiciary - The Guardian of the People*, *idem,* 27- 29

To deserve this title - guardian - it is essential, or a *sine qua non* condition, that it must be an independent judiciary; in fact, the Judiciary will only be able to give life to a fundamental right or freedom if it is truly independent.[6]

Moving to the possible ways or avenues of access to justice, we can say, as one author put it, that many constitutional systems have various legal instruments to defend our human rights.[7] One other distinguishes four fundamental types: *"ordinary legal instruments present in any lawsuit meant to defend interests that are not always fundamental, but that may also protect human rights; complementary legal instruments with punitive character, meant to enforce the penal liability of public officials who have violated human rights; legal instruments for constitutional control whose goal is to see that the law does not violate the constitutional scope; and legal instruments for procedural relief, specifically designed for the protection of human rights*"[8].

This characterisation can be a model that applies - even with some differences - with most of the *modern* Constitutions. In fact, even the last type is more common than what may be concluded at a first glance. In fact, the last type comprises, among others, the *Habeas Corpus* remedy.

II
COURTS AS THE BATLLEGROUND FOR FUNDAMENTAL RIGHTS - (LEGAL) EFFECTS AND *SIDE EFFECTS* -

Courts are the first ground of battle in defending a subjective right, and of course, also when defending a fundamental one. If the Executive violates a certain fundamental right, the citizen will present an action in court, if an administrative body violates a fundamental right or freedom, the citizen will make the same move.

6 R D NICHOLSON, *The Judiciary: The Guardian of the People - Human Rights Aspects of Constitutionalism.*

7 HUGO FRUHLING, *Human Rights in Constitutional Order and in Political Practice in Latin America*, in Constitutionalism and Democracy, Oxford, Oxford University Press, 1993, 94.

8 ENRIQUE HABA, quoted by Hugo Fruhling, above.

But they constitute also the final ground of the final battle of that same *war*, that is the citizen can appellate up to the moment that a court decision is rendered in terms of a definite - non appealed - and mandatory one. The Court has the final word and all - being of a private or public nature - are to obey it.

This is a primary - essential - characteristic of a *ÉTAT DE DROIT*, (*Estado de Direito*, *Rechtstaat*). A very well known expression and a one that embodies a (now) classical concept. Although it's not a perfect one, can try to translate it as "*the State according to the rule of law*".[9] And, in a certain way, following the common law tradition, one may be able to talk about this one as a characteristic *co-natural* to the Idea of "RULE OF LAW".

Therefore, one must point that a paper like this one presupposes an existing legal system with - at least - the core characteristics of that *État de Droit*. But it also tries to stress that the role of the judiciary in protecting fundamental rights is a component, in itself of that system and one that reinforce it.

The Judiciary is, hence, a guarantor of the substantive fundamental rights (and by this way the Guarantor or the Guardian of a part of the "constitutionality block" - *le bloc de constitutionalité*) and also the elected forum to render a "due process of law"; in other words, the institution where the citizens have the opportunity and the means - remedies - to defend their fundamental rights and freedoms.

These being settled, it's time now to make our journey to the *real world*.

Usually the violations of fundamental rights are connected with the executive authorities, sometimes with the legislator, even with the private persons (if one recognises a horizontal effect of these rights), but one seldom (or never) thinks about the courts (the guardians of the rule of law) as violators.

But it is possible that courts, through their judicial decisions can become themselves violators of fundamental rights. Something like a Doctor Jeckill/Mr Hyde situation - the guarantor, the guardian of a value turns to be the one that breaks it.

The violations, or breaches can occur due to many possible reasons. Because of a misinterpretation of the law (in good faith even), or because of an insufficient knowledge of the law (judges are human and thus subject to fail and/or to be mistaken, especially if inex-

9 ALLAN BREWER-CARÍAS, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989, 7.

perienced), or due to a narrow approach to the values that constitute the fundamental rights, in other words (borrowed from GOMES CANOTILHO) the judiciary adopts an *unfriendly* attitude towards the fundamental rights, rather than a friendly one, namely in the process of interpretation of a certain rule (usually the legal rules that state limitations to the exercise of a right). Or the approach is based more on a formal (formalities, procedural aspects) way, rather than on a substantial move towards the case presented.[10]

Not to mention other reasons to explain the breaches such as intent and the existence of illegitimate purposes or a self (or imposed) subdued attitude to the governing political power. Unfortunately, according with some, studies conducted in various countries tend to support the findings that judges tend to be very cautious concerning requests with political implications.[11]

At this stage, I remember here the following words: "*None of the great rights can be functional unless there is a guarantee of a dynamic, sensitive, impartial, human rights friendly judiciary at once independent. To politicise, rubberise, pressurise and communalise the judges is to deprive fair trial and firm verdicts*".[12]

The remedies to this *panoramic* situation are not exclusive to law[13]. In fact, the training of judges is a key element, as well as a continuing formation, also the spread of the (correct) idea of the supremacy of the Constitutional Rules above any other source of law and of the *top* value of the fundamental rights in a modern *État de Droit.* The granting to judges of a high and truly independent status (together with the adequate guarantees).

In this particular point I cannot avoid referring to the paradigmatic case of the English system.

But the Law must also help, in the sense of creating a credible system of appeals, in granting support to the citizens (for instance, in the case of economic insufficiency), in providing a respected judge's (self?)governing system (with disciplinary powers) and in establishing

10 LORENZO MARTÍN-RETORTILLO *Antiformalismo y Enjuiciamiento efectivo en el Sistema de Justicia Constitucional*, Revista de Derecho Político, nº 17, pág. 198.

11 HUGO FRUHLING, *op cit*, 95.

12 KRISHNA IYER, *Asia on the Leap- the Role of Law with Special Emphasis on the Actualisation of Human Rights*, LAWASIA 1993, Human Rights, 10.

13 R D NICHOLSON*, The Judiciary: The Guardian of the People - Human Rights Aspects of Constitutionalism,* points several ideal or necessary conditions, from legal measures to financial ones, among others.

other possible measures, such as a strong *liaison* with the International Treaties and Courts.

Some of the measures are preventive ones while others operate *a posteriori*.

However, even with all that machinery, it is still possible that a certain court decision can violate/breach a certain fundamental right in a given situation. Especially decisions coming from *ordinary* courts, because as ALONSO GARCIA says, the *ordinary* courts convert themselves in potential violators of fundamental rights by the fact of being the first public power called upon the application of the law in the first place.[14]

Hence, *effects* are the *protective* judicial decisions (in the sense of being in accordance with the law, thus not necessarily only those that decide in favour of the applicant), *side effects* are the violating judicial decisions. By side effects we just mean those decisions that do not relate directly with the constitutional and legal function of administering justice, on the contrary, they represent a dissenting way *vis-à-vis* the constitutional and legal regime.

One should point out, or make it clear that we are referring to breaches with a direct and immediate causational relation with the violation of the fundamental right, and not *just violating* it by the application of existing legal rules that are not in accordance with the Constitution - for these situations it's well know the mechanism of the constitutionality control or constitutional control of normative acts, either by a Constitutional Court, or by any other court.

A ridiculous example would be, for instance, if a Macau court sentences someone with the death penalty, punishment that is not allowed in this legal system. Less ridiculous examples are possible-and do happen:

- The law states that prior to any condemnation the accused must know the contents of that libel/accusation, but the court denies it arguing lack of time to do so.

- A fundamental right is recognised and complemented by a law. However, the court just ignores that law, thus injuring the content of that right.

- For a certain crime the maximum penalty is X years, but the court sentences for more than X.

14 *Derechos Fundamentales y Jurisdicción ordinaria*, 211, in La Garantia Constitucional de Los Derechos Fundamentales - Alemania, España, Francia e Italia.

- A fundamental right that is directly applicable (self executing) - not needing any law or regulation - is not recognised by the court due to a "lack" of regulation.

- An administrative act that breaches the essential scope (the core of it) of a fundamental right is null and void, so it is necessary to declare that with effects ranging up to the moment that the *sick* act was practised, however the court argues that the effects of the invalidity should commence only after the court decision was reached.

- A citizen is entitled to a pension, but the court supports the Executive arguing that it's necessary to restrain public expenses.

- A tax payer is deducted with a higher tax than it should be, the court admits that but does not order the tax administration to give back the extra amount that was unduly collected.

Many more examples- fictional or real - could be brought forth, however, it seems they are enough and, as always, reality can be much more imaginative than imagination itself.

Furthermore, it is clear that the situations of a violation (in the above mentioned sense) by the courts vary necessarily with the specific legal system where they occur.

A certain right can exist in one legal order, but not in another one. Or the scope of a right can be limited up to a specific limited extent, but in another system, although it is recognised by the Constitution, the same Constitution allows the suppression of that right under certain conditions; for example, *Habeas Corpus* in some legal systems cannot ever be set apart, while in some others it's legitimate to annihilate that same right, for instance, in accordance with the type of crime involved.

III

AMPARO AS A (POSSIBLE) SOLUTION TO THE PARADOX

The question that should be posed is: what remedy has the person whose fundamental right was violated?

An appeal? Correct, but what if in the circumstances when the ordinary appeal is no longer possible - for example, the court is the highest one in the system or the procedural law

(civil, criminal, administrative) does not provide a normal reaction? What to do? And there is no possible way to try the avenue of the constitutionality control of the normative acts due to the simple fact that no law at all, or no unconstitutional rule was applied by the court. The only claim is that a fundamental right was violated.

In a common sense approach, it's the *magna* question of who controls the controller.

The (partial) answer is the creation of a special remedy, a *plus* confined to the situations when a fundamental right violation happens. Not, one must stress, to create a new and parallel appeals system. The goal is to ensure a means by which through a specific procedure (and an *Amparo Court*) the swift re-establishment of the complete enjoyment and exercise of the fundamental right is possible - this goal being the central/exclusive question to deal with.

In several legal systems - like Macau, Spain, Germany, Cape Verde and a variety of Latin American ones such as Venezuela - provide a remedy, an answer to this problematic situation: the Hispanic "*recurso de amparo*" or the Germanic "*Verfassungsbeschwerde*" or constitutional complaint (or to be more precise the "*urteilverfassungsbeschwerde*" - constitutional complaint against judicial decisions).

One should point out that not all of the *amparos* provide a remedy against judicial decisions - that is the case of South Korea and several Latin American States. So in this paper, specific reference will be made only to those *amparos* that can be use as a remedy against violations (either by commission or by a court omission).

Amparo can have several possible translations like "support appeal" "special fundamental rights appeal (or remedy)" or "action for protection". To provide an easy comparison or point of reference with a familiar common law juridical institution, think about the *Habeas Corpus* but envisaged to protect a wide range of rights.

We reach the field of what CAPPELLETTI (Italian), CASCAJO CASTRO (Spanish) or CANOTILHO (Portuguese) call, with a very impressive and a synthetic capacity expression, "*jurisdição da liberdade*" something like the "*jurisdictio of liberty*" or "*liberty jurisdiction*".

That is the Courts fulfilling the noble function of a supreme guarantor of the fundamental rights and freedoms. A High Court, *rectius*, the highest one, is enthroned in this *new* role.

These Courts entrusted with this role are usually the Constitutional Courts (Germany

and Spain) where they exist, or the Superior Court of Justice (Macau). These courts are constituted by senior judges, with proven competence and familiar to the constitutional law issues, thus closer to the fundamental rights questions and to its supremacy over ordinary law - that is not always in the best conformity with the constitutional norms granting fundamental rights. When the competent court is not the Constitutional one it is common that the Supreme General Jurisdiction Court when acting as an *amparo* court operates sitting in full bench.

Of course one may ask if this kind of court is not also susceptible to breach a fundamental right? It is, but, the conditions that surround this type of Court are special. It is supposed to be formed by highly regarded and experienced professionals (thus less prone to fail and/or to be influenced) enjoying a high status and conscious of the importance of human rights, the primacy of the Constitution and the independence of the judiciary. The risks are, without shadow of doubt, far less than the risks in lower, ordinary courts.

It is time now to briefly travel into the dominions of Comparative Law. That is necessary in order to better understand the issue and last, but not the least, because the paper is being presented under the auspices of the Centre for Comparative and Constitutional Law of the LAWASIA.

In this area of a comparative approach the reference book written in English is the one of ALLAN BREWER-CARÍAS, *Judicial Review in Comparative Law*. Also important are the works (in English) of HECTOR FIX-ZAMÚDIO, namely his paper about Mexico.[15]

The literature that provides a most comprehensive and thorough research is the Hispanic (both those Academics have a long list of works about *amparo* written in this language) one, along with the Germanic.

The *amparo* has in its roots, deep connections with common law institutions, like the *Habeas Corpus* or even the Injunctions (even with the "speedy trial" institution), especially in its early days in the Latin American countries due to the influence of the USA. In Brazil, for instance, the *Habeas Corpus* was, for several decades, at the turn of the century, transformed in a true *amparo*.

The juridical institute of *AMPARO*[16] holds a justified reputation for guaranteeing and

15 *Constitutional Law*, Kluwer, 1994.

16 At this moment I am referring in general to the *amparo* in spite of bearing the possibility of being a remedy against judicial decisions itself. I'll follow at this stage my paper "*O Amparo de Direitos Fundamentais no Direito Comparado e*

protecting fundamental rights in the legal orders of a high number of diverse political systems and geographical locations. In terms of reputation one cannot avoid to remember here the "Magic" that comes associated with *amparo* (GARRIDO FALLA) or its "reputation of effectiveness" (KAREL VASAK).

Concerning the irradiation of the *amparo* Idea we can confirm it. Indeed, undertaking an overview of comparative law looking at existing examples of *amparo* from their beginnings from Mexico (some say Spain) to Cape Verde, Germany, Spain Austria, Argentina, Andorra, Uruguay, Brazil, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Macau, South Korea, Switzerland, and many others.

It is curious to notice that in the *would-have-been* "*Interim Agreement for Peace and self-government in Kosovo*" or Rambouillet agreement, it was stated an *amparo* recourse in the future Constitution.[17]

And in the Asia-Pacific region it looks like that one can find examples of legal systems which have embraced this highly regarded means of protecting fundamental rights, or some Idea of *amparo*, such as the case of - besides those already mentioned - Western Samoa and Nepal, as one can check in the Asia-Pacific Constitutional Yearbook, CCCS, 1995.

Within the common law Family one cannot find *amparo* in a strict sense, however this philosophy of creating remedies to protect fundamental rights is very present - although different in its roots or traditional way of achieving it[18] -, namely with the above mentioned examples, but also with a *creative* interpretation.[19]

It is important to bear in mind that, on the one hand, "*recurso de amparo*" is a label which is appended to institutions whose functions don't always mirror the title, on the other

no Ordenamento jurídico de Macau" (The *Amparo* of Fundamental Rights in Comparative Law and in The Legal System of Macau) Revista Jurídica de Macau (Macau Law Journal), Vol. III, Nº 1, 1996, 51-92.

17 Point 7. Article V: *"Following the exhaustion of other legal remedies, the Constitutional Court shall at the request of any person claiming to be a victim have jurisdiction over complaints that human rights and fundamental freedoms and the rights of members of national communities set forth in this Constitution have been violated by a public authority.".*

18 See on this PETER WESLEY-SMITH, *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong*, 1994, this author, after stressing that the provision of remedies is essential to secure a (civil) right, tell us that in English law tradition remedies have come first, rights emerge as a consequence, concluding that the English law thus "*worked in the opposite direction*" - this one being defining a right and then attach to it a remedy (the continental way, one says); 314.

19 See, for example, MICHAEL DETMOLD / GUY SCOFFONI*, Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie,* Revue Française de Droit Constitutionnelle, 29, 1997, 22- 32. They tell us about the method of interpretation-creation, but also the integration of international rules and the affirmation of non writing rights, that led to a protective constitutional jurisprudence.

hand, there are institutions which, although they lack this appended title, reveal behaviour which appears increasingly similar to the concept. The most salient examples being the Brazilian "security mandate" (*mandado de segurança*) and the *verfassungsbeschwerde* (German constitutional defence "recourse" or constitutional complain).

It is evident that the *amparo* is not easily compatible with non democratic systems, it doesn't go well along with dictatorial regimes[20] or *muscled democracies*. On the other hand, one should not be misled to the conclusion that the very existence of *amparo* means necessarily that the juridical and political system that it includes is always an *État de Droit*.

Now it is time to try to define *amparo* as a special judicial remedy intended to protect a wide range of fundamental rights (not a specific right or kind of rights, thus making the difference with the *Habeas Corpus*).

After this tentative approach, its important to refer in more detail that the *amparo*s vary much in the scope, procedural rules and other elements, such as who is legitimated to present the *amparo* writ/action. For example, in Spain the Ombudsman has that power, as well as the *State Prosecution*, *rectius* the *Ministiere Public* or *State Procuraturate*. Or, in another approach, some systems provide that the juridical/moral persons (as opposite to individuals) have also that capacity in the same measure as they are granted with fundamental rights on their own.

Often it is an extraordinary remedy in the sense that it's only applicable after the exhaustion of the ordinary appeals. But not always, as there are exceptions, and, even in systems that follow that rule, some exceptions are provided like in, for example Spain and Germany - in order to guarantee a useful and *in time* effect of a granting *amparo* decision.

In some systems the *amparo* can be used to protect a wide but limited range of fundamental rights - for example the Spanish one - while others establish a wide and open range, like Venezuela and Macau. Open in the sense that the constitutional system provides that, besides the rights directly granted by the Constitution, it is also admitted the possibility of analogous rights created by law or by international conventions.

Sometimes it can be used against violation perpetrated by acts from private persons (for instance, the case of Costa Rica). Usually, that possibility is not granted.

20 MAURO CAPPELLETTI, *Amparo*, Enciclopedia dell Diritto, vol. II, 39.

In some systems the mere threat of violation is enough to present an *amparo* suit, in others it is necessary to *wait* for the actual violation to happens.

Concerning the administrative review field, some *amparo* laws grant the court the power to determine the act that the administration must create, while on others the *amparo* court can only declare the act null. But, in some other systems, it is possible that the Court can become for a moment invested in executive powers and create the act that is due to the citizen.

And, as already said, some *amparo*s can be brought against judicial decisions, whereas in others that is out of the *amparo* courts jurisdiction.

One can see many differences between the several *amparo* remedies, starting with their legal designation, but they all share something in common: a special means to protect the fundamental rights of the citizens and, ultimately to protect the RULE OF LAW or the ÉTAT DE DROIT in its essence.

And the available data tell us that the *amparo*, generally, have proven well and its establishment was found necessary (at least useful) even in countries with a good and clean record on human rights such as Germany, Spain, Switzerland or Cape Verde.

IV

AMPARO AND THE MACAU LEGAL SYSTEM - AMBIGUITY -

Concerning Macau, the *amparo* was created by a Portuguese Law in 1991. It must be noticed that at that time no Idea of *amparo* existed in Portugal. The evolution of it, however, has not been under a unitary path. Sometimes it is well regarded, sometimes is abandoned alone to its fate. *Amparo* has been surviving in ambiguity.

But before we move on it's important that we say some words about the present status of Macau as well as the near future developments.

Macau is undergoing a transitional period - since the signature of the international treaty called Joint Declaration in 1987 - in order to revert to PR of China, in 20 December 1999. Following this date and for a period of fifty years, the PRC undertakes to uphold the

various binding principles, policies and rules that are included in the Joint Declaration and to enshrine them in a Basic Law of the Special Administrative Region of Macau to be created on that date, under the principle of "*one country, two systems*".

One of the paramount principles is that of the continuity: *"the current social and economic system will remain unchanged*" and "*the laws currently in force in Macau will remain basically unchanged*".[21]

So, the *amparo* rule should remain in the Macau legal system. However there are, at the present many uncertainties. And, if we add the possible extinction of the constitutionality control, the panorama, in this field will not be a pleasant one.

The rules inserted in the already approved Basic Law are, in my opinion not sufficient. For instance, to compare it with those that I bring to you in the beginning, some of them are just absent in the Basic Law. The most important exceptions are those of the access to justice that is laid down on article 36 and the independence principle stated in article 83.

One must wait and expect that the ordinary laws will embody them and how they are going to be put in practice.[22] Anyway, their importance - at least under a formal point of view - will suffer a downgrade.

Any period of transition brings uncertainty and this case is not an exception. Besides, in the field of fundamental rights the Basic Law did not find space to grant the right to live, several administrative fundamental rights,[23] and, as we saw, *amparo* nor constitutionality control and also the lack of constitutional rules about the exercise of the fundamental rights, like how to practised them, how and when can they be restricted and or suspended.[24] The record

21 For more details, JORGE COSTA OLIVEIRA / PAULO CARDINAL / PAULO VIDAL, *Macau*, Asia - Pacific Constitutional Yearbook, Cheryl Saunders & Graham Hasall, Editors, CCCS, 1995.

22 PAULO PEREIRA VIDAL, stated that "*Still the concrete ways of assuring these principles, may determine or not their real effectiveness in the everyday life of the population. In our view, the rooting of legal education in the Territory, coupled with the maintenance of a high standard of magistrates - their independence assured by their self administration and disciplinary bodies - the facilitation of the access to the Courts (…) may contribute in a decisive way to the recognition* (…) *of the role played by the judiciary. And may enhance the degree of confidence in the foreseeable deep changes which lay ahead*.", *The Judiciary of Macao*, LAWASIA 1993, the Judiciary, 40.

23 On this, PAULO CARDINAL, *Fundamental Rights in Macau - From Territory under Portuguese Administration to SAR of PRC*, Constitutions in an Interdependent World, LAWASIA Comparative Constitutional Law Standing Committee Conference, Macau, 1996.

24 In the Portuguese Constitution, articles 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, among others, provide a thorough and comprehensive regime. This regime is applicable to Macau. For example article 18 - juridical force/legal enforcement - states that the constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees are directly applicable to, and binding on, both public and private bodies; those rights may be restricted by law (hence not by an administrative

of the coming sovereign power is not a brilliant one, in accordance with international and independent observers. Thus uncertainty is reinforced.

Due to all these considerations, if one finds *amparo* important in general, concerning the particular conditions of Macau, *amparo* must be considered very important.

The *amparo*, in truth did not obtain strong allegiance from the population, most importantly, from lawyers, probably due to the absence of a regulatory and procedural machinery, until about more or less 6 months ago, with several actions being presented. We do not know if the reason has to do with the discovery of the *amparo*, or to a decrease on the judicial decisions quality, or other.

The Superior Court in Macau ruled in favour of the admission of the *amparo*s although there were no rules regulating the procedures.

In fact, the above mentioned law just states that, *"From a judicial decision of any court that is located in the Territory one can always appellate to the plenary (en banc) of the Superior Court of Justice, with the grounds on the violation of fundamental rights guaranteed by the Macau Organic Statute, being the appeal direct and restricted to the violation question*."[25] (article 17, 1 of (Portuguese) Law n.º 112/91).

No subsequent rules were enacted, which is something that cannot give good credits to the Portuguese Administration in this specific point.

One must draw the attention to the fact that there is little information to explain the justification for creating the "*recurso de amparo*" in Macau.

regulation) only in those cases expressly provided for in the Constitution and restrictions shall be limited to the extent necessary to safeguard other rights and constitutionally protected interests and laws restricting these rights shall be general and abstract in character, cannot have retroactive effect nor limit, in extent or scope the essential content of the constitutional provisions. Article 19 provides, namely, that it's not possible to suspend the exercise of those rights, except where a state of siege or a state of emergency has been properly declared; the proportionality principle must be applied and, in any case should not be possible to suspend the exercise of, among others, the rights to life, personal integrity, defence of accused persons, freedom of conscience and religion.
One must refer that, in accordance with the Portuguese and Macanese system, fundamental rights are divided into two major categories - rights, freedoms and guarantees, on one side, and economic, social and culture rights, on the other side inserted in a specific Title. The first group is the strongest one, both in scope, extension and remedies available. However, some of the economic, social and culture rights can be, and in fact are, considered to be of an analogous nature to the other group, in accordance with article 17 that states that the general system of rights, freedoms and guarantees comprise those set out in Title II (of the Constitution) and fundamental rights of an analogous nature. Furthermore, article 16 provides that the fundamental rights contained in the Constitution do not exclude any other fundamental rights provided for in the laws or resulting from applicable rules of international law.

25 Another *amparo* was created concerning administrative acts and *de facto* situations.

The creation was by a Portuguese Law enacted specifically to Macau and a law that is dealing with the *organics* (the structure) of Macau judicial system and not with fundamental rights and freedoms issues, at least primarily and directly.

Besides, it's important to note that the lack of regulation - as mentioned above - is a situation which would strongly seem in need of alteration. On this basis, the restricted practical application of this remedy seems easier to understand.

The absence of regulation is not, however, a factor which limits the use of this concept within the courts of Macau.

The Superior Court understands that rule as creating not just a mere remedy but also an autonomous fundamental right (*per se*) , more precisely a right with a nature similar - analogous - to those self-executing fundamental rights, thus, not needing regulation to be invoked and exercised.

The legal doctrine had asserted this approach: "*As a fundamental right or, more specifically, as a material right, freedom and guarantee according, therefore, to statutory law, "recurso de amparo" should benefit from the regime ordained in, among others, Articles 17, 18 and 19 of the Portuguese Constitution, according to which it enjoys, in constitutional terms, direct applicability and is binding on both public and private entities*".[26]

In this specific point, both jurisprudence and doctrine share the same *pro fundamental right* position (or *pro libertatis*).

However, one should not hide the inconvenience (and consequent ambiguity) caused by the lack of regulation, namely in the search of a specific profile of this institution and also to raise - and to provide solution - doubts that emerge from this situation.

To the doctrine it is a difficult task but to the judiciary it is also difficult plus very inconvenient and subject to criticism - one must remember that Macau belongs to the Continental legal Family where the role of the courts is not to create rules.

The Superior Court was being very *friendly* in the admission of *amparo*s (against judicial decisions form 1st instance courts and against decisions of the Superior court acting in section/committees). However, lately, the orientation changed in a way that will undermine

26 PAULO CARDINAL, *The Amparo* ..., (Abstract), 267, a doctrine in accordance of the one stated by eminent Portuguese Scholar Gomes Canotilho.

the existence of the *amparo* writ.

In fact, adding several conditions - at times that could be implied in the rule that created the *amparo*, but at other times that contravenes in a frontal way the same rule - it made the presentation of the *amparo* complaint virtually impossible.

So, one may say that the first step was really *favor libertatis*, while the second step endangers the survival of the *amparo*, as an effective and really possible remedy to help the citizen *injured* in his fundamental right or freedom.

At present, one can find a majority of judges that demands those added conditions, together with dissenting votes. It is still early to reach a definite conclusion on the final word on this issue; besides, starting in June the 1st, the Court will have two more new judges, thus the full bench will change from the actual five to seven members.

The role of the Superior Court of Justice as the paramount guardian of the fundamental rights started really well, then moved towards a jurisprudence that bring us more *grey* expectations.

Anyway, no one can deny that, by admitting the *amparo*s, even without procedural rules, was an exercise that constituted an important lesson/example to the *newcomers* of a brave and non formalistic attitude in favour of the fundamental rights, the rule of law, the *ÉTAT DE DROIT* and, in a way, *replacing* those that were supposed to enact the needed legislation and just didn't fulfil their duty - no one knows why.

And time is scarce now. Besides, there will be later no moral legitimacy to criticise the new power if it does not regulate the *amparo*; after all, they would be just following the previous example and, ironically, playing *obedience* to the above mentioned principle of continuity…

V

CONCLUDING REMARKS

In conclusion, this paper tried to present the existence of a dual role paradox when

discussing the Judiciary and the Fundamental rights and, following that, tried to *show* the possible role of the *amparo* as a remedy to solve, or at least diminish the effects of it, and the role of this legal Institution as a strong contributor to the consolidation of the RULE OF LAW and the *ÉTAT DE DROIT*.

The *amparo*, however, is not the miraculous *potion*, and may well carry some not so positive effects, like the possibility of trying to present this writ in every single situation even if there's no ground at all. This can, ultimately, lead to the vulgarisation of this noble remedy and even create a blockade effect (flooding it) in the Supreme Courts.

On these rests the role (why not the duty?) of handling cases with care and the capacity to distinguish between what has substantive grounds from what lacks it[27]. In other words, to develop a jurisprudence that is well accepted by all and that grants prestige to the Court itself, like the cases of Germany, Spain or Venezuela, among others.

Concerning Macau, the existence and maintenance of the *Amparo* will, without a shadow of doubt, contribute to the establishment of an SAR with the characteristics of an *ÉTAT DE DROIT* within the PRC State.

The very existence of it will not guarantee it, but it will constitute a good base to ensure it.

In this few months it relies upon the Portuguese Administration the functional duty to ensure that the *Amparo* has conditions to survive, namely granting it, finally, the needed regulation, thus erasing a possible, I should say probable, major ground to deny the continuity of this remedy to protect fundamental rights.

The Portuguese Law that created the *amparo* will be revoked in the near future and there's a real danger of forgetting the remedy (in the new legislation), thus reinforcing the ambiguity of the so far short life of this "magical" fundamental rights and freedoms remedy.

Finally, I just hope that I have managed to draw the attention of this illustrious audience to the qualities and importance of the *Amparo* Idea. Or at least to have left you with some curiosity.

27 FIX-ZAMÚDIO presents this problem and alerts to a common effect: most of the *amparo*s being terminated by dismissal on procedural grounds. He disagrees, stating that the solution must be other than the anchor of procedure, Mexico *cit.* 113.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU NO QUADRO DA TRANSIÇÃO

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MACAU NO QUADRO DA TRANSIÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES*

Resumen: Portugal reconoce ampliamente en su Constitución política los derechos fundamentales de sus habitantes y los medios de protección en caso de que estos sean violados por las autoridades, a través del recurso de amparo. La población de Macau, colonia portuguesa enclavada en territorio Chino, goza de estos derechos y medios de protección. Sin embargo, el artículo trata de dar una respuesta a la interrogante: ¿cómo garantizar estos derechos ya obtenidos cuando la población de Macau está en proceso de cesión de soberanía de Portugal a China?

Palabras claves: Derechos fundamentales, soberanía.

Abstract: *Portugal widely recognizes in its Political Constitution the people fundamental rights and the instruments of protection in case of transgression of these rights by the amparo suit. The Macau people, a Portuguese colony in Chinese territory, enjoy these rigths and protection instruments. Nevertheless this article deals with the answer to the following question: how to guarantee these rights already obtained when Macau population is in a cession process of sovereingty from Portugal to China?*

Descriptors: *Fundamental rights, sovereignty.*

I. Notas Preliminares. **II.** O Período de Transição. **III**. O Princípio da Continuidade. **IV.** Breve Panorâmica dos Direitos Fundamentais no Território de Macau. **V.** Na Antecâmara da RAEM. **VI.** Estado da questão na RAEM. **VII.** *Idem*, o Plano do Direito Internacional.**VIII**. *Popularização* dos Direitos Fundamentais. **IX**. Notas Finais.

* Texto originalmente publicado na revista Cuestiones Constitucionales, 14, 2006, México, e publicado também na revista Administração, 71 (1º de 2006), Volume XIX, Março de 2006.

I

NOTAS PRELIMINARES

Ao intitularmos o presente texto pretendeu-se, desde logo, proceder ao seu enquadramento e bem assim identificar a perspectiva de abordagem que nos propomos trazer a esta reflexão no âmbito da temática dos direitos fundamentais em Macau. Em verdade, com o título que lhe é atribuído, fica devidamente balizado o caminho que se pretende trilhar, assumindo-se, sem equívocos e sem receios, que o acento tónico reside ainda – porque assim deve ser - na perspectiva da transição do exercício de poderes soberanos face a Macau, e dentro desta com particular ênfase no princípio da continuidade. Ou seja, ensaia-se um percurso no tempo, com partida no território sob administração portuguesa e chegada na Região Administrativa Especial da República Popular da China, na análise do tema em consideração.

Por outro lado, o trabalho apresentado não é, nem pretende ser, um texto de completude sobre o assunto ou impregnado de respostas e soluções. É, outrossim, uma reflexão sobre vários aspectos do tema onde se recenseiam problemas e dúvidas e onde, por vezes, se apontam pistas para alguns dos complexos problemas e mesmo algumas soluções. Alguns problemas não são objecto de inventariação ao passo que alguns outros são meramente aflorados. Em certa medida pode afirmar-se constituir uma primeira etapa – de desbravamento – de um percurso que se pretende possa ir mais longe.

Igualmente se deixa desde já aqui registado que não se pretende enveredar por uma certa lógica impregnada de uma áurea *saudosista*, de vontade de permanência de tudo o que antes existia, menos ainda no tributo a uma certa ideia, que também existe, de que «*no passado é que tudo era bom e agora tudo é mau*». Não é assim, porquanto as razões que nos impelem para este tipo de abordagem são jurídicas e encontram-se devidamente alicerçadas no modelo de transição encontrado e espelhado no tratado internacional necessaria e inapelavelmente convocado e de onde sobressai, entre outros princípios estruturantes, o da continuidade.

Com efeito, e porventura para os menos avisados - ou para os mais *alérgicos* - o sistema jurídico de Macau continua, nos seus vários domínios, ancorado na ideia de transição vertida na Declaração Conjunta, pelo menos até ao final do período de 50 anos aí estipulado. É uma situação peculiar, sem dúvida e quase sem paralelo – apenas a Região

Administrativa Especial de Hong Kong partilha esta situação enquadrante[1] – mas é aquela que, em nosso entender, caracteriza o sistema jurídico de Macau.

Este instrumento de direito internacional, Declaração Conjunta da República Portuguesa e da República Popular da China sobre a Questão de Macau (doravante DCLC ou Declaração Conjunta), assinada em Pequim em 1987 e depositada nas Nações Unidas, estabelece o conjunto de princípios que regem a transição, estatui um conjunto de *políticas fundamentais* para variados segmentos e, bem assim, estabelece determinados períodos de transição, *rectius* subperíodos.

Não nos deixemos, por fim, iludir pelo *modesto baptismo* que mereceu a DCLC – declaração[2]. Na verdade, e assim é firmemente estabelecido no direito internacional, não é pela circunstância de ser designada como *mera* declaração[3] que a DCLC deixará de se constituir como um verdadeiro tratado internacional com todas as consequências jurídicas daí advenientes.[4][5]

1 Curiosamente este modelo chegou a ser colocado, por representantes da ONU, como possível forma de solucionar o agudo e terrível drama verificado em Timor Leste aquando da sua luta pela independência face à tirania da Indonésia. Como se sabe a situação de fundo era substancialmente diferente e hoje Timor Leste é um Estado independente e não uma Região Administrativa Especial da Indonésia. O modelo das RAE foi igualmente ponderado para a resolução de problemas nos balcãs e também, até agora, sem sucesso.

2 GOMES CANOTILHO coloca a pergunta seguinte: «*Não é inteiramente claro o motivo justificativo da designação de tal Tratado por Declaração conjunta*», *As Palavras e os Homens - reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e no Direito Comparado, 1999, pág. 336, também publicado em O Direito, Outubro 1994.

3 «*It is sometimes suggested (…) that the JD is not binding, at least on the government of China, because as a mere 'declaration' of intended policies by a sovereign power in regard to its own territory it cannot restrict the sovereignty it confirms*», PETER WESLEY-SMITH, apresenta-nos linearmente este ponto de vista, para de seguida rematar claramente: «*This is not so*», *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong*, 1993, pág. 57.Considerando a Declaração Conjunta «*um documento com força juridica*», XU QING, *A Natureza e o estatuto da Lei Básica da RAEM – uma tentativa de abordagem,* comunicação apresentada ao Seminário intitulado Linhas de Evolução do Direito da RPC – Reflexos em Macau, 1994, página 9.

4 Sobre esta questão, RUI MOURA RAMOS, *A Declaração Conjunta Luso-Chinesa Na Perspectiva do Direito Internacional*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIV, 1998, onde se afirma ser «*incontroverso estarmos perante um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional*» e «*não constitui pois qualquer óbice à natureza jurídica (...) a designação que lhe foi atribuída*», páginas 671 e 673, respectivamente; no mesmo sentido, JOSÉ CARAPINHA, *The Political and Legislative Transition of Macau*, in Macau and its Neighbours in Transition, FSSH/Fundação Macau, 1996, pág. 18, centralmente, CHEN ZHI ZHONG, *The Joint Declaration and the International Law*, Boletim da Faculdade de Direito, nº 11, 2001, páginas 89 e seguintes, e ainda GOMES CANOTILHO, ob. e loc. *Cit.*. Veja-se ainda, no que respeita à homóloga declaração para Hong Kong, RODA MUSHKAT, *One Country, Two International Legal Personalities*, HKUP, 1997, páginas 140 e 141.

5 Realçando esta característica e afirmando a necessidade de a RPC cumprir perante a comunidade internacional o acordado na Declaração Conjunta, FRANCES LUKE, *The imminent threat of China´s intervention in Macau´s autonomy: Using Hong Kong´s past to secure Macau´s future*, American University International Law Review, 15, 2000, página 3.

II
O PERÍODO DE TRANSIÇÃO

Neste trecho dedicado ao estudo do período de transição reproduzimos, de forma bastante fiel, o que havíamos antes escrito em artigo publicado na Revista Jurídica de Macau[6]. Poderá eventualmente afigurar-se demasiado desenvolvido hoje, todavia, não queremos desperdiçar a oportunidade de aqui deixar este registo, porque relevante e também porque, em vários textos locais acha-se menorizada ou mesmo tão só esquecida esta questão pertinente. Será, em suma, uma repetição mas uma repetição que se justifica.

Um dos conceitos que foi sendo objecto de tentativas várias de o recortar foi o de transição ou período de transição. Anote-se que os resultados obtidos não são nem convergentes em direcção a uma conclusão consensual, nem claros. Na verdade, e de uma forma tanto simplista quanto redutora, alguns têm alvitrado que o período de transição se inicia com a vigência da DCLC, Janeiro de 1988, conhecendo o seu término em 19 de Dezembro de 1999. Por outras palavras, *período de transição* equivale ao momento, prolongado nos anos (1988-1999), de transferência do exercício de soberania sobre Macau[7], da República Portuguesa para a República Popular da China. Associada a esta tese tem caminhado a desvalorização da eficácia, senão mesmo da vigência, da Declaração Conjunta.

Esta leitura restritiva, em vingando[8], inculcará desde logo o esgotamento da eficácia da DCLC no dia 19 de Dezembro de 1999. No dia seguinte, isto é a 20 de Dezembro, porque não restará qualquer período de transição, não fará sentido invocar o texto jus-internacional que criou e regulou esse mesmo período de transição. Ou seja, se é verdade constituir a DCLC o documento «*jurídico-político-diplomático*» que legitima o período de transição, também será verdade que, decorrido esse período, como que fica despojada de objecto, portanto, segundo este entendimento que vimos a apresentar, hoje, não fará já qualquer sentido invocar a Declaração Conjunta senão apenas, eventualmente, como mera referência histórica. Em seu abono poderia, também, chamar-se à colação a vida curta do Grupo de Ligação Conjunto que, passando embora a fasquia de 20 de Dezembro, se limitara a permanecer em funções até 1 de Janeiro de 2000[9]. À imagem, uma vez mais, do estatuído para Hong Kong, com a diferença essencial de, no caso de Macau, o GLC ter

6 PAULO CARDINAL, *A Transição e o sistema político de Macau: continuidade ou convergência*, Revista Jurídica de Macau, Vol. IV, nº 3, 1997.

7 A este momento, ou período, se refere a Declaração Conjunta Luso-Chinesa no seu ponto 3.

8 Fosse aquando do seu surgimento, ou em qualquer momento posterior, note-se.

9 Ponto 4, da parte II, do Anexo II, da DCLC.

disposto de cerca de duas semanas[10], que mais não terão dado do que para um simples arrumar dos «dossiers», enquanto que o homólogo de Hong Kong beneficiou de cerca de dois anos e meio de trabalho.

Esclareça-se, no entanto e desde já, que repudiamos esta posição, a qual assenta numa reducionista leitura isolada e hermética do ponto 3 da DCLC[11]. Desgarrada, pois, de todo o restante normativo daquele tratado, do espírito que presidiu à sua celebração, dos seus princípios estruturantes e, quiçá, arredio da boa fé que impera na interpretação dos instrumentos jurídicos internacionais[12]. Como deixamos já antever, esta tese não é, todavia, conforme nem à letra nem ao espírito da Declaração Conjunta. Na verdade, por período de transição há que entender-se todo o tempo de vinculação das partes contratantes, Portugal e RPC, ao tratado internacional que decidiram celebrar.

A Declaração Conjunta constitui, sem dúvida, um espartilho ao exercício de soberanias sobre este pequeno enclave de duas dúzias de quilómetros quadrados, só que, este é um espartilho desejado e concretizado de livre vontade por aqueles estados soberanos num normal exercício dos seus poderes jus-internacionais, nomeadamente concretizando o seu *jus tractum,* conforme as regras internacionais estabelecidas e vinculando-se de acordo com o regime procedimental interno de cada um daqueles sujeitos de direito internacional.

Não se poderá argumentar com a existência desse espartilho, ou limitação, ao pleno exercício dos poderes soberanos por parte da RPC, como fundamento da cessação da eficácia da Declaração Conjunta até porque[13], e assinale-se desde já, esse carácter limitativo pendeu já sobre a República Portuguesa e, por outro lado, essa limitação resultou da vontade própria das partes contratantes que, presume-se, agiram de boa fé e fieis ao princípio *pacta sunt servanda* e de *tudo isso* dando *testemunho* público e formal junto das Nações Unidas. São, pois, limitações *autoimpostas*, vertidas num instrumento convencional in-

10 Sobre esta questão e sua crítica, MANUEL ESCOVAR TRIGO, *A Transição na Declaração Conjunta*, População e Desenvolvimento em Macau, U.M./F.M., 1994, págs. 372-373 e notas 28 e 29.

11 E com evidentes marcas de índole politizada e localizada no tempo, a qual obnubila a vertente estritamente jurídica.

12 *Vide* artigo 31º , número 1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, cujas normas constituem, em muitos casos, direito internacional comum, nomeadamente as regras de interpretação expostas neste artigo referido, sendo entendimento firme que aquelas normas vigoram ainda que a Convenção se não aplique em si mesma a determinado sujeito de direito internacional. Ver, entre outros, MALCOLM SHAW, *International Law*, Cambridge, 1994, pág. 561. Concretamente sobre a Declaração Conjunta e antevendo problemas de interpretação, dado o«*carácter muito vago dos preceitos*», ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, 1993, páginas 192 e 193. Partilhando desta mesma preocupação, aqui alicerçada ainda na circunstância de estarem em causa nas duas partes que assinaram este tratado dois sistemas jurídicos radicalmente diferentes, PETER WESLEY-SMITH, *ob. cit.*, pág. 55.

13 Mas não apenas, ressalve-se.

ternacional, como acontece num grande e variado conjunto de instrumentos de direito internacional que, de uma forma ou de outra - e com normalidade - consagram limitações ao exercício de poderes soberanos dos actores do direito internacional, incluindo-se nestes os Estados enquanto entidades tradicionalmente consideradas como estando dotadas de plena soberania.

Como bem afirmou GOMES CANOTILHO, a Declaração Conjunta estabeleceu «*as regras do jogo*» da transferência de soberania, jogo esse «*difícil e incerto mas, apesar de tudo com regras*...»[14]. Em suma, estabeleceu-se, por mútuo acordo, um pacote de normas de direito internacional, vinculativas e cuja eventual violação fará incorrer o Estado desrespeitador em responsabilidade internacional.

Prossiga-se, então na análise ao quadro traçado pela DCLC, o qual é variável e de densidade diversa face ao momento temporal e face aos destinatários. Conhece, portanto, camadas distintas de aplicação, ou se se preferir, a sua aplicação conhece cambiantes que são determinadas ora pelas obrigações internacionalizadas concretamente consideradas, ora pelos destinatários dessas obrigações, ora mesmo quanto ao calendário em que devem ser cumpridas.

A primeira e essencial obrigação é a transferência do exercício de soberania sobre Macau de Portugal para a RPC. Decorrentes desta, ou acessoriamente, resultam outras obrigações.

Destarte, todo um vasto conjunto de obrigações previstas nos vários números do ponto 2, « *O Governo da República Popular da China declara que (...) aplicará, em relação a Macau, as seguintes políticas fundamentais:* », seguindo-se um enunciar de onze importantes políticas estruturantes da futura RAEM, de onde se deve agora destacar «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, designadamente as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de deslocação e migração, de greve, de escolha de profissão, de investigação académica, de religião e de crença, de comunicações e o direito à propriedade privada*» (4) rematadas com a previsão do número 12 que, em reforço do estatuído no corpo do artigo 2.º, assevera que " *As políticas fundamentais acima mencionadas (...) serão estipulados numa Lei Básica (...) e permanecerão inalterados durante cinquenta anos*".

14 *Ob. cit.*, pág. 336.

Para além destas obrigações dirigidas para a RPC, e daquela primeira para Portugal, existem outras dirigidas para ambas as partes contratantes, e em simultâneo, como a criação de um Grupo de Ligação Conjunto (doravante GLC), *ex vi* o artigo 4.º e o ponto I do Anexo II. Uma outra obrigação consagrada, esta tendo o estado Português como sujeito *devedor*, consiste na promoção do desenvolvimento económico e na preservação da estabilidade social de Macau[15].

Concluído então, que não esgotado note-se, este breve identificar das obrigações consagradas na DCLC, logo se constata que não são uniformes quanto aos destinatários e surgem distintivamente consoante o momento em que deverão ser cumpridas. E esse momento não se consome com a transferência de exercício de soberanias. Na verdade, as obrigações incidentes sobre a RPC, e reflexivamente sobre a RAEM, prolongam-se durante cinquenta anos após a retoma do exercício da soberania sobre Macau.

Este é um segundo período de transição[16]. Com efeito, para além daquele período descortinado já, porventura de mais fácil apreensão apriorística e porventura mais agraciado pela *real politik*, um outro período mais prolongado é indicado pela Declaração Conjunta Luso-Chinesa, nos termos expostos.

À guisa de conclusão, podemos dizer que a Declaração Conjunta consagra um período de transição compreendido entre a sua entrada em vigor e o último dia dos cinquenta anos subsequentes à reassumpção do exercício de soberania sobre Macau pela RPC. Todavia, este período encontra-se por seu turno subdividido em dois, o primeiro que discorre até 19 de Dezembro de 1999 e o segundo com início em 20 de Dezembro desse ano e prolongado por cinquenta anos.

É mister ter, pois, bem presente que a vigência e eficácia deste tratado internacional não pereceram na alvorada do dia 20 de Dezembro de 1999[17]. Inaugurou-se, outrossim, um novo período que, de traço diferenciador, tem o transferir do protagonismo de obrigacio-

15 Sobre este pacote de obrigações vide ALBERTO COSTA, *Continuidade e mudança no desenvolvimento jurídico de Macau à luz da Declaração Conjunta Luso-Chinesa*, Revista Jurídica, nº1, pág. 54.

16 Cfr. MANUEL ESCOVAR TRIGO, *ob. cit.*, págs. 368 e segs.; FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, *Declaração Conjunta, modelo de transição e reforma da Administração*, Revista Administração, nº11, págs. 78 e segs.. Convoque-se ainda o (primeiro) *Relatório Sobre a Aplicação em Macau do Pacto Internacional Sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC*), pág. 8, onde se declara haver uma primeira fase do período de transição que termina com a retoma do exercício da soberania e ulteriormente, e durante um período de 50 anos uma outra fase se inaugura.

17 Nem, obviamente, com a aprovação da Lei Básica. Cfr. ARNALDO GONÇALVES, *Macau, no triângulo das relações externas da China com o ocidente pós 1999- O estatuto político-constitucional*, revista Administração, nº 21, pág. 590, MANUEL ESCOVAR TRIGO, *ob. cit.* pág. 374, JOSÉ CARAPINHA, *ob. cit.*, páginas 18 e 19. A propósito será, porventura, interessante referir uma tese caracterizada por alguma dose de peregrinidade, que concebe a transição em 2 períodos, um situado entre a entrada em vigor da DCLC e o outro após a aprovação da Lei Básica, estes sim os dois períodos da transição, não comportando esta tese um 3º período de transição...

nista principal de Portugal para a RPC. A Declaração Conjunta continua a vincular os Estados contratantes[18] como também permanece na constelação das fontes do direito da RAEM, e, num patamar sobrelevado na hierarquia daquelas[19]. As suas normas, designadas como «políticas», estatuintes das obrigações pós 99, tendo a RPC como sujeito, poderão mesmo constituir «limites de natureza material» ao poder legislativo encarregado de elaborar (e alterar) a Lei Básica, nos dizeres de GOMES CANOTILHO, que descortina na Declaração Conjunta funções garantística, dirigente, dinâmica e interpretativa, no âmbito da RAEM.[20]

Para o que ao nosso tema interessa é mister dispensar algumas palavras – por empréstimo - em particular quanto à função garantística, dado que muitos dos princípios das políticas fundamentais estabelecidas assumem-se «*como cláusulas de salvaguarda de direitos adquiridos (direitos às liberdades pessoais, direito à função pública, direito a vencimentos e subsídios).*» e, também quanto à função interpretativa, em apelo a uma «*compreensão amiga das liberdades previamente acolhida na Constituição da república Portuguesa de 1976 vigente em Macau na altura da assinatura da Declaração Conjunta*.»[21].

E por assim se considerar e dado que a Declaração Conjunta criou um catálogo (aberto ou exemplificativo) de direitos fundamentais, um estudo como o presente não pode esquecer a importância deste tratado internacional, menos ainda olvidar a sua existência e, bem assim, a (manutenção da) sua vigência e será deveras importante recordar aqui o estatuído no Ponto V, do Anexo I, Esclarecimento do Governo da RPC sobre as políticas fundamentais a aplicar a Macau: «*A Região Administrativa Especial de Macau*

18 JORGE GODINHO, *Macau SAR Business Law and Legal System,* a publicar, afirma, Macau«*It is now in a period of Chinese Administration under the conditions agreed between Portugal and China (1999-2049) and from 2049 it will commence a period of unrestricted Chinese Administration.*» e, «*The Sino-Portuguese Joint Declaration will then cease to apply and therefore the Chinese Administration of Macau will no longer have to follow its requirements*.», páginas 2 e 5, respectivamente.

19 Cfr. ALBERTO COSTA, *ob. cit.*, pág. 64, nota 7; PAULO CARDINAL, *O sistema político de Macau na Lei Básica-separação e supremacia do executivo face ao legislativo*, Revista Administração, nº 19/20, pág. 80; JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei básica da futura Região Administrativa Especial*, revista Administração, nº 19/20, págs. 24 e 25; ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, comunicação apresentada à 4ª conferência do Comparative Constitutional Law Standing Committee, Bangkok, 27-29 de Maio de 1999, págs. 46 e seguintes; JOSÉ CARAPINHA, *ob. cit.*, pág. 19. GOMES CANOTILHO afirma que não repugnaria defender a tese de que «*durante o lapso temporal de cinquenta anos os princípios de políticas fundamentais plasmados na Declaração Conjunta constituiriam limites substantivos ao exercício do poder do Estado Chinês no direito territorial de Macau*», *ob. cit.*, pág. 340.

20 GOMES CANOTILHO, *As palavras e os Homens cit.*, págs. 340 a 342.

21 GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, páginas 341 e 342. Ver ainda sobre esta função interpretativa por referência à Declaração Conjunta, PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia no Contexto da Lei Básica*, AAM, 1992, pág. 77, LEONOR ASSUNÇÃO, *Princípios de Direito Penal e Direitos e Garantias Processuais Penais dos Residentes de Macau*, no Contexto da Lei Básica, Administração, nº 19/20, 1993, páginas 130 e 131.

assegurará, em conformidade com a lei, ***todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente***[22] *as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de manifestação, de associação (nomeadamente de constituir e de participar em associações cívicas), de organização e de participação em sindicatos, de deslocação e de migração, de escolha de profissão e de emprego, de greve, de praticar a sua religião e de crença, de ensino e de investigação académica; o direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações e de acesso ao direito e à justiça; o direito à propriedade privada, nomeadamente de empresas, à sua transmissão e à sua sucessão por herança e ao pagamento sem demora injustificada de uma indemnização apropriada em caso de expropriação legal; a liberdade de contrair casamento e o direito de constituir família e de livre procriação*.» Note-se o conjunto de diferenças, alargando o âmbito e o sentido dado aos direitos fundamentais, entre este esclarecimento *unilateralizado* e a norma directamente pactuada entre Portugal e a RPC expressa no anteriormente citado ponto 4, do artigo 2.º e da qual resulta.

III

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Princípio estruturante no estudo da transição em geral e do tema que nos ocupa em particular, é o da continuidade[23]. Continuidade do sistema social e económico e também dos actos normativos, basicamente inalterados, também referenciado como princípio da inalterabilidade essencial. Este princípio constitui-se como uma verdadeira almofada na temática dos direitos fundamentais no contexto da transição[24].

22 Destacados nossos.

23 Sobre este princípio, entre outros, JORGE COSTA OLIVEIRA, *ob. cit.*, páginas 21 a 60, PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia no Contexto da Lei Básica cit.*, páginas 71 a 77, ALBERTO COSTA, *ob. cit.*, *passim,* FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, *ob. cit.*, páginas 77 e seguintes, LEONOR ASSUNÇÃO, *Princípios de Direito Penal e Direitos e Garantias Processuais Penais dos Residentes de Macau*, *cit.*, páginas 129 e seguintes, ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional cit*, págs. 46 e seguintes.

24 VIEIRA DE ANDRADE afirma :«*O imperativo de manutenção das leis previamente vigentes em Macau basicamente inalteradas como um imperativo de manutenção do sistema (isto é, das suas normas essenciais, das que constituem o seu núcleo caracterizador, incluindo, por exemplo, a norma que proíbe a pena de morte) e a consequente proibição do retrocesso infundamentado por via legislativa*.», *Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM.

O artigo 2.º, n.º 4, da Declaração Conjunta estipula que as «*leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas*». Por seu turno, no Anexo II deste tratado internacional - e sua parte integrante - estabelece-se, com maior densidade, no ponto III, «*Após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, as leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau manter-se-ão, salvo no que contrariar o disposto na Lei Básica ou no que for sujeito a emendas pelo órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau*.». Decorre destes preceitos que as partes subscritoras deste tratado internacional pretenderam dotar com uma *garantia de transição*[25] o ordenamento jurídico do território de Macau no sentido da sua (básica) manutenção aquando da criação da RAEM[26].

Da conjugação dos preceitos mencionados pode concluir-se que a Declaração Conjunta consagra como regra o princípio da manutenção do ordenamento jurídico vigente em Macau, todavia este princípio não se afirma como absoluto, tal significando que o princípio da continuidade não deve ser encarado como significando intangibilidade. E não se postula como sinónimo de intangibilidade porquanto assim o pretenderam as partes contratantes por forma a evitar um indesejável esclerosamento do ordenamento jurídico de Macau. Na verdade, esta característica de elasticidade, ainda que limitada, do princípio da continuidade constitui-se como uma garantia mais à efectiva sobrevivência do ordenamento jurídico já que lhe permite, sem abdicar contudo das suas características essenciais[27], adaptar-se ao evoluir natural e imprevisível do sistema social em que se insere. Se é vero que o ordenamento jurídico se deverá manter embora não em termos absolutos não é, no entanto, menos verdadeiro que só poderá ser alterado no respeito aos limites estabelecidos pela e na Declaração Conjunta.

O limite à plenitude do princípio da continuidade não poderá reconduzir-se tão somente à tese da manutenção das leis salvo no que contrariar a Lei Básica ou no que for

25 Outros exemplos de garantias de transição podem ser recolhidos na DCLC, como as respeitantes aos sistemas económico e social, *ex vi* do artigo 2º, ponto (4), a respeitante à manutenção do curso legal da pataca, mesmo artigo 2º, ponto (8), relativa à advocacia, parágrafo 5º, do ponto IV, do Anexo I, ou a propósito dos direitos fundamentais como adiante se verá.

26 PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia cit.,* página 72.

27 LIUTING WANG, *Macao´s return: Issues and concerns*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 22, 1999, N.2, página 180 fala-nos na necessidade de o novo soberano reconhecer a existência de um sistema jurídico distinto em Macau e bem assim do acervo dos costumes sociais locais. Atente-se também em «*A elaboração de nova legislação (...) impõe ainda que seja atendida, prudentemente, a relação entre a Lei Básica e as leis anteriormente vigentes, mas também que sejam mantidas as características do direito continental europeu, de modo a assinalar o estilo típico de Macau.» e mais adiante, «O que merece ser referido também é que uma das mensagens contidas na política "Um país, dois sistemas" é a admissão da continuidade de existência do regime deixado por país estrangeiro, na condição preliminar de este não contrariar a Lei Básica.»,* SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, 2002, página 54.

sujeito a alterações posteriores por via normativa, isto é leis da RAEM por exemplo, sob pena de, como se pode antever, levar a um total esvaziamento daquele princípio reitor e consequente inutilidade. Quanto a nós, há que admitir a possibilidade de introdução daquelas alterações não sendo, no entanto, admissível que essas alterações se consubstanciem em mudanças básicas[28] com isto se pretendendo significar que os princípios gerais de Direito enformadores da ordem jurídica de Macau não podem ser inobservados bem como os diversos regimes jurídicos – por exemplo dos direitos fundamentais em geral e de cada direito em si mesmo – não poderão ter a sua *ratio* desvirtuada ou aniquilada ou, por outras palavras, o conteúdo essencial de determinado regime jurídico terá de ser respeitado e mantido[29].

Assuma-se que, pelo exposto, se discorda das teses que tentam ver no conceito de *«leis previamente vigentes em Macau*[30]*» inserto na Declaração Conjunta – operando como elemento definidor e garantidor do princípio da continuidade do ordenamento jurídico – e também na Lei Básica, no seu artigo 8.º um comando restritivo no sentido da exclusão da legislação previamente vigente em Macau mas com origem externa, isto é elaborada por órgãos legislativos de Portugal*[31]. Com efeito, nada no tratado internacional, na sua textualização ou no seu espírito, permite amputar desta maneira o princípio da continuidade. E não se esgrima com a tese da soberania da RPC porquanto foi a mesma RPC no uso livre dos seus poderes soberanos quem assim densificou contratualmente o princípio da continuidade.

Como também não se acolhe a doutrina que pretende fracturar ainda mais o princípio da continuidade fazendo reverter esta garantia apenas à legislação aprovada anteriormente à Declaração Conjunta, sujeitando-a a determinados condicionalismos[32].

28 Defendendo tese próxima, afirma LOK WAI KIN «*A inalterabilidade básica das leis refere-se meramente à inalterabilidade do seu espírito e ao valor básico da legislação, que não à inalterabilidade (...) dos articulados concretos.» Impacto da Lei Básica da RAEM na concepcção do Direito de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, 2002, página 61. O autor parece, todavia, afastar-se em alguma medida desta sua tese em função de critérios temporais e de necessidade de alterar «*certos conceitos jurídicos originais da RAEM*».

29 PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia cit.,* páginas 74 e 75.

30 Ou expressões símiles.

31 Veja-se, entre muitos outros, XU CHANG, *Localização da legislação de Macau – uma nova abordagem,* Revista Jurídica de Macau, Vol. V, nº 1, páginas 82 e 83, ZHAO GUOQUIANG, *ABC* da *Região Administrativa Especial de Macau,* 1999, páginas 61 a 63, note-se que, este mesmo autor, em *Continuation of existing Macao Laws in the Macao SAR,* China Law, March 15, 1999, páginas 72-74, afirma que as leis portuguesas não localizadas mas aplicáveis a Macau são detentoras do mesmo estatuto das leis locais e, por conseguinte, poderão manter-se em vigor desde que não contrariem a Lei Básica, JIAO HONG CHANG, *Estudo de algumas questões relativas à Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau,* Perspectivas do Direito, nº 7, 2000, páginas 196 a 198.

32 JIAO HONG CHANG, *Estudo cit., página 197,* «*as leis elaboradas durante o período de transição (1987-1999), nomeadamente as leis que alterem profundamente os regimes e princípios actuais (...) também não são abrangidas*

As teses antes expostas – e que obtiveram vencimento - vieram, como era previsível e assim foi atempadamente alertado, colocar enormes pressões no chamado processo de «localização das leis» e contribuir para a criação de lacunas no sistema jurídico aquando da transição, algumas das quais ainda hoje se podem continuar a verificar.

Vistas as coisas em geral quanto ao princípio da continuidade do ordenamento jurídico é mister avançar no que tange concretamente aos direitos fundamentais e como já anteriormente aduzido, «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau*» e ainda «*Os habitantes da Região Administrativa Especial de Macau e os outros indivíduos que aí se encontrem são iguais perante a lei, sem discriminações em razão da nacionalidade, ascendência, sexo, raça, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.*».

Não se pretende aqui maçar a *audiência* com tais reproduções mas tão somente recordar traços estruturantes do nosso sistema de Macau os quais, porventura, possam estar algo arredios nos dias de hoje em alguns espíritos.

Parece, deste modo, legítimo concluir-se pela existência de uma vontade dos dois Estados soberanos signatários da Declaração Conjunta em manter, por obediência à continuidade, um certo *status quo* e, assim, irradiar um capital de confiança nas gentes de Macau, principais destinatários destes direitos fundamentais.

Sendo verdade que se verificou uma transição de poderes de soberania, também é verdadeiro afirmar que com a consumação dessa transferência não se procedeu à eliminação do passado mas, antes pelo contrário, assume-se esse passado, respeita-se esse legado e pretende-se, dentro de determinadas coordenadas, mantê-lo[33].

De acordo com o princípio da continuidade, os direitos fundamentais em Macau permanecem basicamente inalterados no ordenamento jurídico (como também seria de supor que alguns direitos não seriam despejados da sua morada constitucional e que o seu regime de exercício se manteria, ou assim deveria suceder).

Com efeito assim é, quer com a guarida geral do princípio da continuidade do ordenamento jurídico, quer alicerçando-se na garantia específica (de reforço) de continuidade dos direitos fundamentais catalogados na Declaração Conjunta, pelo menos - mas não

pelo conceito "leis previamente vigentes em Macau" salvo aquelas em relação às quais, após consulta, o Governo Chinês conceda a sua concordância.».

33 Veja-se JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV,* 2.ª edição, página 191.

apenas[34] - destes[35], sem esquecer o princípio da manutenção do sistema social de Macau[36].

IV

BREVE PANORÂMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TERRITÓRIO DE MACAU

O texto fundamental de patamar constitucional no território de Macau era o Estatuto Orgânico de Macau, o qual, como é consabido, não dispunha – ou quase – de referências a direitos fundamentais[37]. Com efeito, quase se limitava tão só a uma cláusula de «importação» de um sistema de direitos fundamentais, por via do seu artigo 2.º - com redacção sugerida em parecer do Conselho de Estado. Por essa porta, entravam não apenas o catálogo de direitos fundamentais, mais propriamente os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição Portuguesa[38], aqui se incluindo os direitos de natureza análoga, com ou sem morada constitucional[39].

34 Vimos já que o catálogo de direitos fundamentais da DC é aberto recorrendo-se a expressões como «designadamente» precisamente para reforçar o entendimento de não exclusão de outros direitos não catalogados no texto do tratado internacional.

35 Sobre isto, com referência ao princípio da continuidade/inalterabilidade essencial consagrado na DCLC, já se afirmou que as (necessárias) alterações não podem representar «*limitações dos direitos, liberdades e garantias dos residentes de Macau, que pelo seu objecto e dimensão, constituam o núcleo ou mínimo essencial de protecção jurídica. O entendimento contrário transformaria a Declaração Conjunta num 'acto absolutamente intransitivo', sem causa nem finalidade...*», LEONOR ASSUNÇÃO, *ob. cit.* página 131.

36 « *Os actuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver*», (4) do artigo 2º da DC.

37 Recordem-se os seguintes preceitos do EOM: artigo 11º, alínea d), artigo 31º, nº 2, alínea a) e nº 3 alínea b), artigo 36º, nº 2, alínea b), artigo 41º, nº 2. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, a páginas 190, fala-nos da natureza essencialmente orgânica do EOM.

38 Cfr., entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual cit.* págs. 190 e segs.; *Idem*, *Ordem Constitucional e Fiscalização da Constitucionalidade em Macau*, O Direito, 1991, pág. 196; ANTÓNIO VITORINO, *Macau na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Administração, nº 13/14, pág. 539; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *A Fiscalização da Constitucionalidade das normas de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, página, 26, VITALINO CANAS, *Relações entre os ordenamento constitucional português e o ordenamento jurídico do Território de Macau*, Revista Jurídica de Macau, vol. I, 1988, páginas 42 e 43. Veja-se, ainda, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 284/89 e 245/90.

39 Ver, nomeadamente, LINO JOSÉ RIBEIRO/CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado*, Fundação Macau/SAFP, 1998, páginas 711 e 712, GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, páginas 348 e 349, PAULO CARDINAL, *O amparo macaense de direitos fundamentais vis-à-vis as decisões judiciais*, Revista Jurídica de Macau, número especial, 1999 , página 365, também disponível em Justicia Constitucional en Iberoamerica, da Universidade Carlos III, Madrid, ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, *A Liberdade de Indústria no Ordenamento Jurídico de Macau*, Revista Jurídica de Macau, Vol. III, nº 1, 1996, páginas 33 e 34.

Ora, como em outros momentos afirmamos[40] , com os direitos, liberdades e garantias constitucionais importados, *viajavam* igualmente os preceitos que respeitam ao regime dos direitos fundamentais e ao regime daquele especial tipo de direitos. Este entendimento parece poder considerar-se estabilizado [41].

Com efeito, e como acabamos de ver, o artigo 2.º do Estatuto Orgânico recebia os direitos, liberdades e garantias do texto constitucional português e, ao operar essa recepção, importava igualmente os princípios e regras de exercício desses direitos constantes, designadamente, dos artigos 12.º, 13.º, 14.º, 17.º, 18.º, 19.º e, 16.º.

Ora, este último artigo estabelece a designada cláusula aberta, pelo que não serão excluídos outros direitos, liberdades e garantias *materiais*[42], nem, por maioria de argumento constitucional, os direitos, liberdades e garantias análogos dispersos pelo texto constitucional.

Por conseguinte, à boleia daquele regime, *rectius*, do disposto nos artigos 16.º e 17.º da CRP, arribavam a Macau os direitos fundamentais materiais que constem de lei aqui vigente ou de instrumento de direito internacional aqui aplicável.

Diga-se, pois, em jeito de conclusão, em Macau vigoravam os preceitos constitucionais que estabeleciam os direitos fundamentais, os quais se caracterizam, como sabemos, pela sua generosidade e amplitude[43], as mais das vezes densificados de forma tal que o legislador ordinário encontrava a sua tarefa extremamente facilitada e balizada. Basta recordar preceitos como os dispensados à liberdade religiosa ou às associações sindicais.

Para além disso, os preceitos como os artigos antes citados, por exemplo o 18.º, constituíam uma verdadeira cartilha de garantias e blindagem quanto ao exercício desses

40 PAULO CARDINAL, *O amparo macaense de direitos fundamentais vis-à-vis as decisões judiciais*, *cit.*.

41 PINHEIRO TORRES afirma impressivamente "*Ora, é doutrina corrente, e tanto quanto sei pacífica, a de que a remissão estatutária para os direitos, liberdades e garantias não se limita à recepção do respectivo elenco. Vai mais longe, e recebe o próprio regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias.*", *Interesse Público e Interesses dos Administrados: Qual a sua relação na Lei Básica?*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 11, 2001, página 199. Veja-se também ainda, entre outros, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *A Letra, o Espírito e o Direito ao Amparo*, , páginas 403 e seguintes, in Revista Jurídica de Macau, nº especial, 1999, passim,, ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES, *Direito à Informação Procedimental no Código do Procedimento Administrativo de Macau*, Revista Jurídica de Macau, Vol. V, nº 3, 1998, paginas 81 e 82, onde expressamente afirma a aplicabilidade do artigo 18 º, VITALINO CANAS*, Relações.. cit*., págs. 42 e 43, que identifica expressamente os artigos 17º, 18º e 19º da CRP como preceitos recebidos pelo artigo 2º do EOM. E mais se poderia chamar à colação o artigo 14º da mesma CRP.

42 Porventura, no que respeita ao âmbito de aplicação do artigo 2º do EOM, já não se poderá falar em direitos fundamentais materialmente constitucionais que não sejam reconduzíveis à categoria de direitos, liberdades e garantias.

43 ARNALDO GONÇALVES, *Notas*, inédito, 2004, fala em «*quadro muito avançado, em termos de direito constitucional superior dado o vanguardismo da CRP*», por contraposição à situação verifivada na colónia de Hong Kong.

direitos, protegendo-os de uma forma extremamente complexa e «amiga».

Cabe agora dispensar algumas palavras sobre os meios de tutela dos direitos fundamentais, mormente no que tange à tutela judicial, disponibilizados no território de Macau[44].

Nesta sede dedicada aos *remédio*s dos direitos fundamentais não se pode deixar de mencionar com destaque o recurso de amparo[45].

Em tempos afirmamos que a Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto - bases da organização judiciária de Macau - introduziu, inovadora e revolucionariamente, no seu artigo 17.º, o instituto do amparo no ordenamento jurídico de Macau, enquanto categoria processual autónoma, genérica e de vocação una de defesa de direitos fundamentais, o que se afigura, *prima facie*, de inquestionável importância[46] no devir, e também no presente, da sociedade de Macau.

Este instituto – deveras conhecido no direito comparado[47] - constitui uma modalidade de protecção jurisdicional de direitos fundamentais ou, em outra perspectiva, como regista Gomes Canotilho, uma das componentes da justiça constitucional no sentido de «*jurisdição da liberdade*»[48].

Anteriormente à aprovação da LBOJM apenas se conhece uma referência ao assunto: «*Outra hipótese seria criar um recurso autónomo para protecção dos cidadãos contra eventuais abusos dos seus direitos fundamentais por parte da administração, solução que presentemente tem tido bom acolhimento em diversos países (…)*» adiante se afirmando, «*quanto à consagração em Macau de um recurso de amparo*» não se levantarem dificuldades[49], podendo entrever-se nestas palavras - repete-se, as primeiras escritas sobre o assunto - uma certa ideia de futuro, ou seja de continuidade para uma nova etapa da história constitucional de Macau.

Por comodidade de referência e como repositório histórico, se transcreve o disposto no *famoso* preceito, artigo 17.º:

44 Para além da autotutela protagonizada pelo direito de resistência e da chamada tutela graciosa, de que é exemplo o direito de queixa ao ACCCIA no desempenho das suas funções de provedoria de justiça.

45 Sobre este instituto macaense, GOMES CANOTILHO, *As Palavras*, *cit.*, PAULO CARDINAL *O amparo macaense de direitos fundamentais vis-à-vis as decisões judiciais*, *cit.*, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *A Letra, cit.,* entre outros.

46. Cfr. GOMES CANOTILHO, *As Palavras cit.*, pág. 345.

47 Veja-se, entre muitos outros, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Evolución y Perspectivas del Derecho de Amparo Mexicano y su Proyección Supranacional*, Revista Jurídica de Macau, número especial, 1999.

48 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* , Almedina, Coimbra, 1998, pág. 788.

49 JORGE NORONHA E SILVEIRA, *A Fiscalização da Constitucionalidade na Futura Organização Judiciária de Macau*, Administração, nº 12, 1991, pág. 291.

« (Recurso de amparo)

1. De decisão proferida por tribunal sediado no território pode sempre recorrer-se para o plenário do Tribunal Superior de Justiça, com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo o recurso directo e restrito à questão da violação.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, há recurso para os tribunais de jurisdição administrativa de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau.»

Este instituto desempenhou, ao menos no plano dos sinais ou, se preferirmos, no mundo emblemático, um importante papel enquanto elemento de confiança nos direitos fundamentais. Em outras palavras, estas reportadas especificamente ao amparo da LBOJM - na modalidade prevista no n.º 1 do artigo 17.º -, está-se perante um meio «*destinado a sindicar a conformidade da decisão judicial com o 'bloco dos direitos fundamentais'*», encarando-se, então, o plenário do TSJ como o «*Supremo Tribunal da Fidelidade Estatutária*.»[50].

Uma referência muito breve ao recurso para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade[51], o qual, de uma forma indirecta é verdade, também fazia parte do catálogo de remédios disponibilizados para a defesa de direitos fundamentais[52]. De resto, o papel do Tribunal Constitucional chegou a constituir-se como deveras relevante – numa compreensão amiga dos direitos fundamentais – e, por vezes, de enorme impacto público[53].

Para além destes dois meios de tutela, outros mais marcavam presença no ordenamento jurídico do território de Macau, quer judiciais, quer extra judiciais[54].

Deixe-se ainda notícia de dois preceitos inscritos no Código do Processo Contencioso Administrativo: a alínea a) do n.º 1 do artigo 100.º, onde se estipula o reconhecimento de um direito fundamental face à Administração como uma das finalidades para intentar a

50 Acórdão do Tribunal Superior de Justiça, Recurso nº 944-A (questão prévia), pág. 8.

51 Sobre este recurso, entre outros, FERNANDO ALVES CORREIA, *A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica de Macau, Vol. IV, nº 3, 1997, páginas 7 a 26, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *A Fiscalização cit.*. Quanto à sua vocação *indirecta* de defesa de direitos fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2001, página 361.

52 Assim o inclui, por exemplo, o (primeiro) *Relatório Sobre a Aplicação a Macau do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos*.

53 Veja-se o famoso caso das extradições.

54 Ver o mencionado *Relatório* sobre o PIDCP e nota relativa ao ACCCIA.

acção para reconhecimento de direito ou interesse legalmente protegidos e o artigo 132.º onde se prevê que:

«Quando os órgãos administrativos, os particulares ou os concessionários (...) ou a actividade dos primeiros e dos últimos viole um direito fundamental ou ainda quando, em ambas as hipóteses, haja fundado receio de violação, pode o Ministério Público ou qualquer pessoa a cujos interesses a violação cause ofensa digna de tutela jurisdicional pedir ao tribunal que os intime a adoptar certo comportamento ou a abster-se dele com o fim de assegurar, respectivamente, o cumprimento das normas ou deveres em causa ou o respeito pelo exercício do direito.».

Prosseguindo este nosso roteiro devemos agora encaminhá-lo para o direito internacional, é mister referir a extensão a Macau do PIDCP e do PIDESC[55], sem grandes reservas[56], assinale-se porque relevante e justo.

A extensão daqueles pactos «míticos», por Resolução da Assembleia da República[57], encerrou um conjunto de importantes significados, quer jurídicos quer políticos. Com efeito, dotou-se Macau de um par de instrumentos internacionais de difusão planetária, reforçando-se, deste modo, ainda que sobretudo formalmente[58], o leque de sedes de consagração e protecção de direitos fundamentais. Por outro lado, constitui tal extensão uma aposta forte na internacionalização do tema, facto que é sempre de relevar.

Por outro lado, com a obrigação de reportar expôs-se Macau aos olhos do mundo, abriram-se as janelas dos direitos fundamentais nesta pequena porção de terra esquecida pelo mundo – tão diferentemente no que toca a Hong Kong.

Deu-se o pontapé de saída para uma caminhada firme na progressiva internacionalização dos direitos fundamentais, consubstanciada na posterior extensão de vários tratados internacionais relevantes[59].

Espicaçou-se o poder legislativo local criando a ideia da necessidade de legislar so-

55 Aquando da extensão a Macau destes Pactos colocaram-se três ordens de questões: a) Competência do órgão de soberania - Assembleia da Republica - que procedeu à extensão dos referidos Pactos Internacionais, atendendo ao disposto no então artigo 137º, alínea i), da Constituição Portuguesa e no artigo 3º, nº 2, do Estatuto Orgânico; b) Audição prévia dos órgãos de governo próprio do Território, nos termos do artigo 2º, nº 3, do Estatuto Orgânico; c) Natureza e admissibilidade das *ressalvas* colocadas a artigos do PIDCP .

56 Diferentemente no caso de Hong Kong, onde são de monta as reservas colocadas.

57 Resolução nº 41/92, de 31 de Dezembro, publicada no Boletim Oficial de Macau, 3º Suplemento ao nº 52.

58 Material ou substantivamente as mais valias importadas não são na verdade muitas, atentos o nível e densificação proporcionados pela Constituição Portuguesa.

59 Segundo dados fornecidos pelo GADI, foram sendo estendidos a Macau e integram hoje o seu ordenamento jurídico mais de uma dúzia de instrumentos de direito internacional relevantes ao tema.

bre tão nobre assunto. O tema entrou na agenda legislativa – morosa é verdade – mas antes não constava dela, ou assim parecia. O comando legiferante contido na resolução de extensão, mais precisamente no seu artigo 5.º, n.º 1, foi já caracterizado como uma disposição que operou como uma expressa reafirmação «*da nobre tarefa de arquitectura do futuro de Macau e da sua população*»[60].

Consciencializou-se, em alguma medida, a população para o facto de serem titulares de direitos fundamentais/direitos humanos.

Last but not the least, deu-se o passo necessário para a inscrição dos Pactos no texto final da Lei Básica – em termos e com consequências a ver adiante.

Finalmente, umas palavras dirigidas à legislação ordinária.

Comecemos *pelo fim*, já que no ocaso da administração portuguesa, surgiu a «*para-carta*» de direitos fundamentais inscrita no Código Civil de Macau[61], com um desenvolvimento normativo que excede claramente o texto do anterior código[62].

Em tom de grande novidade, esta trave mestra do sistema jurídico de Macau, oferece um significativo e ampliado catálogo de direitos fundamentais (pessoais), para lá dos tradicionais direitos de personalidade percebendo-se, pela leitura dos seus preceitos, uma tentativa de *constitucionalização* de direitos, no sentido de os prever – quando essa previsão inexiste na Lei Básica, por exemplo o direito à vida[63] - e com recurso a um estilo muito próximo dos textos constitucionais[64].

Que dizer face a novidade de tal monta? Em primeiro lugar cabe registar o esforço de concretização de direitos porventura esquecidos nos textos constitucionais futuros. Em segundo lugar, é mister chamar à colação o mecanismo de tutela destes direitos contemplado no artigo 67.º, o qual pode desempenhar importante papel – naturalmente reforçado na medida em que o leque de direitos assim tutelado foi alargado - na defesa destes direitos[65] de personalidade também direitos fundamentais. Este processo está pensado para tutelar de uma forma autónoma e, em certo sentido, especial, os direitos de personalidade previstos e contidos, nomeadamente, no n.º 1 do artigo 67.º do Código Civil de Macau.

60 ANABELA RITCHIE, *Algumas Reflexões Sobre o Papel da Assembleia Legislativa de Macau no Período de Transição*, comunicação apresentada em colóquio organizado pela Assembleia da República, Março de 1993.

61 Veja-se, artigos 67º a 82º, onde se inserem, entre outros, os direitos à vida, à liberdade, protecção de dados pessoais.

62 PAULO MOTA PINTO, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, nº 8, 1999, pág. 97.

63 PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, páginas 98 e 107 e 108.

64 PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, páginas 98 e 125.

65 PAULO CARDINAL, *O Amparo macaense.*

É claro o propósito do legislador em proteger esses direitos, quer da ofensa, quer mesmo da ameaça, por recurso a «*providências adequadas às circunstâncias do caso*», ou seja, através de meios expeditos, de defesa do direito em causa e com o intuito de, quando seja o caso, repor o titular do direito no pleno gozo e exercício desse direito[66].

Por outro lado, é importante não olvidar que estamos perante uma lei ordinária – de especial referência no travejamento do ordenamento jurídico – mas que não detém qualquer supremacia sobre outras leis, daí o epíteto de «*paracarta*». De todo o modo salienta-se justamente o esforço feito de deixar *«registada (ainda que a nível infra-constitucional – logo, mais 'precário') no domínio dos direitos de personalidade, a matriz portuguesa (que se espera possa vir a constituir longa tradição) de tutela dos direitos, liberdades e garantias.*»[67].

O Código Civil encarna sempre o protagonismo em qualquer sistema jurídico continental, pelo que, mesmo desprovido de supremacia hierárquica constituirá, estou certo, um referencial obrigatório e deterá uma inevitável tendência de permanência de redacção dos normativos.

No plano da lei ordinária acrescem a este acervo as várias leis regulamentadoras de direitos fundamentais, tais como as que se referem à liberdade religiosa, direito de reunião e manifestação, direito de associação, direito de petição ao lado dos códigos penal, de processo penal, de procedimento administrativo.

Diga-se que com este elencar de diplomas não estamos a fazer um mero exercício de inventariação esquecendo a sua substância. Com efeito, aqueles diplomas legais não se reconduzem a um mero estatuir de uns princípios e de umas regras *bonitinhas* mas desprovidas de efectivo conteúdo e de pendor garantístico, limitando-se a oferecer um efeito de montra. Não é assim; pelo contrário, nada ficam a dever, por exemplo, a legislação homóloga de Portugal sendo mesmo que, num ou noutro caso, foram inovadoras e mais consistentes com o normativo constitucional, constituindo exemplo mais acabado desta afirmação a legislação sobre liberdade de religião.

66. A este propósito se afirmou que: "*Uma outra nota comum reside na regra de adequação das providências cíveis preventivas ou restitutivas da personalidade às circunstâncias de cada caso concreto. Ou seja, a moldura, a profundidade e a duração de cada uma dessas providências não estão aprioristicamente determinadas pelo legislador, antes deverá o julgador estruturá-las casuisticamente, sem dúvida que em função dos objectivos, teleologicamente definidos na parte final do nº 2 do artigo 70º do Código Civil, de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, mas detendo aí o julgador uma larga, embora responsabilizante, margem de ponderação de interesses, que lhe permite decretar providências atípicas, não especificadas mas ajustadas à multiplicidade das situações da vida real",* CAPELO DE SOUSA*, O Direito Geral De Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 474.

67 PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.* pág. 98.

Já se afirmou que «*A lei em causa é assim, de algum modo, um importante testemunho, pro libertate, da presença portuguesa em Macau*.»[68] e ainda que a lei de Macau é inovadora e conformadora aos preceitos constitucionais portugueses[69] então vigentes, o que não sucedia no caso da Lei n.º 4/71, a qual cessou a sua vigência no ordenamento jurídico português posteriormente à data em que foi erradicada em Macau!

V

NA ANTECÂMARA DA RAEM

Nesta sede pretende-se invocar estratégias que, na perspectiva da continuidade, poderiam ter sido concretizadas – e muitas o foram na verdade – com vista ao robustecimento desta matéria para o futuro, leia-se para a RAEM.

O elenco de matérias aqui tratado confunde-se ou toca profundamente com o registo que acabamos de deixar no capítulo anterior, pelo que o que ali foi dito deve estar agora presente também, sendo que o que varia é essencialmente a perspectiva com que são abordados. Neste caso, o acento tónico está nas referidas estratégias pensadas (concretizadas ou não) para o futuro.

Retoma-se, aqui, parte do que antes escrevêramos em outro local[70].

Neste bloco do sistema jurídico de Macau – direitos fundamentais - surpreendem-se valores e objectivos que permitem a sua autonomização enquanto linha de força e determinante das reformas legislativas. Desde logo pela prioridade que foi recebendo por parte dos legisladores de Macau, em especial após a extensão dos Pactos Internacionais sobre os direitos civis e políticos e sobre os direitos económicos, sociais e culturais[71].

Relembre-se, a propósito, a assunção de continuidade (ou de alguma continuidade) exposta no artigo 40.º da Lei Básica, uma das mais emblemáticas evoluções verificadas entre o texto do ante-projecto e o texto, a final, aprovado da Lei Básica. E dizemos alguma

68 PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A Liberdade Religiosa e o Estado,* Almedina, 2002, pág. 390.

69 *Idem*, páginas 390 e seguintes.

70 PAULO CARDINAL, *Determinantes e Linhas de Força das Reformas Legislativas em Macau*, Administração, nº 40, 1998, págs. 385 e seguintes.

71. Sobre esta questão, JORGE COSTA OLIVEIRA, *The extension to Macao of the International Covenants on Human Rights*, comunicação apresentada à 13ª Conferência da Lawasia, Sri Lanka, 1993, págs. 30 e segs..

continuidade, porquanto poderá eventualmente resultar do preceito a não aplicabilidade (e invocabilidade) directa dos Pactos em questão, ao menos em uma determinada interpretação com forte fundamento no elemento literal (mas não apenas). Esta questão é bastante controvertida e de assinalável importância e a ela voltaremos adiante neste nosso percurso.

A linha estruturante das reformas legislativas empreendidas radicou na vontade de dotar Macau de um complexo normativo que se caracterize pela sua extensão, pormenorização, eliminação de lacunas e função garantística no reconhecimento e exercício de direitos fundamentais.

Determinante essencial deste processo é a vigência dos referidos Pactos internacionais bem como o comando contido na resolução de extensão, mais precisamente no seu artigo 5.º, n.º 1, já anteriormente mencionado.

A densificação, em forma de lei ordinária, dos preceitos constitucionais então vigentes[72], que não vigorarão mais consumada a transição do exercício de soberania, deveria ser uma outra linha de força, que consideraríamos principal e prioritária, no plano dos princípios ou das vontades públicas.

Pretendia-se manter em Macau um acervo elevado de direitos fundamentais que lhe permita continuar merecedor do reconhecimento e aplauso internacional, mormente no contexto geo-político em que se insere.

Na verdade, com o desaparecimento da Constituição Portuguesa da constelação das fontes do direito de Macau, importava consagrar e densificar esse rico catálogo de direitos fundamentais em outras fontes normativas – menores, é verdade, mas que, todavia, não deveriam ser desprezadas face à falta já conhecida no texto da Lei Básica[73].

Desta forma, e em articulação e complemento com as normas garantia da Declaração Conjunta e as normas da Lei Básica, o bloco respeitante aos direitos fundamentais, na RAEM, detinha condições para poder apresentar sinais de continuidade. Todavia, como se afirmara antes, esta continuidade não será, no entanto, adquirida se repousarmos apenas no texto da Lei Básica dado este não contemplar global e satisfatoriamente, por exemplo, alguns princípios e normas que regem o exercício dos direitos fundamentais - preconiza-

72. PAULO CARDINAL, *Evoluções recentes e perspectivas dos direitos fundamentais em Macau*, texto de conferência apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, 1993.

73 Veja-se a oficial *Direito e Justiça em Macau*, Gabinete do Secretário-Adjunto para a Justiça, 1999, referindo-se à LB, afirma «*apresenta um catálogo de Direitos Fundamentais igualmente vasto, próximo do da CRP mas não equivalente, dado que reduz o seu elenco e a própria regulamentação constitucional, além de não contemplar diversos princípios garantísticos do respectivo exercício*.», página 30.

dos em vários preceitos da Constituição Portuguesa, tais como os artigos 18.º e 19.º como infra se sublinhará.

Como manifestações das várias linhas de força atrás expressas, refira-se, entre outras, a aprovação de leis como a Lei da Liberdade de Religião e de Culto, a Lei do Direito de Reunião e Manifestação, a Lei do Direito de Petição, a Lei de bases de Política Familiar, o artigo 17.º da Lei de Bases da Organização Judiciária estatuindo o recurso de amparo, o Decreto-Lei n.º 11/99/M, que estabelece o regime jurídico de protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina, os Códigos de Procedimento Administrativo, Penal, de Processo Penal, do Processo Contencioso Administrativo, e o Código Civil, com a sua «paracarta» de direitos fundamentais pessoais.

Sobrava ainda, no entanto, muito para realizar, podendo aqui recordar-se o papel que alguns atribuíram ao Grupo de Ligação[74]. Com particular destaque no que faltou fazer, para além da continuação de inexistência de legislação sobre determinados direitos fundamentais, nomeadamente de natureza laboral[75], nenhum esforço sério se fez quanto a uma tentativa de aprovar legislação que contivesse os aludidos preceitos que disciplinavam o exercício de direitos fundamentais[76]. E não foi por desconhecimento dessa necessidade ou

74 Este ente bicéfalo penetrou de uma forma gradual no sistema político do Território de Macau. De alguma forma veio desarrumar o sistema, podendo dizer-se que implicou a adopção de um sistema triangular ocupando o GLC, com a AL e o Governador, um dos vértices do triângulo local. A sua legitimidade advém da DCLC. O seu âmbito de actuação, igualmente. Importa, todavia, questionar qual o âmbito e limites da sua actuação no sistema político, Com efeito, rege o artigo 1º, do ponto I, do Anexo II, da DCLC, que este será um órgão de natureza consultiva e sem poderes de interferência e supervisão na administração de Macau. As suas funções são as de efectuar consultas sobre a aplicação da Declaração Conjunta sobre os assuntos relacionados com a transferência de poderes em Macau em 1999, entre outras da mesma natureza, veja-se, por exemplo, a cláusula aberta da alínea d) do artigo 2º. Contudo, a sua esfera de actuação parece ter, segundo notícias e dados públicos, extravasado a sua natureza consultiva, designadamente em matéria legiferante. Não se questiona aqui a acção do GLC, caracterizada por um crescendo mas, tão só, a possibilidade de essa acção poder ter ferido o sistema de competências, e bem assim poder ter significado a concretização antecipada de alguns momentos da transição e, ter também contribuído para a lentidão nos processos de aprovação de diplomas sobre direitos fundamentais e, bem assim, ter eventualmente bloqueado a aprovação de determinados diplomas. Para uma perspectiva crítica contemporânea veja-se PAULO GODINHO, *Infracção ao Código* e *As garantias do GLC,* textos publicados no jornal Ponto Final, a 4 de Novembro e a 11 de Novembro de 1994, respectivamente.

75 Com particular relevo legislação sobre associações sindicais e legislação sobre greve. Note-se, todavia, que relativamente a estes direitos fundamentais laborais a razão do insucesso não foi apenas política partilhando outrossim responsabilidades com pressões de ordem económico-empresarial, JORGE NETO VALENTE, *Direitos Fundamentais: Qual o Futuro?,* comunicação apresentada ao II Seminário sobre O processo de Localização do Sistema Jurídico de Macau - Questões de Direito Público, FDM, 1997. Veja-se ainda, neste mesmo sentido, JORGE FÃO, «*Dir-se-ia que pelos mais variados motivos, mais concretamente pela burocracia política radicada na intervenção desta Assembleia Legislativa, o anterior governo e o Grupo de Ligação, associados também a pressões sociais dos interesses empresariais, nunca conseguiram levar por diante as várias tentativas de aprovar uma lei sindical ou, ao menos, um capítulo a inserir na lei relativa ao direito de associação, que desse acolhimento ao mencionado direito fundamental e que pudesse merecer o privilégio de constar como um regime de exercício estampado nas folhas do Boletim Oficial*.», *Liberdade Sindical*, 2002, intervenção na Assembleia Legislativa.

76 É verdade que chegou a existir, para consumo nos vários corredores do poder político, um texto, com várias versões, que pretendia dar resposta, ainda que parcial, a este problema. Todavia, nunca o seu destino encontrou guarida nas

por falta de chamadas de atenção[77].

Resultava claro que uma importante matéria ficaria fora do sistema, «*concretizando, o regime de exercício dos direitos fundamentais, maxime as matérias hoje reguladas nos artigos 18º e 19º da Constituição. Estes são, sem dúvida, espaços vazios que urge tapar por forma a operar-se o fecho do sistema de direitos fundamentais em Macau enquanto R.A.E. da R.P.C.*»[78]

Como soluções que potencialmente poderiam permitiriam colmatar essa lacuna apresentavam-se as seguintes:

«a) *Carta de Direitos fundamentais aprovada antes de 1999, em jeito de apêndice ao E.O.M..*[79]

Esta posição sustentada já há algum tempo peca em termos de eficácia por duas razões: uma primeira razão é política, atendendo ao exemplo da Bill of Rights de Hong Kong, condenada ao insucesso, uma segunda razão entronca na continuidade do ordenamento jurídico que não abarca, naturalmente, as normas constitucionais portuguesas, que se deixarão de aplicar por natureza, nestas se incluindo a Constituição, e o E.O.M..

Não nos parece, pois, ser esta uma via que resolva, por si só, o problema agora em discussão.

b) Verter o regime de exercício dos direitos fundamentais no Código Civil revestindo o carácter de princípios gerais do Direito.

Esta é uma via possível e dotada de potencialidades que permitem solucionar a questão. Parece, aos olhos de um jurista continental uma solução abstrusa, os Códigos apenas deverão conter as matérias adequadas e não um depósito de coisas esparsas e sem "encaixe" noutros locais. Contudo, há que ser pragmático e não nos devemos esquecer que o Código Civil contém já hoje alguns princípios gerais do direito como sejam os da aplicação da lei no tempo e no espaço, ou da interpretação e integração de lacunas.»[80] Manifestávamos que existiriam, por certo, dificuldades na total cobertura, por este meio,

folhas do Boletim Oficial.

77 Por exemplo a Amnistia Internacional no seu *Press Release, December 19, 1999 – A New Chapter, New Challenges for Human Rights Protection*.

78 PAULO CARDINAL, *Direitos Fundamentais em Macau: Evoluções Recentes e Perspectivas à luz do Processo de Transição*, 1996, texto revisto de conferência apresentada na FDL.

79 JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, pág. 190.

80 *Direitos Fundamentais em Macau: Evoluções Recentes e Perspectivas à luz do Processo de Transição*, 1996, texto revisto de conferência apresentada na FDL.

do sistema vigente antes de 20 de Dezembro de 1999.

Prosseguindo na inventariação de possíveis soluções para a *vexata questio*:

«c) Finalmente, a outra via que me parece encerrar potencialidades que permitam colmatar esta lacuna é a elaboração de uma lei que assuma o seu objecto, ou seja, uma lei que regule o exercício dos direitos fundamentais e, sem pretensões de formalmente ser uma lei reforçada. Esta lei deveria basicamente receber as actuais normas constitucionais e ainda, decompor esses preceitos em normas mais específicas.

Por exemplo, explicitando, por número ou alínea autónoma, as várias dimensões do princípio da proporcionalidade, como sejam o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Vantagem desta solução é a potencial cobertura total do actual regime constitucional .»[81].

Continuávamos o nosso percurso chamando à colação outros argumentos adicionais, alguns deles fortemente localizados nas circunstâncias temporais de então.

«Acresce a esta vantagem uma outra, é que, com a extensão a Macau dos Pactos Internacionais, foi retirada, do projecto da Lei Básica [82] *uma norma de restrição que consagrava as seguintes cláusulas de restrição: a segurança nacional, a ordem pública, a higiene e a moral públicas. Ora, com a versão final, esta norma foi substituída por uma norma remissiva* [83] *para o regime dos Pactos que consagram, como sabemos, o princípio da cláusula do indivíduo mais favorecido* [84]*, pelo que as cláusulas restritivas não seriam mais do que as presentes no nosso regime constitucional ex vi a dita lei do exercício dos direitos fundamentais que note-se não estará em desconformidade futura com a Lei Básica.»*[85].

Como vimos, o artigo 5.º, número 2, do PIDCP[86] consagra a dita «cláusula do indivíduo mais favorecido»[87]. Esta cláusula encarna um princípio rector dos tratados com

81 Ainda o *Direitos Fundamentais em Macau: Evoluções Recentes e Perspectivas à luz do Processo de Transição, cit.*.

82 Artigo 43º do Projecto da Lei Básica da RAEM, cuja redacção era a seguinte: «*Os direitos e liberdades dos residentes de Macau não podem ser restringidos senão nos casos previstos na lei, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar a segurança nacional, a ordem pública, a higiene e a moral públicas, bem como para assegurar os direitos e liberdades de outros.»*.

83 Artigo 40º da Lei Básica do RAEM.

84 Regra prevista no artigo 5º nº 2 do PIDCP.

85 O mesmo *Direitos Fundamentais em Macau: Evoluções Recentes e Perspectivas à luz do Processo de Transição*, 1996.

86 Bem como o artigo 5º, número 2, da Resolução da Assembleia da República que estendeu o referido instrumento de direito internacional a Macau.

87 KAREL VASAK, *Exame analítico dos direitos civis e políticos*, em As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem,

incidência nos direitos fundamentais - consta também do PIDESC e de outros instrumentos jus-internacionais – e opera como um verdadeiro travão a eventuais desejos de imposição de restrições por via legal alijados nos vários fundamentos de restrição que o vetusto e universalista pacto apresenta em si mesmo.

Por conseguinte, esta norma está prevista para preservar todos os normativos, nomeadamente internos - anteriores, presentes ou futuros -, que protejam os direitos constantes do Pacto de forma mais ampla, mais garantística do que as disposições do próprio Pacto[88]. O Pacto como que se derroga a si mesmo (parcialmente), permitindo, incentivando mesmo, uma redução de itens admissíveis como fundamento de restrições a direitos em concreto.

Recorde-se, aliás, que a esta cláusula do indivíduo mais favorecido, se recorreu no Parecer n.º1/93 da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, sobre a proposta de lei reguladora do exercício dos direitos de reunião e manifestação - que se viria a consubstanciar no primeiro diploma regulador de direitos fundamentais após a extensão a Macau do PIDCP – e no Parecer n.º 5/VI/98, da mesma comissão e relativo ao projecto de lei sobre Liberdade de Religião[89].

Relembre-se, todavia, que no PIDCP não consta qualquer regime geral de exercício de direitos, pelo que a sua vigência não permite ultrapassar o problema antes apontado.

Concluído este excurso, parcialmente repositório de palavras já antigas, cabe rematar dizendo que com essa aprovação – da lei relativa ao regime de exercício de direitos fundamentais - , a sua experimentação e concretização prática, a qual poderia permitir dirimir alguns conflitos, esclarecer dúvidas, enfim sedimentar os dispositivos legais, nomeadamente por obra das instâncias jurisdicionais.

E com esta chave abrimos a porta de uma nova etapa deste trabalho.

VI
ESTADO DA QUESTÃO NA RAEM

A abrir, e acautelando desde já espíritos mais sensíveis, afirmamos e apresentamos

UNESCO, pág. 187; KARL J. PARTSCH, *The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights*, in The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law, 1986, pág. 66.

88 PAUL SIEGHART, *The International Protection of Human Rights*, 1990, pág. 109; JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1991, págs. 378 e 379.

89 Veja-se JORGE NETO VALENTE, *Direitos Fundamentais: Qual o Futuro?,* comunicação apresentada ao II Seminário sobre O processo de Localização do Sistema Jurídico de Macau - Questões de Direito Público, FDM, 1997, págs. 15 e 16.

de imediato duas teses:

1.ª - A Lei Básica contem um catálogo substantivo de direitos fundamentais bastante satisfatório[90], ao nível da enunciação, mormente quando comparado com outros ordenamentos da região em que se insere[91].

2.ª - Regra geral, os relatórios elaborados por instituições especializadas, atribuem nota positiva ou mesmo bastante positiva, à situação dos direitos fundamentais, leia-se consagração legal e respeito, em Macau[92].

Assente o presente texto no plano da transição e convocando a *Ideia* da simetria que tantas vezes e originalmente FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA nos trouxe em diversas publicações cabe esclarecer se, à imagem do que sucedia no sistema jurídico do território de Macau, também agora no ordenamento da RAEM os preceitos relativos a direitos fundamentais inscritos na Constituição da República Popular da China têm cabimento, isto é, se as normas constitucionais chinesas integram o acervo normativo do sistema de direitos fundamentais de Macau. A conclusão a tirar é de sentido negativo.

Com efeito, não se recusa que haverá preceitos da Constituição chinesa aplicáveis a Macau, particularmente aquelas que radicam no substracto da soberania, todavia já assim não sucede quanto aos direitos fundamentais[93] pelo que se nega a sua aplicabilidade – seja

90 Neste sentido também JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de direito constitucional,* Boletim da Faculdade de Direito, nº 13, 2002, afirma, a páginas 187, «*Numa lógica substancial não se pode olvidar que a consagração de direitos fundamentais é feita com elevada abrangência, no respectivo leque se incluindo tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais*.» logo advertindo no entanto «*Isto não quer dizer, porém, que esse catálogo não contenha algumas deficiências*».Cf. ainda, entre outros, FRANCES LUKE, *The imminent cit*. página 2.

91 Nomeadamente face à sua homóloga de Hong Kong, veja-se, por exemplo, PAUL FIFOOT, *One Country, Two Systems – Mark II: From Hong Kong to Macao*, International Relations, 1994, páginas 51 e 52; JAMES COTTON, *The retrocession of Macau and the limitations of the Hong Kong Model*, Pacific Focus, Vol. XV, n. 2, 2000, página 50. WANG SHUWEN, *As características da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, nº 1, 1997, página 49 onde procede à identificação de vários direitos fundamentais consagrados na LB de Macau e que se acham ausentes da congénere de Hong Kong.

92 Veja-se, por exemplo, *Relatório do Departamento de Estado norte americano, relativo a Macau*, 2001, onde se afirma que «*The government generally respects the human rights of its citizens*». O *Relatório do Parlamento Europeu sobre A União Europeia e Macau: após 2000*, relator Mário Soares, «*Macau assegura o respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, pelo menos na parte controlada pelo governo executivo da região*.», pág. 9. Menos positiva – o que não surpreende- é a apreciação feita pela O.I.T., *Report for the WTO Council Review of Trade Policy, Macau, SAR*, 2001. Mais comedidamente, mas ainda com *nota global positiva*, o Freedom House no seu relatório MACAO, 2001. Especificamente sobre liberdade religiosa, o *International Religious Freedom Report, sobre a China* (com capítulo dedicado a Macau) 2002, «*There was no change in the status of respect for religious freedom (..). and government policy continued to contribute to the generally free practice of religion.».*

93 Como em muitas outras àreas, veja-se, entre outros, WU XINGPING, *O sistema jurídico daRegião Administrativa Especial de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, página 74, XU QING, *A Natureza cit.,* páginas 22 e 23.

no sentido do alargamento, seja no do constrangimento.

Este entendimento está devidamente ancorado na Lei Básica – como já se apontava na Declaração Conjunta – mais precisamente no seu artigo 11.º:

«De acordo com o artigo 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico, ***o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes****, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas,* ***baseiam-se nas disposições desta Lei***[94]***.***».

Donde, sobre as matérias ali inscritas recai uma blindagem de imunidade face às correlativas disposições da Constituição da RPC. Na verdade «*Ao abrigo do artigo 11.º da LB, os sistemas e as políticas aplicados na RAEM (...) , baseiam-se nas disposições da LB. Quer isto dizer que a Constituição é aplicável na RAEM, salvo as disposições respeitantes aos sistemas e políticas socialistas e as referidas no artigo 11.º da LB*»[95]. Inexiste, pois, neste ponto – direitos fundamentais - simetria entre a composição dual do ordenamento de cariz constitucional do Território de Macau[96] e a unicidade do da RAEM. Ou seja, o sistema de direitos fundamentais é auto-suficiente de *per se* e abre-se apenas na medida em que ele próprio o permite, *v.g.* o acolhimento dos pactos internacionais, apenas assim não sucedendo no que respeita tão só ao estipulado na Declaração Conjunta em virtude da imposição que esta faz pactuadamente recair sobre todo o edifício normativo da RAEM.

Colocados e esclarecidos aqueles pontos de carácter prévio – e aqui remetemos para a leitura, especialmente mas não apenas, do capítulo III da Lei Básica, sobre Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes – e , bem assim, a inaplicabilidade da Consituição chinesa, importa aferir se, na perspectiva antes enunciada ou seja, ancorada na ideia de transição vertida na Declaração Conjunta, a situação actual espelha integralmente o que, na nossa opinião, seria o quadro ideal no âmbito das balizas traçadas previamente.

A resposta a dar é a de que ainda não totalmente de forma satisfatória.

Com efeito, e sem olvidar o princípio geral reitor[97] estatuído logo no artigo 4.º da Lei Básica onde se estabelece que a RAEM «*assegura, nos termos da lei, os direitos e liber-*

94 Destacados nossos.

95 WU XINGPING, *O sistema, cit.* página 74 e página 76.

96 Recorde-se, uma vez mais, que o EOM estava desprovido quase em absoluto de preceitos relativos a direitos fundamentais.

97 YASH GHAI, *Hong Kong´s New Constitutional Order,* 2ª edição, HKU Press, 1999, página 423.

dades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região», e, bem assim o artigo 11.º, no qual, para além do dispositivo já citado, se acha ainda consagrado, no seu segundo parágrafo, o patamar constitucional *interno* da Lei Básica como norma parâmetro de todas as outras[98], são várias as questões que a Lei Básica votou ao esquecimento, direito à vida e vários direitos e garantias dos administrados, entre outros, ou a que dedicou soluções substancialmente divergentes das que vigoravam no território de Macau.

Uma das lacunas mais relevantes é referente ao regime de exercício dos direitos fundamentais[99]; isto é, como e com que forma se operam restrições aos direitos e liberdades garantidos pela Lei Básica[100]? E que princípios disciplinam essas restrições? Quais são as res-

98 «*Nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou acto normativo da Região Administrativa Especial de Macau pode contrariar esta Lei*». Sobre este carácter de *grundnorm* interna da Lei Básica em Macau, veja-se, entre vários outros, WU XINGPING, *O sistema, cit.* páginas 75 e 77, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Lei Básica, cit.,* páginas 183 e 184, XU QING, *A Natureza cit.,* página 24. Esclareça-se que a consideração da Lei Básica como norma parâmetro do ordenamento jurídico de Macau não invalida de modo algum a manutenção da Declaração Conjunta como fonte de direito da ordem jurídica de Macau nem a posição que aí ocupa, Cfr. ALBERTO COSTA, *ob. cit.*, pág. 64, nota 7; JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade cit.,* págs. 24 e 25; PAULO CARDINAL, *O sistema político cit.*, pág. 80, ARMANDO ISAAC, *Substantive cit*., passim; JOSÉ CARAPINHA, *ob. cit.*, pág. 19, GOMES CANOTILHO, *As Palavras cit*., páginas 341 e 342. Com efeito, basta ensaiar um exemplo, naturalmente não poderão os detentores do poder de revisão da LB extirpar do seu texto o direito de reunião porquanto este se acha garantido pela Declaração Conjunta, a qual se assume como uma *Grundnorm* de classe superior – inclusive *vis-à-vis* a Lei Básica - e externalizada.

99 Fazendo eco destas preocupações e apontando, nomeadamente, questões de interpretação e aplicação, LIUTING WANG, *Macao´s return cit.,* página 203.

100 Sobre este assunto JORGE BACELAR GOUVEIA, *Lei Básica, cit.,* páginas 187 e 188 onde o autor constata a existência de uma única alusão relativa ao regime dos direitos fundamentais, precisamente quanto ao regime das restrições – o segundo parágrafo do artigo 40º - e afirma que, «*na sua singeleza, essa é uma norma bastante limitada, já que as restrições de direitos fundamentais, sendo nalguns casos necessárias, naturalmente que pressupõem limites materiais intrínsecos, que possam orientar o poder normativo restritivo e colocá-lo dentro de parâmetros superiormente definidos, como são os princípios da protecção do núcleo essencial ou da proporcionalidade.»*. O alcance do artigo 40º é, porém, quanto a nós, um pouco mais vasto porquanto a sua parte final impõe que as restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo precedente, ou seja não podem violar as disposições de, nomeadamente, o PIDCP e PIDESC; refira-se, aliás, que este comando *básico* foi já objecto de aplicação em sede de Assembleia Legislativa, Parecer nº 1/II/2003, da 1ª Comissão Permanente, publicado no Diário da AL, nº II/17, 2.ª série onde se reclama expressamente a doutrina da parte final do segundo parágrafo do artigo 40º, página 34. Veja-se LUO WEIJIAN, *A Lei Básica – garantia importante dos direitos e liberdades dos residentes de Macau,* Revista Administração, nº 19/20, página 113. Quanto a homólogo preceito da Lei Básica de Hong Kong, YASH GHAI, *ob. cit.,* página 445, SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong,* Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, afirmando a páginas 111 «*the only sensible and coherent approach is to treat all Basic Law rights as autonomous ones having the potential to bloom beyond the minimum standards of the ICCPR.»* e *« it is noteworthy that these two restriction clauses are framed in the negative, rather than in the positive or permissive form (…) the two restrictive clauses should be seen as constitutional safeguards providing a safety net for, rather than a ban on, human rights standards».*

trições às restrições[101]/[102]? Ou ainda, quem, como, e por quanto tempo se pode suspender o exercício desses direitos e liberdades? E que direitos e liberdades não poderão nunca em circunstância alguma ser suspensos[103]?

Estamos a fazer referência, naturalmente, ao regime estatuído, designadamente, nos artigos 18.º e 19.º da CRP e, a este propósito, é curial abrir aqui uma nota e trazer a estas páginas um exemplo fornecido por um processo legislativo, qual seja o da Proposta de lei intitulada «*Lei de Bases da Segurança Interna da Região Administrativa Especial de Macau*», particularmente no que respeita à análise do regime estatuído no artigo 8.º dessa proposta[104], precisamente sobre restrições de direitos fundamentais tendo sido fixada a seguinte redacção:

«*1. Em caso de emergência perante grave ameaça de perturbação da segurança pública interna e com observância do disposto no artigo 40.º da Lei Básica, o Chefe do Executivo pode decretar medidas de restrição do exercício de direitos, liberdades e garantias, consideradas razoáveis, adequadas e proporcionais à manutenção da ordem e tranquilidade públicas, por período de tempo não superior a 48 horas.*

2. A prorrogação das medidas decretadas ao abrigo do número anterior carece de consulta ao Conselho Executivo, sendo, de imediato, comunicada ao Presidente da Assembleia Legislativa.»

101 Veja-se, a este propósito, o acórdão Tribunal de Segunda Instância, exarado no processo nº 1284, de 11 de Abril de 2002, no qual, prometedoramente, se aflora o princípio da proporcionalidade enquanto padrão tríplice (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) de aferição da admissibilidade de restrições a direitos fundamentais. Sobre este princípio-mestre e a sua sobrevivência no ordenamento constitucional de Macau já se disse «*o princípio da proporcionalidade não foi recebido pela LB de forma tão categórica*...» no entanto, «*tal omissão não significa, porém, que a LB lhe seja totalmente indiferente*», LINO RIBEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, inédito, pág. 125.

102 Diz-nos YASH GHAI, «*it is not always easy to determine the (…) scope of restrictions.*», *ob. cit.* página 443.

103 Cf. As preocupações manifestadas por LIUTING WANG, *Macao´s return cit.*, página 183.

104 A propósito desta proposta de lei aludiu-se «*quanto à tensão entre os direitos individuais e a necessidade de segurança é a da possibilidade de* ***restrição do exercício de direitos, liberdades e garantias»*** para, de seguida se afirmar « *A este propósito e em primeiro lugar, deve reconhecer-se a admissibilidade legal para a consagração de normas restritivas de direitos no ordenamento jurídico de Macau. Desde logo, o artigo 40º da Lei Básica admite tal possibilidade, desde que prevista na lei e desde que não seja contrariado o disposto no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como nas convenções internacionais de trabalho, aplicáveis em Macau por força do disposto no parágrafo 1º do mesmo artigo 40º. De igual forma, o artigo 32º da Lei Básica admite que a liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes possam ser violados por necessidade de segurança pública. Embora admissível, a restrição de direitos deve conformar-se não só com o disposto no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, mas também com o regime típico de cada direito em concreto, reconhecendo a doutrina a existência de direitos que não podem ser sujeitos a restrição.*», concluindo-se que « *Assim, uma norma aparentemente tão ampla como o artigo 8º, vê o seu âmbito de aplicação diminuído por força da: 1) necessidade de conformidade da restrição de direitos ao disposto no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; 2) existência de direitos cuja natureza não admite restrições; 3) sujeição da aplicação de tal artigo aos critérios nele consagrados; e 4) necessidade de fundamentação das medidas adoptadas.*», Parecer nº 4/II/2002, da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa.

A importância deste preceito resulta evidente, nomeadamente quanto à disciplina que introduz às restrições de direitos podendo constituir um referencial mínimo para eventuais restrições a operar noutros âmbitos.

Retomando a referência ao regime estatuído, designadamente, nos artigos 18.º e 19.º da CRP - a qual cessou a sua vigência em Macau em 20 de Dezembro de 1999 - parece importante, como forma de suprir, ou tão somente atenuar, esta lacuna, a aprovação de legislação que copie o regime ali estatuído e que possa vigorar na RAEM, tal como antes havíamos mencionado.

É verdade que se poderia argumentar –como já ouvimos - que, com a extensão a Macau do PIDCP e do PIDESC, esta questão perde relevo[105], eventualmente mesmo razão de preocupação. Todavia, e salvo melhor opinião, parece-nos que ambos os Pactos não permitem superar de uma forma absoluta o problema.

Com efeito, e desde logo, inexiste nos Pactos, como mencionamos, um verdadeiro regime geral de exercício de direitos; por outro lado, e tendo presente a «*cláusula do indivíduo mais favorecido*»[106] - expressa no n.º 2 do artigo 5.º de ambos os instrumentos de direito internacional - , aos titulares dos direitos reconhecidos nos Pactos não podem aditar-se menores valias no gozo e exercício desses direitos.

Ora, consabidamente, no território de Macau, nos termos antes vistos, consagrava-se um regime mais favorável, pelo que deverá esse regime manter-se, não devendo, pois, ser reduzido, como alguns pretenderão, em nome das regras dos Pactos que estabelecem o conjunto de fundamentos de restrição. E, é em função do regime vigente aquando da extensão a Macau dos Pactos, que se deverá avaliar e ponderar qual o regime mais favorável: se o interno, se o dos Pactos.

Ou seja, primeira enfermidade, inexistência de um regime geral de exercício de direitos fundamentais. Por culpa de quem? De todos aqueles que, nomeadamente antes de Dezembro de 1999, detinham poder para tal[107]. Se hoje inexiste tal regime, a inércia actual é claramente menos significativa e menos responsabilizável, do que o esquecimento anterior.

Todavia, esta constatação não deverá servir de desculpa para, hoje, não se proceder ao estudo e concretização de tal desiderato.

105 Sobre a importância dos Pactos Internacionais e a sua inscrição/referência no articulado da Lei Básica de Hong Kong quanto à problemática das restrições aos direitos fundamentais, veja-se, entre outros, SIMON YOUNG, *ob. cit.*, páginas 114 e seguintes – com largas referências a jurisprudência «a*miga*» dos direitos fundamentais.

106 Já antes tratada.

107 ARNALDO GONÇALVES, *Notas*, *cit.*, fala-nos, a propósito desta importante lacuna, em reflexo do erro clamoroso de não se ter deixado escrita uma Carta de Direitos Fundamentais.

Reforce-se que a parte que ora percorremos do tal percurso proposto não se reconduz a meros devaneios académicos que nada de útil significam para os titulares dos direitos fundamentais.

Comprove-se isto com um simples elencar de problemas não resolvidos actualmente:

A) Há, no texto da Lei Básica, outros direitos fundamentais que não os inscritos no Capítulo III – por exemplo, artigo 6.º? Ou seja, admite-se espaço de existência a direitos análogos em sede constitucional?

B) E admite-se igualmente para direitos fundamentais análogos com sede jusinternacional? E com sede legal?

C) Mantém-se a dicotomia entre tipos de direitos fundamentais?

D) As pessoas colectivas podem ser titulares de direitos fundamentais? E de que direitos, se a resposta for afirmativa?

E) A que regime estão sujeitas as restrições de direitos fundamentais?

F) Há reserva de lei nesta matéria?

G) *Quid Juris* quanto a situações de estado de emergência? Quem suspende os direitos? E em que termos e com que limites?

H) Há, ou não, aplicabilidade directa dos preceitos da Lei Básica em matéria de direitos fundamentais? Podem os titulares de direitos fundamentais, na falta de lei regulamentadora, por exemplo greve, exercer esse direito, e invocá-lo, nomeadamente perante os tribunais se necessário for?

Como se pode verificar o simples enunciar de questões permite perceber que, neste âmbito, pairam ainda muitas incertezas, ou em outras palavras, muitas zonas cinzentas.

Antes de avançarmos pretendemos apenas aduzir algumas notas sobre um par de questões antes enunciadas.

Assim, no que respeita à primeira, ou seja, saber se existe, no texto da Lei Básica, outros direitos fundamentais que não os inscritos no Capítulo III, isto é se este documento com força constitucional admite outros direitos fundamentais dispersos ou não crismados formalmente como fundamentais – leia-se, albergados no Capítulo III - , a resposta é, quanto a nós afirmativa[108].

Desde logo seguindo um critério interpretativo (integrador) alicerçado na Decla-

108 Ver VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos Cit.*.

ração Conjunta tal como propõe Gomes Canotilho. Quando a DC apresenta um catálogo exemplificativo de direitos fundamentais é forçoso concluir que esses direitos se mantêm como fundamentais ainda que não tenham merecido tal etiqueta na Lei Básica. Por exemplo, os direitos das confissões religiosas preconizados no artigo 128.º, os quais na DCLC se acham vertidos no ultimo parágrafo do ponto V do Anexo I daquele tratado internacional. O mesmo se diga quanto ao direito de propriedade[109], artigo 6.º da Lei Básica e das suas garantias, artigo 103.º.

Igualmente os Pactos Internacionais servem de referencia obrigatória para esta, e também outras, questões de grande interesse, quer teórico quer no plano da sua aplicação prática.

Mas não somente, outros direitos há que devem ser qualificados como fundamentais porque previstos na DCLC – embora em outros pontos – e pela sua natureza[110]. E, bem assim, alguns mais dispersos pelos capítulos V e VI[111].

Quanto ao problema de saber se as pessoas colectivas podem ser titulares de direitos fundamentais, mesmo na ausência de referência expressa genérica no texto da Lei Básica, também aqui a resposta é afirmativa, por exemplo, e de novo, o exemplo dos direitos atribuídos às confissões religiosas[112].

No que tange à questão de aferir se há reserva de lei nesta matéria, a resposta é igualmente positiva, *maxime* no que respeita à reserva de lei restritiva[113].

Outra questão resulta do contraponto a fazer entre os textos constitucionalmente sediados, ou seja a Lei Básica e a CRP, esta por importação do EOM (o qual, recorde-se, era quase desprovido, de *per se*, de normas consagradoras de direitos fundamentais).

É cristalino que o nível de desenvolvimento e densificação dos preceitos constitucionais apresenta-se com acentuados desníveis. A enunciação da Lei Básica e da Declaração Conjunta reproduz, quase integralmente, a enunciação pré existente, no entanto, ao passo que anteriormente – isto é no constitucionalismo textual do território de Macau - se procedia a enunciação e densificação, por vezes regulamentadora, no presente ficámo-nos quase

109 Neste sentido, por exemplo, XIAO WEYUN, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, APLBM, paginas 126 e 127; SIMON YOUNG, *ob. cit.*, página 110.

110 Por exemplo os direitos previstos no artigo 98º da Lei Básica, os quais se configuram como direitos-garantias fundamentais e, por conseguinte, sujeitos ao especial regime reforçado de protecção, estando resguardados, nomeadamente pelo princípio de reserva de lei e pelo princípio da proibição do retrocesso.

111 XIAO WEYUN, *Conferencia sobre a Lei Básica de Macau*, APLBM, paginas 126 e 127.

112 Ver VIEIRA DE ANDRADE, ob. e loc. *cit.*.

113 Sobre este importante problema e suas dimensões, ver VIEIRA DE ANDRADE, ob. e loc. *Cit.*; JOÃO ALBUQUERQUE, *Ensino* no Curso de Produção Legislativa, 2003, WU XINGPING, *O sistema, cit.* página 84.

somente pela enunciação[114].

Para ilustrar esta tese, reproduzimos o(s) preceito(s) da Lei Básica relativo(s) a determinados direitos fundamentais .

Impressivamente convocamos o artigo 27.º, o qual dispõe: « *Os residentes de Macau gozam da liberdade de expressão, de imprensa, de edição, de associação, de reunião, de desfile e de manifestação, bem como do direito e liberdade de organizar e participar em associações sindicais e em greves*.».

Estes vários direitos encontravam-se antes ancorados em um vasto conjunto de artigos profusamente densificados, por exemplo, 37.º, 38.º, 46.º, 45.º, 55.º, 56,.º e 57.º, da Constituição Portuguesa[115].

114 Para a defesa desta opção veja-se LUO WEIJIAN, *cit.*, página 106 e, para a sua crítica, NG KUOK CHEONG, *As deficiências da Lei Básica,* in *idem*, páginas 117 e seguintes.

115 Por exemplo, Artigo 37º (Liberdade de expressão e informação) *1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei. 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.*
Artigo 45º (Direito de reunião e de manifestação) *1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.*
Artigo 46º (Liberdade de associação) *1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal. 2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial. 3. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela. 4. Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.*
Artigo 55º (Liberdade sindical) *1. É reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses. 2. No exercício da liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente: a) A liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis; b) A liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotizações para sindicato em que não esteja inscrito; c) A liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais; d) O direito de exercício de actividade sindical na empresa; e) O direito de tendência, nas formas que os respectivos estatutos determinarem. 3. As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação, e assentes na participação activa dos trabalhadores em todos os aspectos da actividade sindical. 4. As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras. 5. As associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais. 6. Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.*
Artigo 56º (Direitos das associações sindicais e contratação colectiva) *1. Compete às associações sindicais defender e*

Uma outra nota a deixar e que se prende com a diminuição – por comparação nos termos que vimos conduzindo este trabalho - do leque de garantias jurisdicionais dos direitos fundamentais muito particularmente com a erradicação do mal amado instituto do recurso de amparo[116]. É mister referir ser legítimo clamar o amparo enquanto instituto imprescindível (como acontece em muitas outras ordens jurídicas) para a defesa dos direitos dos habitantes de Macau e, destarte, elemento titular do *"sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes*" (artigo 11.º da Lei Básica); por outro lado, reforce-se que, da Lei Básica, nenhum argumento se consegue retirar que impeça a existência do instituto do amparo, antes pelo contrário. Com efeito, podemos recordar aqui dois preceitos daquele texto constitucional: o artigo 36.º que garante o acesso ao Direito e aos tribunais na defesa dos seus legítimos direitos e interesses bem como à obtenção de reparações por via judicial e, ainda, o artigo 41.º que parece especificamente abrir a porta para a continuação da admissibilidade de direitos de natureza análoga, ao estatuir o gozo de outros (para além dos que constam expressamente da Lei Básica) direitos e liberdades. Ou seja, estes dois artigos de força constitucional dão claramente cobertura (importa, todavia, não olvidar referências *impertinentes* do estilo «previstas na lei») à possibilidade de manutenção do amparo de direitos fundamentais.

Recorde-se, por outro lado, que o recurso de constitucionalidade em sede de fisca-

promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem. 2. Constituem direitos das associações sindicais: a) Participar na elaboração da legislação do trabalho; b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores; c) Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução; d) Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei; e) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho. 3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei. 4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas.

Artigo 57º (Direito à greve e proibição do lock-out) *1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. 3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. 4. É proibido o lock-out.*

116 Com efeito, e pese embora os argumentos carreados em desfavor da tese da erradicação do instituto do amparo no dia 20 de Dezembro de 1999 por nós próprios em *O Amparo cit.*, págs. 362 e seguintes, ARMANDO ISAAC, Estudo inédito. Sobre o instituto do amparo afirma peremptoriamente JORGE MIRANDA, «*ao abrigo da Declaração Conjunta Luso-Chinesa de 1987, a figura subsiste na ordem jurídica da Região Administrativa Especial.*», *Manual de Direito Constitucional, T. VI*, Coimbra Editora, 2001, página 56. O Tribunal de Última Instância já se pronunciou, por duas vezes, - e expressamente - quanto à não sobrevivência do amparo na ordem jurídica da RAEM afirmando-se não mais haver o direito de impugnar decisões judiciais *inconstitucionais*, acórdãos exarados nos processos nºs 1/2000 e 2/2000 que sufragam, aliás, a posição do Ministério Público ali expendida «*o ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau não prevê (...) qualquer meio extraordinário de impugnação, nomeadamente o que se encontrava contemplado no artigo 17º, nº 1, da Lei nº 112/91, de 29 de Agosto*.». Subjacente a esta tese está, nomeadamente, a visão restrita que se impôs quanto ao âmbito do princípio da continuidade a qual levou à desconsideração *in toto* da lei portuguesa onde estava estabelecido o recurso de amparo.

lização concreta que acabava por ser algo subjectivizado e destarte operava como garante indirecto dos direitos fundamentais foi também erradicado dos sistema jurídico de Macau. De todo o modo, seguro é que vigorava um sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade designadamente aqule recurso de constitucionalidade em sede de fiscalização concreta das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo aproveitava aos habitantes de Macau.

Ora, na RAEM não existe um meio específico de controlo jurisdicional da constitucionalidade mas, outrossim, divisa-se um sistema de fiscalização (abstracta) política – tal qualmente o regime da RPC -, o qual acarreta, consabidamente, inconvenientes vários.

Aos tribunais de Macau é atribuída capacidade para interpretar, nos termos do artigo 143.º da Lei Básica, as disposições desta lei no julgamento dos casos dispondo, *prima facie*, de competência para recusar a aplicação de qualquer norma do ordenamento jurídico da RAEM com fundamento na violação de normas e princípios da Lei Básica. Como afirma FERNANDO ALVES CORREIA, a competência atribuída pelo artigo 143.º aos tribunais de Macau «*é de importância primordial para a protecção dos direitos fundamentais dos residentes de Macau (...)*[117]»

Outras lacunas e insuficiências permanecem, ou seja, herdadas do passado assim se mantiveram. Com efeito, continua a inexistir legislação sobre direitos fundamentais como os de associação sindical, de greve, protecção de dados pessoais, de participação de associações de trabalhadores na elaboração da legislação do trabalho, entre outros.

Neste domínio, repita-se, a RAEM, na generalidade, não contribuiu para o seu desaparecimento, apenas manteve a lacuna. Cumpre referir que, no que toca a alguns destes direitos existirá porventura uma menor vontade não política mas outrossim de índole económica, tal qual como no passado.

No entanto, é grato informar que, segundo o que foi tornado público, há já estudos e articulados que apontam para a concretização em forma de lei de 2 ou 3 desses direitos fundamentais[118]. Neste particular bem anda a RAEM por contraposição ao Território.

117 *A fiscalização cit.*, página 26. FRANCES LUKE, *The imminent cit.*, página 10, afirma a necessidade de uma judicial review por forma a preservar os direitos fundamentais em Macau.

118 Por exemplo, legislação sindical e legislação relativa a protecção de dados pessoais. Com efeito, existem já estudos e projectos de articulados sobre estas matérias em sede da Assembleia Legislativa, como, de resto, foi já noticiado na comunicação social.

VII

IDEM, O PLANO DO DIREITO INTERNACIONAL

No plano do direito internacional, para além da Declaração Conjunta –não sendo demais recordar que consagra um catálogo de direitos fundamentais – e dos Pactos Internacionais, vigoram em Macau várias convenções internacionais relevantes neste tema:

- Convenção Relativa à Escravatura, assinada em Genebra, 1926;

- Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, adoptada em Paris, 1948;

- Convenção Para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem, adoptada em Lake Sucess, Nova Iorque, 1949;

- Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra, 1951;

- Protocolo Relativo ao Estatuto do Refugiado, concluído em Nova Iorque, 1967;

- Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, assinada em Genebra, 1956;

- Convenção de Paris Contra a Discriminação no Campo do Ensino, adoptada em Paris, 1960;

- Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adoptada em Nova Iorque, 1965;

- Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adoptada em Nova Iorque, 1979;

- Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada em Nova Iorque, 1984;

- Convenção Sobre os Direitos da Criança, adoptada em Nova Iorque, 1989; e

- Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil, adoptado em Nova Iorque, 2000[119].

No que toca especificamente ao âmbito da OIT, acham-se em vigor muitas conven-

119 Informação prestada pelo GADI , que se agradece. Neste Gabinete encontram-se os demais dados relevantes, nomeadamente as reservas, a data da publicação no Boletim Oficial e os competentes Avisos.

ções[120], se bem que nem todas das consideradas mais importantes[121].

Prosseguindo o nosso excurso no âmbito do direito internacional sublinhe-se a questão da continuidade dos instrumentos de direito internacional e do monismo no relacionamento do direito interno *vis-à-vis* o direito internacional a qual é deveras complexa daí podendo resultar consequências práticas de relevância incontornável na matéria de que nos ocupamos e merecedora de uma aprofundada reflexão que por agora não nos é possível aqui trazer. De todo o modo, afigura-se adequado o registo brevíssimo de algumas notas. Enquanto território sob administração portuguesa achava-se vigente em Macau um sistema monista. No entanto, com a criação da RAEM e entrada em vigor da Lei Básica a questão do relacionamento entre o direito internacional e o direito interno não foi tratada pelo que inexiste norma geral que estabeleça um regime nesta questão. Com efeito, os dispositivos genéricos que, na Lei Básica abordam a questão, navegam em outras questões mas, no preceito que trata apenas de determinado tipo de instrumentos de direito internacional relacionados com direitos fundamentais/direitos humanos, consagra-se, ao menos na aparência, uma norma disciplinadora a qual, até porque directamente importada da Lei Básica de Hong Kong, parece apontar para o perfilhar do caminho do dualismo[122].

Assinale-se que, em documentos oficiais da RAEM[123], se defende precisamente dou-

120 Consulte-se a listagem completa em *Compilação da Legislação Laboral Vigente em Macau*, DSTE, 2002.

121 A título meramente exemplificativo enumeram-se as seguintes:
- Convenção nº 6 da OIT Sobre o Trabalho Nocturno das Crianças na Indústria, 1919;
- Convenção nº 29 da OIT Sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, 1930;
- Convenção nº 87 da OIT Sobre Liberdade Sindical e Protecção do Direito Sindical, 1948;
- Convenção nº 98 da OIT Sobre o Direito de Organização e Negociação Colectiva, 1949;
- Convenção nº 100 da OIT Relativa à Igualdade de Remuneração Entre a Mão-de-Obra Masculina e a Mão-de-Obra Feminina, em Trabalho de Igual Valor, 1951;
- Convenção nº 105 da OIT Sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957.

122 Atente-se no preceituado: «*Artigo 40º As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau. Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo.*». Sobre esta questão veja-se, com respostas não coincidentes, PAULO CARDINAL, *A questão da continuidade dos instrumentos de direito internacional aplicáveis a Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, nº11, Macau, páginas 93 e seguintes; JORGE COSTA OLIVEIRA, *O efeito directo dos Pactos Internacionais sobre os Direitos do Homem e o artigo 40º da Lei Básica da RAEM*, inédito; PATRÍCIA ALBUQUERQUE FERREIRA, *Algumas questões acerca da aplicação do direito internacional na Região Administrativa Especial de Macau*, Curso de Produção Legislativa, 2002; VIEIRA DE ANDRADE, ob. e loc. *cit.*; FILIPA DELGADO, *Direito Internacional Público, Lições*, FDUM; HUANG LIE, *The Relation Between International Human Rights Treaties and China's Domestic Law*, 2002; WANG XI´AN, *Certas questões relativas à aplicação de convenções internacionais nas Regiões Administrativas especiais de Hong Kong e Maca*u, revista Administração, nº 65, 2004, páginas 831 e seguintes.

123 Com efeito, veja-se *Core Document Forming Part of The Reports of State Parties, China, Part Three*, entregue no competente âmbito das Nações Unidas, 11 de Junho de 2001, onde se afirma «There is no need to incorporate international law into domestic law in order to effect its application...», ponto 244, pág. 50. Prossegue-se, nesse

trina oposta, com base no princípio da continuidade, no sentido de considerar que se mantém o sistema monista no relacionamento com o direito internacional[124] – o que inculcaria a desnecessidade de incorporação, que defendemos como princípio desejável e adequado à realidade jurídica de Macau preexistente e mais conforme ao princípio da continuidade mas não necessariamente consagrado no texto da Lei Básica.

VIII

POPULARIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Deixe-se ainda umas notas breves sobre aquilo que poderíamos designar com alguma liberdade *popularização* dos direitos fundamentais, ou seja a sua divulgação social mas também académica e administrativa que nos permitem sair do, por vezes intangível mundo do direito, para o mundo dos factos, para o mundo que mais de perto toca os cidadãos titulares dos direitos fundamentais. Pensamos, pois de imediato na relevante questão da promoção e divulgação dos direitos fundamentais[125].

relatório, com uma advertência a cláusulas que possam não ser self-executing, nomeadamente nos referidos Pactos e, bem assim, nas convenções da OIT. A este propósito, com interesse, o Parecer nº 2/II/2002 sobre a análise na especialidade da proposta de lei intitulada "Lei relativa ao cumprimento de certos actos de Direito Internacional": «*A Lei Básica contém vários preceitos relativos à questão da vinculação internacional, no entanto nada dispõe em concreto quanto à recepção do direito internacional pelo direito interno da RAEM. A conclusão quanto à segunda questão terá que se basear numa construção que parte do que a Lei Básica dispõe quanto à primeira e da salvaguarda da coerência do todo do sistema» e, «A unidade e a publicidade do Direito sempre foram princípios fundamentais do sistema jurídico de Macau. A Lei Básica consagrou o princípio da continuidade do sistema jurídico, pelo que tem de se entender que se mantêm enquanto seus princípios fundamentais.*».

124 WANG XI´AN, *Certas cit.*, página 832, defende a coexistência dos dois sistemas, admitindo como válidas, quer práticas dualistas quer monistas quanto à aplicação do direito internacional à RAEM. Em conferência proferida na Faculdade de Direito de Macau, no âmbito das jornadas «Macau e as Práticas Convencionais nas Relações Luso-Chinesas», 1995, (parcialmente objecto de publicação) ensaiamos uma resposta a esta *vexata quaestio* que detinha pontos de contacto com a tese defendida pelo autor agora citado. Com efeito, e sem pretensões de definitividade, admitíamos a hipótese de uma possível convivência entre os dois sistemas, embora por razões algo diversas das que são apontadas naquele artigo. Telegraficamente: assumido o silêncio da LB perante o problema em geral, com recurso ao princípio da continuidade apontávamos para a manutenção do sistema monista, todavia, e porque víamos no artigo 40º uma norma especial e não a enunciação de um princípio geral com vocação de regular a questão perante todos os instrumentos de direito internacional – vg dado o seu objecto e considerada a sua inserção sistemática – tendíamos a admitir, ainda que com alguma dose de *absurdidade* e reserva, a consagração do sistema dualista relativamente ao PIDCP, PIDESC e Convenções da OIT, isto em resultado, nomeadamente, de uma importação *cega* do preceituado de Hong Kong e seu regime. A ser assim, mal se compreenderia que, precisamente no tocante a «*convenções mais dignas*» o sistema fosse de algum modo menos favorável e descontínuo face ao passado.

125 A importância da divulgação do Direito foi devidamente assinalada por HO HAU WAH, Chefe do Executivo, em intervenção oficial «*A divulgação jurídica está intimamente ligada com a formação do espírito de Justiça. Por isso os*

Como se deixou já escrito «*Ao divulgar o Direito, o legislador (in casu, Assembleia Legislativa) promove, não apenas o seu conhecimento, mas também a concretização de uma das vertentes de um direito fundamental, devidamente consagrado na Lei suprema de Macau: o do acesso ao Direito, plasmado no artigo 36.º da Lei Básica da RAEM*.»[126].

Neste aspecto é mister realçar o trabalho da DSAJ, e anterior GTJ, na edição de brochuras várias e na redacção e publicação de pequenos textos não ambiciosos e por isso mais directamente perceptíveis em órgãos de comunicação social e igualmente as acções levadas a cabo no âmbito do programa de cooperação com a União Europeia. Também no âmbito da Assembleia Legislativa tem existido esta preocupação, a qual iniciou a publicação de colectâneas de legislação, tendo, significativamente, elegido como primeira a ser dada à estampa a que se debruça, precisamente, sobre os direitos fundamentais[127]. Aí se publicam sete volumes[128], num total superior a 1000 páginas, a que se deve acrescentar a colectânea respeitante à legislação de índole eleitoral[129].

Cabe dizer que, embora pequeno ainda – por exemplo se comparado com o sempre presente vizinho referencial Hong Kong – existe claramente uma tendência no sentido de esforço de divulgação e sensibilização de uma dimensão antes não descortinada.

De primordial importância é a consciencialização da sociedade que é integrada pelos destinatários dos direitos fundamentais face a estes direitos nobres. Não basta a consagração normativa de direitos, como também não é inteiramente suficiente a previsão de mecanismos de tutela efectiva. É necessário que os que são titulares destes direitos disso tenham consciência[130] e igualmente interiorizem que há mecanismos de defesa dos seus direitos fundamentais, mesmo (sobretudo) que *contra* os poderes públicos e, por conseguinte, deles devem fazer uso sempre que considerem necessário.

Gostaríamos também de deixar neste texto uma pequena nota relativamente ao en-

serviços públicos têm promovido tal divulgação (...), *Linhas de Acção Governativa, Ano Financeiro de 2001*.

126 SUSANA CHOU, *Nota Prévia* à Colectânea de Leis Regulamentadoras de Direitos Fundamentais, Assembleia Legislativa, 2001.

127 «*O primeiro passo é hoje dado com a edição desta colectânea de direitos fundamentais, matéria em que a Assembleia Legislativa detém já pergaminhos*», SUSANA CHOU, loc. *Cit.*

128 A saber*, Direito de Reunião e de Manifestação, Exercício do Direito de Petição, Lei de Bases de Política Familiar, Lei de Bases da Política do Emprego e dos Direitos Laborais, Liberdade de Religião e de Culto, Direito de Associação e Regime Jurídico do Direito de Residência.* Estas colectâneas estão disponibilizadas no sítio da Internet da Assembleia Legislativa.

129 Ou seja, a lei eleitoral e a lei do recenseamento eleitoral.

130 GONG XIANG RUI, advertia para o interesse em desenvolver (*in casu*, Hong Kong) uma cultura de direitos humanos criando-se, para o efeito, uma consciência de direitos humanos*, Constitutional protection of Human Rights: The Chinese view under the notion of «One Country, Two Systems*», in The Hong Kong Bill of Rights: A comparative approach, Butterworths, 1993, página 490.

sino universitário. Mal se compreende – ou de todo não se compreende – que no plano curricular do curso de licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Macau não exista uma cadeira autónoma, ainda que semestral, de Direitos Fundamentais – como há vários anos alguns defendem. A existência de uma cadeira de Direitos Fundamentais, para além de enobrecer academicamente o tema, constituiria, naturalmente um motor de ensino, divulgação e investigação desta temática[131] tão esquecida se não mesmo degredada. Do mesmo modo, estamos em crer que terá grande utilidade a nível de disciplinas e cursos de direito internacional uma incidência mais vocacionada para a temática dos direitos humanos ao nível de cursos de mestrados.

IX

NOTAS FINAIS

Concluímos agora este percurso sobre os direitos fundamentais em Macau, *rectiu*s, considerações sobre o tema que deixamos em registo público para apreciação crítica. Conforme o título deixava antever, não pretendíamos deixar um estudo profundo caracterizado por uma abrangência de todos os tópicos relevantes nem mesmo sequer reflexões exaurientes sobre os tópicos eleitos, outrossim tentamos, numa matéria em que impera um quase deserto de escritos, identificar e suscitar problemas e aventar algumas respostas, cientes, pois, da incompletude do trabalho que se apresentou.

À guisa de remate ao estudo empreendido, conclua-se por um certo défice no plano jurídico na comparação (necessária) a fazer entre a RAEM da República Popular da China e o Território sob administração portuguesa, sendo certo que alguns indícios nos permitem encarar a questão com algum optimismo[132] no sentido de que se possa estar a preparar um caminho que vá na direcção da melhoria, ou seja, traduzível na concretização e densificação, em letra de lei, de outros direitos fundamentais e, bem assim, no reforço e alargamento dos meios de tutela, caminhando no sentido do *garantismo*[133], acrescida da sua

131 Como o vem demonstrando a inserção da cadeira nos planos curriculares de mestrado.

132 Sem, contudo, olvidar que em alguns casos isolados, porventura num certo excesso de zelo e com uma postura traduzível pelo aforismo popular de «*mais papista do que o Papa*», é possível descortinar alguns atropelos, particularmente ao nível da máquina administrativa, aos direitos fundamentais em questões que, muitas das vezes, nem sequer assumem alguma extraordinária relevância político-jurídica.

133 Veja-se, com propósito, LUIGI FERRAGOLI, *Garantia* , Revista do Ministério Público, nº 85, 2001, página 8.

divulgação geral e sensibilização junto dos aplicadores das leis e, com tal, contribuir para o reforço de uma cultura de direitos fundamentais impregnada na sociedade.

Por outro lado, importa dizer que quem pretenda mostrar e demonstrar a existência de um sistema político credibilizado deve tomar consciência que esse desiderato também passa pela credibilização do sistema jurídico e este, por sua vez, apenas será plenamente credível se for integrado por um sistema de direitos fundamentais capaz, desenvolvido e garantístico – quer a nível substantivo quer no plano da sua tutela[134], nomeadamente quanto às garantias adjectivas.

E gostaríamos de deixar aqui uma opinião muito pessoal e num estilo deveras informal: os direitos fundamentais não assustam nem fazem mal a ninguém como também não são impeditivos do desenvolvimento sócio-económico – desde que, naturalmente, não abusados – não há que ter receios de os concretizar, os melhorar, os divulgar, os utilizar e os tutelar efectivamente.

Neste domínio dos direitos fundamentais Macau goza de um capital de experiência que lhe permite, se assim se pretender, sem receios e, porque não com orgulho, constituir-se como um farol para outros sistemas jurídicos vizinhos que queiram avançar e evoluir nesta nobre (e sensível) matéria.

Não é demais que se traga novamente à colação a ideia que ora se apresentará nem é extemporâneo pedir emprestados termos de referência conhecidos: a qualidade efectiva dos direitos fundamentais depende das Palavras - dos textos constitucionais, internacionais e legais - mas também dos Homens - governantes, juizes, operadores do direito em geral, sociedade civil e também, de todos e cada um de nós titulares desses direitos fundamentais, até porque, se é vero que o que temos é já positivo podemos e devemos, no entanto, pedir (e contribuir) para obtermos melhor.

134 Entre muitos outros, JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Importância dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo,* Perspectivas do Direito, nº 12, 2003, afirma «*Mas sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos. (...) É por isso que a protecção dos direitos fundamentais jamais pode bastar-se com a sua mera existência, por mais numeroso e variado que seja o seu elenco constitucional.*», pág. 59.

O INSTITUTO DO RECURSO DE AMPARO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A *JUSLUSOFONIA*

OS CASOS DE MACAU E CABO VERDE

O INSTITUTO DO RECURSO DE AMPARO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A *JUSLUSOFONIA* OS CASOS DE MACAU E CABO VERDE*

I. – Preliminares. II. – (Quase) Ausência no seio da família *juslusófona*. III. – O amparo na ordem jurídica de Macau. *In memoriam*. 1. Considerações preliminares. 2. Introdução, génese e enquadramento. 3. Normativos legais. 4. Órgãos jurisdicionais competentes. 5. Natureza dúplice: direito fundamental em si mesmo e garantia adjectiva. 6. Direitos tutelados. 7. Actos susceptíveis de impugnação por via de amparo – dois modelos. 8. Legitimidade processual. 9. Decisões jurisdicionais de amparo. 10. Institutos *homólogos* de defesa de direitos fundamentais. 11. Outros instrumentos de controle no âmbito da justiça constitucional. 12. A erradicação do direito de amparo. **IV. - Na ordem jurídica de Cabo Verde. *Vivat, crescat, floreat*.** 1. Consagração constitucional. 2. Normativos legais. 3. Órgãos jurisdicionais competentes. 4. Direitos tutelados. 5. Actos susceptíveis de impugnação por via de amparo. 6. Legitimidade processual. 7. Medidas cautelares. 8. Marcha processual. 9. Decisões jurisdicionais de amparo. 10. Institutos *homólogos* de defesa de direitos fundamentais. 11. Outros instrumentos de controle no âmbito da justiça constitucional. **V. – Brevíssimas considerações finais**.

I

PRELIMINARES

Ao jeito de breves considerações preliminares convoque-se que o amparo de direitos fundamentais – bem como outros institutos que se lhe assemelham no objecto e na finalidade prosseguida, como a *verfassungsbeschwerde* germânica, a acção de tutela

* Versão portuguesa do texto elaborado em 2005 e publicado em língua castelhana em «El Derecho de Amparo en el Mundo», Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordenadores, UNAM, Editorial Porrúa, Mexico 2006. Esta versão foi originalmente publicada na Revista Direito e Cidadania, 24, 2006, Cabo Verde.

colombiana, o recurso de protecção chileno e o mandado de segurança brasileiro - usualmente referenciado como «recurso de amparo» (mas também como "*juicio de amparo*" e "*acção de amparo*"), é um instituto profusamente difundido, desde a América Latina a *países germanófilos* e da Europa central e de Leste, sem esquecer Espanha, e ainda com exemplos colhidos na Ásia e em África, como o demonstra qualquer percurso que se empreenda pelos caminhos do direito comparado[1]. Note-se, aliás, que os ensinamentos do direito comparado são de irrecusável relevância sobretudo neste domínio[2] porquanto o amparo constitui um exemplo paradigmático de importação/exportação e reimportação do instituto de *per se* e das soluções concretas que se vão sedimentando ao longo do tempo constatando-se uma quase permanente troca de fluxos de influência entre vários ordenamentos jurídicos que, desta forma, se vão influenciando mutuamente. Por outro lado, para além desta influência recíproca contínua – a que não serão alheias circunstâncias como a pertença a uma mesma família jurídica romano-germânica[3], a intensificação da criação de tribunais constitucionais, uma língua *quasi* franca no *mundo* do amparo (castelhano) e as transições constitucionais em direcção à democracia – o amparo tem irradiado a sua esfera de pertença e de influência para novas latitudes de que merecerá destaque o bloco de países do centro e leste europeu enquanto terreno particularmente fecundo na recepção recente desta excelsa via de protecção de direitos fundamentais.

Conveniente é relembrar a existência de uma grande variedade de *modelos* de am-

1 Veja-se, entre outros, FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *El Juicio de Amparo Mexicano y el Derecho Constitucional Comparado, páginas* 351-383*, in Ensayos Sobre el Derecho de Amparo,* IIJ-UNAM, 1993 e *Evolución y Perspectivas del Derecho de Amparo Mexicano y su Proyección Supranacional,* Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, páginas 11-56; ALVES CORREIA, FERNANDO, *Relatório Geral da Conferência da Justiça Constitucional da Ibero--América, Portugal e Espanha*, subordinada ao tema "Os órgãos de Fiscalização da Constitucionalidade: Funções, Competências, Organização e Papel no Sistema Constitucional Perante os Demais Poderes do Estado, Documentação e Direito Comparado, nºs 71/72, 1997, págs. 41-121, em especial págs. 101 a 115 (e, bem assim, os diversos relatórios nacionais aí publicados); BREWER-CARÍAS, ALLAN, *El Amparo a los Derechos y Libertades Constitucionales (una aproximación comparativa)*, "La Proteccion Juridica del Ciudadano - Estudios en Homenaje al Professor Jesus Gonzalez Perez", Tomo III, Civitas, 1993, págs. 2696-2748; o nosso *O Amparo de direitos fundamentais no Direito Comparado e no Ordenamento Jurídico de Macau,* Revista Jurídica de Macau, Vol. III, nº 1, 1996, págs. 51-92, em especial págs. 54 a 68. Cf., quanto ao amparo nos outrora designados países do bloco do leste europeu*,* FLORES JUBERÍAS, CARLOS / TORRES PÉREZ, MERCEDES, *Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental, in* Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 5, Julio-Diciembre 2001, páginas 89-144.

2 A este propósito avisa FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *El Juicio cit.,* página 351«(...) *señalamos la necesidad de utilizar el método jurídico comparativa para analizar el juicio de amparo mexicano, en cuanto dicho instrumento de investigación es necesario para el análisis de cualquier institución jurídica (...) es bien sabido que el derecho de amparo mexicano (...) ha tenido una influencia directa o indirecta en las instituciones del mismo nombre y en otras semejantes que funcionan en otros ordenamientos iberoamericanos*.»,

3 Por exemplo na Ásia e em África os sistemas jurídicos de que temos conhecimento que, indubitavelmente, consagraram o recurso de amparo inserem-se nesta família jurídica, Coreia do Sul, Macau e Cabo Verde. Cf. o nosso *O Amparo de direitos cit. passim*.

paro de direitos fundamentais, sob diversas perspectivas de abordagem, designadamente quanto ao tipo processual, à categoria de órgão judicial competente, aos sujeitos passivos da relação processual, à cláusula aberta ou fechada de direitos tutelados e, mesmo, quanto à sua etiqueta formal como vimos. Podemos, de uma forma muito sintética, procurar ensaiar uma definição do instituto do amparo como sendo uma categoria processual autónoma (e direito fundamental em si mesmo), genérica (isto é, não dirigida à defesa de um só direito como ocorre normalmente no ***habeas corpus***) e de vocação exclusiva de defesa de direitos fundamentais (e não um recurso de constitucionalidade/legalidade).

A sua origem histórica está referenciada ao direito mexicano, ou, para alguns, ao direito espanhol, nomeadamente colonial[4], sendo segura uma íntima ligação, nomeadamente no seu processo de formação, com outro meio de tutela de direitos fundamentais, o ***habeas corpus***. Por exemplo, no Brasil, o ***habeas corpus***, entre as décadas de 90 do século XIX e de 20 do século findo, funcionou como mecanismo de defesa de direitos tão distintos como o de reunião e o de culto religioso[5] havendo quem afirme mesmo ser o ***habeas corpus*** uma "***das mais importantes e tradicionais acções judiciais de amparo***"[6].

Permita-se-nos uma achega de fora, isto é do mundo lusófono, nesta historiografia Um conhecido autor português[7] relata-nos, a pretexto do mandado de segurança brasileiro, que este "***interessantíssimo instituto***", constitui uma acção pela qual o ***"impetrante pede amparo de um direito***", resumindo "***a tradição portuguesa, a tradição da concepção brasileira do habeas corpus e a variedade dos writs anglo-saxônios***", prossegue na defesa da lusa origem - mesmo que parcelar - deste remédio, afirmando que, não obstante ausência de referências, tinha profundas raízes na tradição portuguesa, estando consagrado desde as *Ordenações do Reino de Portugal*, e também nas *Ordenações Filipinas* (note-se, vigentes no Brasil até um passado relativamente recente quando comparado com o caso português) o instituto de segurança, concedido através de mandado. A ser assim, e constituindo este instituto brasileiro uma ideia de amparo, havendo já sido traduzido por «mandamiento de

4 BRITO, WLADIMIR *O Amparo Constitucional*, revista Direito e Cidadania, nº 7, 1999, págs.10 e seguintes, apresenta-nos uma pré-história e uma história do amparo, situando-se aquela em direitos de Espanha, nomeadamente Aragonês e a história no México. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, desenvolveu um estudo dedicado a esta questão, *El Derecho de Amparo en Mexico y en España - su influencia reciproca,* Revista de Estudios Politicos, nº 7, 1979.

5 CAETANO, MARCELLO *As garantias jurisdicionais dos administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil*, "Estudos de Direito Administrativo", Ática, Lisboa, 1974, págs. 342 e seguintes. Veja-se, ainda, ALVES CORREIA, FERNANDO *Relatório…cit*., págs. 112 e 113.

6 CANOTILHO, GOMES, no seu incontornável estudo, *As Palavras e os Homens-Reflexões sobre a Declaração Conjunta e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, BFD, 70 (1994), págs. 107-131. Este texto foi um marco de importância extrema na dinamização do estudo doutrinário e na concretização jurisprudencial do amparo macaense.

7 CAETANO, MARCELLO *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, 1996, páginas 434 e seguintes.

amparo» em castelhano, precisamente pela sua similitude com o amparo[8], parece legítimo afirmarmos que, de algum modo, o direito português também deu a sua contribuição no nascimento do instituto do amparo tendo, no entanto, abandonado este caminho, o qual apenas foi retomado para Macau e apenas nos finais do século XX.

Atentos o seu percurso histórico e o seu desempenho ao longo de já muitas décadas, tem recebido elogiosas etiquetas como a da *magia* associada ao seu nome, do fascínio muito forte que exerce, ou como uma das «*orientações em direito* (que) *gozam de uma reputação de eficácia que está na origem da sua generalização*»[9].

O(s) modelo(s) do amparo constitui uma modalidade de protecção jurisdicional de direitos fundamentais ou, em feliz perspectiva, como regista GOMES CANOTILHO, uma das componentes da justiça constitucional no sentido de «*jurisdição da liberdad*»[10]. ao passo que, num mesmo espírito, PETER HÄBERLE nos fala do «*Tribunal do Cidadão*» quando se refere ao Tribunal Constitucional alemão nos seus papel e função de amparo[11].

A sua importância não é demais de realçar na efectivação da tutela dos direitos fundamentais particularmente no contexto da concretização da *Ideia* moderna de tutela jurisdicional efectiva e, bem assim, no contributo para a densificação e *popularização* daqueles direitos cimeiros.

Permita-se-nos o sublinhar, com particular ênfase mas sem qualquer menosprezo pelos restantes meios de amparo, do contributo da modalidade do amparo contra as decisões judiciais, a qual permite ultrapassar ou, ao menos, minorar dramaticamente, o paradoxo da acção dos tribunais enquanto garantes e violadores dos direitos fundamentais[12]. FAUSTINO CORDÓN MORENO fala-nos em «*violações produzidas dentro do processo por*

8 Como nos informa FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *El Juicio de Amparo, cit.,* página 371.

9 Respectivamente, FALLA, GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 368; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO / MÁRIO BRITO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL, 1998, pág. 104; VASAK, KAREL, *Os critérios de distinção das instituições*, "As dimensões internacionais dos Direitos do Homem", UNESCO, Lisboa, 1983, pág. 242.

10 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* , Almedina, Coimbra, 1998, pág. 788. Recorde-se ainda MAURO CAPPELLETTI, *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà,* Milano, Giuffrè, 1957.

11 *El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional,* Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, páginas 175-236, em especial páginas 204 e seguintes.

12 Sobre esta problemática, o nosso *The Judiciary and Fundamental Rights - A Dual role: Guarantor and Breacher*, revista Direito e Cidadania, Cabo Verde, nº 7, 1999, páginas 83-99. Afigura-se podermos ver uma emanação deste problema e da necessidade de o contrariar a solução expressamente consagrada na Lei mexicana, quando estatui, no seu artigo 66º, IV, que estão impedidos os juizes que "*hubieren emitido, en otra instancia o jurisdiccion, la resolucion impugnada*".

juizes ou tribunal[13] que afectam direitos fundamentais. Isto é, disponibiliza-se um *recurso* de decisões judiciais individuais violadoras de direitos fundamentais em si mesmas, o qual visa a defesa de um direito fundamental mediante um (contra) ataque à decisão judicial enferma. Recorde-se que o objecto do recurso de amparo, e consequentemente a petição de amparo, é a defesa de direitos fundamentais[14]. O que está em causa nos meios de amparo é aquilo a que alguns chancelam como uma violação do *estatuto constitucional subjectivo*, não cabendo, destarte, nestes casos qualquer outro tipo de pretensão, nomeadamente um pedido de declaração/pronúncia de inconstitucionalidade de normas jurídicas.

Problema pertinente, em ordenamentos jurídicos como o português, é o de saber como reagir perante decisões judiciais violadoras de direito fundamental, tal como o revelam, em jeito exemplificativo, as linhas seguintes que testemunham o debate e a preocupação sentida. As decisões judiciais podem ser em si mesmas inconstitucionais, como peremptoriamente afirmam GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA[15]. Por tal razão, insistem os mesmos autores em que "*A verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende directamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastantes os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêem a possibilidade de recurso para o TC nessas hipóteses, sobretudo quando se trate de casos respeitantes a direitos fundamentais*"[16].

Fácil será de reconhecer que, ainda com mais vigor, se há-de apresentar a *necessidade* de dar amparo de direitos fundamentais face a decisões judiciais irrecorríveis ordinariamente[17] que, por exemplo, hajam violado direitos fundamentais processuais, situação que,

13 *El Processo de Amparo Constitucional*, La Ley, 1992, página 146.

14 Não sendo, por conseguinte, uma impugnação ou ataque a normas, seja ele um recurso de constitucionalidade, seja um recurso de legalidade (reforçada). *Confusão* várias vezes feita na jurisprudência superior e com nefastos resultados no ordenamento jurídico de Macau provocando o definhar do amparo. Sobre esta questão CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense de direitos fundamentais vis-à-vis as decisões judiciais,* Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, páginas 353-401, em especial páginas 378 e seguintes.

15 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1993, página 1016.

16 *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pág. 259. Neste mesmo sentido e com idêntica preocupação, MEDEIROS, RUI, *A decisão de inconstitucionalidade,* UCE, Lisboa, 1999, «*não ignora que o dogma da infalibilidade não se aplica às decisões dos tribunais, não excluindo portanto a possibilidade de as decisões jurisdicionais em geral ofenderem direitos fundamentais*.», página 358; OTERO, PAULO, *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex, 1993, págs. 119 e seguintes, advogando a necessidade de controlar tais decisões judiciais inconstitucionais, mesmo havendo caso julgado.

17 MAGALHÃES, JOSÉ, realça precisamente esta situação - inexistência de recurso ordinário - quando advoga a introdução do recurso de amparo na ordem jurídica portuguesa, *Dicionário da Revisão Constitucional*, P.E.A., 1989; MEDEIROS, RUI, ob. e loc. *cit., «O problema assume especial gravidade quando estejam em causa violações de direitos fundamentais causadas directamente por decisões jurisdicionais proferidas em última instância.».*

estamos certos não será meramente académica, nomeadamente quando são proferidas as chamadas «*decisões surpresa*».

Sendo reconhecível que um Tribunal Constitucional deterá, *a priori*, uma maior apetência - porque mais vocacionado e mais sensível ao problema – e competência[18] – porque constituído por membros *seniores* e mais especializados no direito constitucional - para a defesa dos direitos constitucionalmente estabelecidos[19] e, com a dinâmica jurisprudencial, se mediante uma jurisprudência normalmente mais *amiga* dos direitos fundamentais, menos formalista e mais flexível[20], de um cariz *generoso*, acaba por, em larga medida, dar o recorte final da factual dimensão e importância do amparo enquanto meio excelso de tutela de direitos fundamentais. Como exemplos reconhecidos destes Altos Tribunais que, por intermédio da sua acção, densificaram e sedimentaram o carácter do amparo como meio dilecto de protecção da subjectiva esfera jurídica *fundamental* dos cidadãos perante os diversos poderes públicos, conferindo-lhe uma generosa amplitude - rememore-se telegraficamente o reconhecido labor *pro libertate* dos tribunais constitucionais espanhol, alemão e venezuelano.

Mudando agora de rumo neste sede de considerações preliminares esclareça-se que aquando do nosso percurso pelos institutos macaense e cabo-verdiano não iremos percorrer todas as etapas que nos foram propostas. Não que delas discordemos, e mais, bem compreendendo a *ratio* de um caminho comum que preside à elaboração de uma obra colectiva deste teor e com os objectivos que lhe são superiormente traçados. Acontece, simplesmente que, por factores vários, tal empreitada não nos é possível. Com efeito, no que tange ao caso de Macau nunca a institucionalização do amparo foi objecto de regulamentação! Por conseguinte há uma imensidão de dúvidas e um espaço pejado de lacunas. Já relativamente a Cabo Verde, o tribunal competente – agora o Tribunal Constitucional – apenas muito recentemente foi criado e, ao momento em que elaboramos o texto, a lei da sua criação ainda não foi publicada, pelo que dela não dispomos e, acrescendo às dificuldades devemos referir a parca jurisprudência e a reduzida produção doutrinal. Sem embargo, procuraremos, na medida do possível, mantermo-nos fieis aos *lineamentos ge-*

18 Falando-nos em poder vislumbrar no Tribunal Constitucional uma «*alegada melhor ciência da lei constitucional*», MEDEIROS, RUI, *A decisão cit.*, 1999, página 358.

19 GARCIA, ALONSO, adverte-nos para a circunstância de os tribunais ordinários serem, por razões diversas, mais susceptíveis de violar direitos fundamentais, *Derechos fundamentales y jurisdición ordinaria, in* La garantia constitucional de los derechos fundamentales – Alemania, España, Francia e Italia, página 211.

20 Diz-nos, por exemplo, MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO, que a actuação do Tribunal Constitucional espanhol se tem caracterizado por um "*antiformalismo conscientemente asumido en su deseo de llegar al fondo de los asuntos y de pasar así, sin trabas, a administrar justicia*.", *Antiformalismo y Enjuiciamiento efectivo en el Sistema de Justicia Constitucional*, Revista de Derecho Político, nº 17, pág. 198.

nerales preconizados pelos ilustres coordenadores da obra em que este trabalho se insere.

Advirta-se desde já que no que toca ao caso de Macau, e tal como se pode antever pela designação conferida ao *capítulo* III do presente texto, as linhas que se vão depositar sê-lo-ão em jeito de repositório para a história ou, por outras palavras, em *requiem* pelo recurso de amparo macaense.

II

(QUASE) AUSÊNCIA NO SEIO DA FAMÍLIA *JUSLUSÓFONA*

Comecemos por esclarecer o entendimento que emprestamos a este conceito de família *juslusófona*, o qual assenta em critérios que não os dos domínios do direito comparado pelo que não se trata aqui de afirmar a existência de uma família jurídica específica tal qual a da *common law* ou a romano-germânica. Outrossim, apoiamo-nos muito simplesmente no critério linguístico, (e de um passado comum), isto é o da consagração do português como língua oficial, e que se acha institucionalizado na criação da CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa[21]. Para além da língua comum, por circunstâncias históricas consabidas, estes países partilham hoje um passado comum, por virtude do colonialismo português, e também de um legado jurídico muito próximo entre[22] si embora de densidades distintas, constituindo-se neste campo o Brasil como elemento mais distanciado por referência ao sistema jurídico de *origem*, ou seja o de Portugal.

Este mundo jurídico da lusofonia andou arredio, e assim quase permanece na actualidade imune à crescente irradiação do amparo de direitos fundamentais. Não nos esquecemos do brasileiro mandado de segurança[23]. Com efeito, o sistema jurídico brasileiro consagra este remédio de direitos fundamentais que, substancialmente como antes se viu,

21 Constituída por Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste - a estes Estados acresça-se, na consideração da pertença ao universo *juslusófono,* o especial caso de Macau, hoje Região Administrativa Especial da República Popular da China, com garantias de inalterabilidade essencial do seu ordenamento jurídico, sendo este quase decalcado do de Portugal.

22 FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Evolución y Perspectivas cit.,* página 35, refere esta realidade a qual acentua uma certa surpresa quanto à consagração do amparo nos lusófonos Macau e Cabo Verde.

23 Crismado já de «remédio heróico», LOPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1990, página 614. Para uma perspectiva histórica, MÁRIO VELLOSO, CARLOS, *As novas garantias constitucionais*, Revista de Direito Administrativo, 177, 1989, págs. 14 e seguintes; CAETANO, MARCELLO *Princípios Fundamentais cit.* e loc. *cit.*.

se pode reconduzir ao normal amparo. Detém, todavia, algumas características próprias e não está crismado com a etiqueta de amparo, pelo que a ele não voltaremos, deixada que está, a nota da sua existência.

As razões deste alheamento não são claras até porque, mesmo em termos linguísticos, a palavra amparo não é sequer estranha ao léxico português podendo significar apoio, auxílio, defesa, protecção, socorro[24]. Poderemos ensaiar uma tentativa de explicação que eventualmente radicará, entre outras razões, no facto de o principal pólo de influência da lusofonia, em virtude de ter sido a potência colonial, ou seja Portugal, ter-se mantido como um regime ditatorial durante largas décadas[25]. Todavia, nem após a instauração de um regime democrático Portugal se deixou render aos encantos do amparo, mormente do amparo constitucional. Inexistindo no Portugal colonial inexistia igualmente nos sistemas jurídicos das suas colónias e permanecendo ausente no Portugal democrático não constituiu um remédio de referência a ser importado pelos novos Estados, tal como sucedeu em muitos outros domínios onde a influência do direito português é notória.

Importa indagar um pouco mais da (não) história moderna do amparo em Portugal.

Aquando dos últimos estertores do regime ditatorial português, aproveitando o ensejo de uma revisão constitucional proposta pelo Governo em 1971 onde se preconizavam alterações ao nível do exercício de controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, foi publicado um livro[26], onde se propunha a criação de um Tribunal de Garantias Constitucionais, e no qual, entre outras, «*Previa-se igualmente uma forma de queixa constitucional similar ao recurso de amparo espanhol ou à Verfassungsbeschwerde alemã, atribuindo a qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos, a possibilidade de requerer ao Tribunal a declaração de inconstitucionalidade de "determinada norma referente a qualquer dos direitos, liberdades e garantias individuais concedidos na Constituição, e que os infrinja, dificulte, limite ou suprima o seu exercício*"»[27].

Posteriormente, com a aprovação Constituição democrática de 1976 o amparo não logrou também aí encontrar abrigo. No decurso dos vários processos de revisão e com uma parte da doutrina a insistir na desejabilidade de consagrar o instituto, a final, nunca o amparo conseguiu penetrar *qua tale* no texto constitucional. Na verdade, *« ... Não obstante*

24 *Cf. Dicionário de sinónimos,* Porto Editora, entre outros.

25 Não se olvida pois que o amparo é um instituto mal compatível com regimes ditatoriais CAPPELLETTI, MAURO, *Amparo,* Enciclopedia dell Diritto, vol. II, pág. 329.

26 *Direitos, liberdades e garantias individuais*, Lisboa, s/d, MAGALHÃES GODINHO, JOSÉ.

27 ARAÚJO, ANTÓNIO DE, *A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional*, *Análise Social*, Quarta Série, vol. XXX, 1995-5º, páginas 881-946. Consultamos a versão actualizada cibernética publicada em Justicia Constitucional en Iberoamerica, da Universidade Carlos III, Madrid.

as diversas tentativas para a introdução de uma acção constitucional de defesa no ordenamento jurídico português, ainda hoje não existe...qualquer instituto semelhante ao recurso de amparo»[28]. Com efeito, e apesar de o painel de remédios processuais ter sido já considerado, em texto datado de 1983, relativamente *frouxo,* por comparação com a ampla e intensa protecção institucional dos direitos, liberdades e garantias[29], e apesar de, como vimos, realçada a sua importância pela doutrina[30], um verdadeiro recurso de amparo ou queixa constitucional não logrou nunca encontrar abrigo na ordem jurídico-constitucional portuguesa. Esta alergia constitui, pois, uma surpresa levando sempre a melhor as reticências e consequentes renitências aquando das várias e recorrentes tentativas formais e ainda de respeitadas sugestões académicas[31] da sua consagração.

Assombro amplificado pela circunstância seguinte: *«então como se explica que uma lei portuguesa tenha «exportado» o amparo para Macau? (...) será que se entende que serve para fora, mas não para nós próprios?»* inquiríamos nós[32]. Por outro lado, não se aproveitou o *impulso* proporcionado pelo legislador constitucional cabo-verdiano quando em 1992 introduziu o recurso de amparo *«a CRP poderia beneficiar com a consagração (...) do recurso de amparo ou de queixa constitucional, já previsto na CRCV.»*[33].

Pergunta-se pois porque razão persiste a inexistência deste nobre instituto no panorama jurídico português. São conhecidos de há muito alguns dos argumentos invocados em seu desfavor, nomeadamente, «*entupimento*» deste tribunal considerando uma previsível inundação de recursos de amparo, lentidão da justiça, criação de focos de conflito entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais[34] a sua desnecessidade por haver já um

28 CANOTILHO, GOMES, *As Palavras cit*., página 123.

29 ANDRADE, VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* Almedina, Coimbra, 1983, pág. 342.

30 Cfr. CANOTILHO, GOMES, *Para uma teoria pluralística da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Democrático Português*, Revista do Ministério Público, nº 33/34, 1988, págs. 23 e segs.; GOMES CANOTILHO /VITAL MOREIRA, *Constituição cit.,* págs. 162 e 163; ALMEIDA, J.M. FERREIRA DE, *A justiça constitucional em Portugal*, Estudos de Direito Público, nº 9, Cognitio, 1985, pág. 78. Veja-se, ainda, BARBOSA DE MELO/CARDOSO DA COSTA/VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e projecto de revisão constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pág. 259.

31 Por exemplo, de MIRANDA, JORGE, em *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996,* Cosmos, 1996, pág. 29, onde se propunha o aditamento de um novo número ao artigo 280º da CRP estatuindo o recurso para o Tribunal Constitucional de *"decisões de outros tribunais quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias*.".

32 CARDINAL, PAULO, *Direitos Desamparados*, Boletim da Ordem dos Advogados, Portugal, nº 21, 2002. Rematávamos o nosso texto «*Em jeito de conclusão, consagremos nós e para nós, o que já fizemos para outrem e sem complexos ou receios que, salvo melhor, não se justificam. O que se justifica sim é a nossa Constituição com o seu precioso catálogo de direitos fundamentais ver a sua missão enriquecida com a introdução deste emblemático instituto. Os direitos dos portugueses não estão desamparados, ou à deriva total, mas não se acham amparados como deviam e mereciam*».

33 CANAS, VITALINO, *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal e em Cabo Verde: em especial a fiscalização preventiva,* Direito e Cidadania, páginas 119-134, número especial, 1999, Cabo Verde, página 134.

34 MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, páginas 354 e seguintes.

recurso ao Tribunal Constitucional das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. Que não fique, no entanto, menorizada a importância deste direito de recurso para o Tribunal Constitucional[35]. FERNANDO ALVES CORREIA relata que *"Em Portugal, como já foi apontado, não estão consagradas quaisquer modalidades específicas de protecção jurisdicional de direitos fundamentais (se bem que exista o instituto de habeas corpus …). Tal não significa, porém, que a intervenção do Tribunal Constitucional português no âmbito da protecção dos direitos fundamentais seja desprovida de relevo. (…) Essa intervenção não assume, contudo, nem a amplitude, nem a eficácia do «recurso de amparo»* [36].

Afigura-se-nos, no entanto, possível afirmar que no ordenamento jurídico português se descortinam alguns afloramentos, porventura tímidos, do espírito de amparo de direitos fundamentais, entendido aqui como meio de tutela daqueles a título principal e conformados na ideia de meio expedito. Recorde-se, de imediato, o novo artigo 20.º da CRP epigrafado «*Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva*». Inovação introduzida no número 5 daquele artigo mediante a 4ª Revisão Constitucional, operada pela Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, foi prevista a criação, por lei, de procedimentos judiciais para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, caracterizados por celeridade e prioridade que poderão assemelhar-se ao chamado «recurso ordinário de amparo» espanhol[37]. Na sequência daquele comando constitucional editou-se legislação administrativa, nomeadamente a Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprovou o Código de Processo nos tribunais administrativos, caracterizada já deste modo :«*A extensão e profundidade das alterações introduzidas, tendo por base o princípio da tutela jurisdicional efectiva, vai aumentar a procura dos serviços de justiça administrativa, decorrente da maior facilidade de acesso e da existência de um conjunto de meios processuais adequados à defesa de todos os direitos, e nenhum deles pode ficar sem protecção*»[38]. E desta forma terminamos este limitado excurso pelo sistema jurídico português.

Quanto ao estado da situação nos outros ordenamentos de raiz lusófona, refira-se que, aquando da elaboração de trabalhos preparatórios conducentes à elaboração da

35 ANDRADE, VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 341, MIRANDA, JORGE, *Manual...cit.*, II, pág. 450.

36 *Relatório … cit*., pág. 101.

37 CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense cit*., página 359; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO / MÁRIO BRITO FERNANDES, *ob. cit.*, págs. 105-106. CANAS, VITALINO, em *A fiscalização da constitucionalidade em cit.,* afirmava « *Teoricamente este novo inciso constitucional permite que através da lei se possa ir ao ponto de criar o chamado recurso de amparo*.», página 120.

38 RIBEIRO, LINO, *Discurso*, www.oa.pt, Conselho Distrital do Porto, 2005.

Constituição de Timor Leste, chegou a ser ponderada a possibilidade de criação do instituto do amparo de direitos fundamentais não merecendo, todavia, consumação no texto constitucional.

Nos restantes sistemas jurídicos da lusofonia não se verificou a consagração do amparo de direitos fundamentais com excepção dos dois lídimos exemplos de que trataremos a seguir: Macau e Cabo Verde.

III

O amparo na ordem jurídica de Macau. *In memoriam*

1. Considerações preliminares

Macau, território sob administração portuguesa até 19 de Dezembro de 1999, hoje Região Administrativa Especial da República Popular da China, é um pequeno enclave de pouco mais de duas dezenas de quilómetros quadrados e com menos de meio milhão de habitantes que dominam como primeira língua, em esmagadora maioria, a língua chinesa (sobretudo o dialecto cantonense) constitui um exemplo único[39] no panorama jurídico-político internacional. O seu peculiar estatuto e a transição do exercício de soberanias – blindada com uma série de princípios-garantia dos quais se destaca o princípio da continuidade, nele se incluindo a inalterabilidade essencial do sistema jurídico vigente[40], foram definidos num tratado internacional (depositado nas Nações Unidas): a Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China

39 Ressalve-se, naturalmente, o exemplo gémeo de Hong Kong.

40 Sobre este nuclear princípio-garantia, COSTA OLIVEIRA, JORGE, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei básica da futura Região Administrativa Especial*, revista Administração, nº 19/20, páginas 21 a 60, CARDINAL, PAULO *O Regime Jurídico da Advocacia no Contexto da Lei Básica Advocacia no Contexto da Lei Básica*, AAM, 1992, páginas 69-101, páginas 71 a 77, ALBERTO COSTA, *Continuidade e mudança no desenvolvimento jurídico de Macau à luz da Declaração Conjunta Luso-Chinesa*, Revista Jurídica, nº 1, 1988, *passim;* PEREIRA, FRANCISCO GONÇALVES *Declaração Conjunta, modelo de transição e reforma da Administração*, Revista Administração, nº 11 páginas 77 e seguintes, ISAAC, ARMANDO, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, comunicação apresentada à 4ª conferência do Comparative Constitutional Law Standing Committee, Bangkok, 27-29 de Maio de 1999, págs. 46 e seguintes. Este princípio constitui-se como uma verdadeira almofada na temática dos direitos fundamentais no contexto da transição ANDRADE, VIEIRA DE, afirma :«*O imperativo de manutenção das leis previamente vigentes em Macau basicamente inalteradas como um imperativo de manutenção do sistema (isto é, das suas normas essenciais, das que constituem o seu núcleo caracterizador, incluindo, por exemplo, a norma que proíbe a pena de morte) e a consequente proibição do retrocesso infundamentado por via legislativa*.», *Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, FDUM, S/D.

sobre a Questão de Macau, de 1987[41]. Aquando do término do exercício de poderes soberanos por parte de Portugal o seu bloco constitucional tinha uma composição dual já que era integrado pelo Estatuto Orgânico de Macau – o qual quase não dispunha de preceitos relativos a direitos fundamentais - e por trechos da Constituição Portuguesa (nomeadamente os direitos, liberdades e garantias e correspectivo regime de exercício). O exercício de competências legislativas achava-se distribuído por órgãos locais e por órgãos da República o mesmo sucedendo quanto à função jurisdicional. Na actualidade, dispõe de uma *mini--constituição*, Lei Básica, genericamente auto-suficiente, designadamente no que tange aos direitos fundamentais.

Não é este nem o local nem o momento apropriado para tratar destas várias questões, todas elas interessantíssimas e de considerável complexidade jurídica e com óbvios contornos e pré-compreensões de índole política. A sua menção é, no entanto, apropriada permitindo destarte enquadrar a realidade político-jurídica de Macau e, é mister esclarecer, o amparo macaense foi directamente afectado por aquele processo de transição.

Uma nota de advertência radica na perspectiva temporal em que falamos, isto é, a análise ao recurso de amparo de Macau é feita em função do tempo da sua vigência e assim é contextualizada, por conseguinte está referenciada a uma realidade do passado que não do presente, salvo expressa menção em contrário.

2. Introdução, génese e enquadramento.

O recurso de amparo de Macau foi criado por uma lei portuguesa aprovada pela Assembleia da República expressamente para aplicar no território sob administração de Portugal. Até então nunca o amparo de direitos fundamentais havia merecido consagração no ordenamento jurídico português como nunca havia sido objecto de qualquer processo legislativo em Macau. Em verdade, previamente à sua apenas se conhece uma referência ao assunto: «*Outra hipótese seria criar um recurso autónomo para protecção dos cidadãos contra eventuais abusos dos seus direitos fundamentais por parte da administração, solução que presentemente tem tido bom acolhimento em diversos países (…)*» adiante se afirmando, «*quanto à consagração em Macau de um recurso de amparo*» não se levantarem dificuldades[42]. Foi criado com inegável surpresa, achando-se, no entanto, des-

41 GOMES CANOTILHO, que descortina na Declaração Conjunta funções garantística, dirigente, dinâmica e interpretativa, no âmbito da RAEM. *As palavras e os Homens cit.*, págs. 340 a 342.

42 SILVEIRA, JORGE NORONHA E, *A Fiscalização da Constitucionalidade na Futura Organização Judiciária de Macau*, Administração, nº 12, 1991, pág. 291.

provido de tradição e consequente esteio doutrinal e jurisprudencial e um tanto enigmaticamente porquanto veja-se na sua nota justificativa a ausência de explicação/motivação, o recurso de amparo. Singelamente aí se afirma « *Prevê-se um recurso de amparo para tutela dos direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico* ».

Dos trabalhos preparatórios pouco se pode retirar. Com efeito, no Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, recaído sobre a proposta de lei n.º 161/V - Organização Judiciária de Macau, lê-se : «*A ideia de um recurso de amparo para o Tribunal Superior de Justiça é uma solução de grande alcance e rasgo que consubstancia institucionalmente a salvaguarda dos direitos fundamentais contidos no Estatuto Orgânico, os quais são, naturalmente, e desde logo, os direitos, liberdades e garantias consagrados pela Constituição da República. Garante-se, deste modo, a efectivação do direito no que se refere à protecção jurisdicional ampla dos direitos fundamentais, não só pela criação de condições institucionais legais mas, ainda, pela valorização e reforço que a acção jurisprudencial induzirá.*»[43]. E no que respeita a outras questões, nomeadamente quanto às suas fontes inspiradoras reinou o silêncio.

A surpresa foi mantida e o desconhecimento *perpetuado*, pela circunstância de nunca o preceito institucionalizador ter sido objecto da necessária regulamentação e desenvolvimento não se tendo avançado sequer na (de tentação) fácil solução de criar uma singela norma que operasse uma remissão para determinada marcha processual, ainda que com a habitual recomendação de aplicação com "as necessárias/devidas adaptações". Ainda nos dias de hoje, anos passados, mal se compreende, ou não se compreende de todo, a inércia do poder legislativo local nesta matéria como não se entende a sistemática ausência de referências em publicações de divulgação/popularização do direito. E assim, nesta *semiclandestinidade* foi tentando sobreviver e, com dificuldades patentes, arrastou a sua sobrevivência até ao momento em que brota um súbito e intenso interesse no decurso do ano de 1999 por virtude de vários processos de amparo terem sido suscitados. Destarte, o instituto do amparo, *rectius* do amparo relativo a decisões judiciais, transformou-se em um dos actores principais da vida jurídica do último ano de administração portuguesa, período caracterizado já como «*primavera do amparo*»[44].

Concluídas estas primeiras observações, uma primeira advertência que se impõe fazer radica na consagração não de um, mas sim de dois recursos de amparo - como a seu

43 Vide, Diário da Assembleia da República, I série, nº 2, 1990.

44 OLIVEIRA, JORGE COSTA, *Nota de Abertura*, Número Especial da Revista Jurídica de Macau sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado 1999.

tempo se verá - ou, e apesar do seu baptismo, duas acções de amparo[45].

3. Normativos legais

Em, 1991, quando foi criado o recurso de amparo de Macau, não existia qualquer normativo de ordem constitucional sobre o assunto. Posteriormente, com a aludida revisão constitucional de 1997, pode descortinar-se, nos termos ante vistos, uma certa abertura não assumida à institucionalização do amparo na ordem jurídica portuguesa e, desse modo, igualmente no bloco constitucional de Macau - entendimento este, no entanto, não sufragado com unanimidade[46].

É, pois, ao nível da legislação ordinária que encontramos o acto criador do amparo - a lei de bases da organização judiciária de Macau, Lei n.º 112/91, doravante LBOJM, que no seu artigo 17.º , e por comodidade de referência se o transcreve, postulava o seguinte:

«*(Recurso de amparo)*

1. De decisão proferida por tribunal sediado no território pode sempre recorrer-se para o plenário do Tribunal Superior de Justiça, com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo o recurso directo e restrito à questão da violação.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, há recurso para os tribunais de jurisdição administrativa de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau»

Como se pode constatar, este preceito caracteriza-se por uma economia e por um estilo muito característicos dos preceitos constitucionais, o que colocava uma variedade de problemas a resolver/esclarecer[47]. Ademais, integrava-se numa *lei de bases*. Factores que inculcavam, naturalmente, a necessidade de regulamentação. Esclareça-se que pensamos em regulamentação no plano procedimental, ou seja na vertente adjectiva do recurso de amparo e não, naturalmente, quanto ao plano do amparo enquanto direito fundamental

45 Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense cit.,* páginas 368 e seguintes quanto ao amparo do nº 1 e relativamente ao do nº 2, CARDINAL, PAULO, *O amparo de direitos cit*., páginas 85 e seguintes.

46 Neste sentido, CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense cit*., página 360.

47 Cf. MIRANDA, JORGE, *A fiscalização da constitucionalidade – conceitos e problemas gerais*, Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, páginas 57-85, a páginas 82.

material em si mesmo[48].

Parecia, pois, «*inequívoca a desejabilidade de regulamentação do recurso de amparo, ancorada não apenas na certeza e na segurança jurídicas, como também como mola impulsionadora da concretização prática do amparo macaense. Por outro lado, não é difícil perceber a dificuldade em que os tribunais de Macau são colocados quando tenham de apreciar recursos de amparo, porquanto "não foi regulamentado processualmente o correspondente instrumento contencioso"*[49]*. Pelo exposto, e à guisa de conclusão parcelar, se afirma a necessidade de regulamentação dos amparos criados pela LBOJ*»[50]. afirmávamos nós[51]. Todavia, tal nunca veio a acontecer, a LBOJM entrou com normalidade em vigor mas não mais o legislador teve vontade ou capacidade para regulamentar o mencionado artigo 17.º, não descurando, no entanto, os outros aspectos que reclamavam regulamentação. Apenas o amparo não mereceu os favores do labor de quem legisla o que acarretou consequências muito negativas[52], sob diversos pontos de vista e contribuiu decisivamente, a final, para a sua não sobrevivência.

A sua regulamentação, *rectius* a sua *concretização fáctica* processual, é por força da inércia legislativa, jurisprudencial, sendo de salientar que foi extremamente variável e de sentidos quase opostos, *maxime* no que respeita ao amparo do n.º 1, ora ampliativa ora extraordinariamente restritiva a um ponto de virtual aniquilação[53]. De todo o modo, e tendo em consideração – assumida ou não – a natureza de direito fundamental do amparo é mister louvar os tribunais de Macau porquanto nunca se esquivaram a admitir recursos de amparo, não lançando, pois, a âncora da falta de regulamentação processual como elemento impeditivo do exercício do direito ao amparo. Relativamente ao amparo *ordinário*, o tribunal, *maxime* o TSJ, não se coibiu de ensaiar um rito processual: "*O recurso de amparo previsto no art.º 17º, n.º 2 da Lei 112/91, de 29 de Agosto, é interposto para o tribunal administrativo e o seu regime processual é o do recurso contencioso não obstante o vício*

48 Como bem avisa OLIVEIRA, JORGE MENEZES DE, *A letra, o espírito e o direito ao amparo,* Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, 1999, páginas 403-426*,* página 405.

49 Tribunal Administrativo de Macau, despacho do seu juiz, de 18-1-95.

50 Veja-se, Jorge Miranda, *Manual cit.* II, pág. 530. Sublinhe-se que nas Linhas de Acção Governativa para 1996, é afirmado que a "*Elaboração da regulamentação do recurso de amparo previsto no artigo 17º...*", constitui uma medida que será privilegiada não se explicando, posteriormente porque razão essa prometida regulamentação nunca veio a conhecer as páginas do Boletim Oficial.

51 CARDINAL, PAULO, *O amparo de direitos cit*., páginas 73 e 74.

52 Avisava FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, « *no ha sido todavía reglamentado en el ordenamento (...), y por ello no se ha desarrollado de manera suficiente, ya que ha sido regulado únicamente por vía jurisprudencial y con apoio en la doctrina...*», in *Evolución y Perspectivas del Derecho cit.,* página 36.

53 CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense cit., passim*.

a verificar seja apenas o da violação do direito fundamental invocado."[54], sem embargo de discordarmos do processo em concreto eleito como integrador da lacuna processual louve-se a posição do tribunal.

4. Órgãos jurisdicionais competentes

Nos termos expostos pela norma criadora do amparo o plenário do Tribunal Superior de Justiça de Macau é o órgão competente para conhecer dos amparos contra decisões judiciais sendo o Tribunal Administrativo o competente para os recursos de amparo contra actos administrativos e vias de facto dos poderes públicos. Este último é um tribunal singular de primeira instância ao passo que aqueloutro é o tribunal local supremo, encimando a hierarquia da organização judiciária própria e autónoma do território de Macau, podendo funcionar em secção e em plenário, em instância de recurso e, em certos casos, em primeira instância. É um tribunal de competência genérica.

O TSJ era constituído inicialmente por cinco juízes, posteriormente por sete, os quais eram nomeados pelo Governador de Macau mediante proposta do Conselho Superior de Justiça de Macau. Os tribunais de Macau são independentes, sendo essa independência garantida pela inamovibilidade dos juízes (no decurso da sua comissão) e pela sua não sujeição a quaisquer ordens ou intruções.

5. Natureza dúplice: direito fundamental em si mesmo e garantia adjectiva

É o recurso de amparo, desde logo, uma garantia adjectiva, no sentido de se destinar a garantir processualmente direitos outros. Mas não apenas. Com efeito, afiança GOMES CANOTILHO que a LBOJM criou um "*direito fundamental ao amparo para defesa de direitos fundamentais. Tal como o acesso à via judiciária é um direito fundamental, também o direito de amparo é um direito fundamental vocacionado para a defesa dos próprios direitos fundamentais*."[55]. Convincentemente se sublinhou já esta dupla natureza do amparo apresentando-o como um "*instituto com uma* ***dimensão substantiva e outra processual***" isto é, o amparo enquanto direito fundamental da pessoa humana e enquanto garantia processual propriamente dita[56].

54 Acórdão do TSJ, 1ª secção, de 6/4/95, relatado pelo Conselheiro Simões Redinha que decide do recurso nº 285. Todos os acórdãos de amparo proferidos até 1999 estão publicados in Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, 1999.

55 As palavras *cit.*, página 124.

56 BRITO, WLADIMIR *ob. cit.*, págs. 9 e 10, respectivamente.

Também nós, na esteira dos ensinamentos atrás expostos e estribados em outros argumentos adicionais, havíamos concluído já pela natureza de direito fundamental de natureza análoga do amparo da LBOJM[57]. Constitui corolário dilecto do referencial direito fundamental de acesso à via judiciária. Pode mesmo alvitrar-se que constituirá uma possível forma de preenchimento/densificação do que vem estatuído no n.º 5, do artigo 20.º da CRP, ou, ao menos, de uma certa ideia directriz ali presente, adicionando-se, pois, mais um argumento na linha de defesa da natureza do amparo como direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Este entendimento - direito fundamental de amparo - é, de resto e ao que saiba, pacífico na doutrina[58].

O amparo concatena, pois, natureza de garantia adjectiva e de direito fundamental, tratando-se de um direito fundamental material - acedendo a esta categoria pela porta aberta pelo artigo 16.º (n.º 1) da Constituição Portuguesa (CRP) - com a qualidade e regime de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias - *ex vi* o artigo 17.º da CRP - pelo que é vinculativo de todos os poderes públicos e dotado de aplicabilidade directa - artigo 18.º, n.º 1 da CRP aplicando-se--lhe, ainda, outros caracteres deste especial regime. Confira-se a seguinte afirmação *«diferentemente do que sucede com o procedimento de recurso de amparo, no que concerne à vertente material do direito ao amparo não há quaisquer lacunas a integrar, havendo sim um conjunto de pressupostos injuntivamente impostos pelo legislador, a respeitar necessária e precisamente pelo aplicador (...)*»[59].

Em jeito de remate da questão, pode-se afirmar que a norma exposta pelo artigo 17.º da LBOJM é, verdadeiramente, uma **norma funcional**[60] (inserida por motivos de circuns-

57 *Amparo de direitos …cit*., págs. 76-78.

58 Para além das obras citadas nas notas imediatamente precedentes, OLIVEIRA, JORGE MENEZES DE, *A letra, o espírito e o direito ao amparo cit.* páginas 404-405 e 408 e seguintes; CORREIA, FERNANDO ALVES, *A fiscalização da constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico de Macau à luz da recente jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica de Macau, Vol. IV, nº 3, 1997, páginas 7-26, a páginas 10; ISAAC, ARMANDO *Vias de Facto e Garantias dos Administrados (algumas notas para uma primeira aproximação)*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 11, 2001, páginas 207-229, pág. 224, *idem*, *Substantive constitutional cit.*, páginas 15 e 16; RIBEIRO, LINO JOSÉ *Manual Elementar de Direito Processual Administrativo*, CEFORMA, 1997, pág. 15; identicamente, LINO JOSÉ RIBEIRO/CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado*, Fundação Macau/SAFP, 1998, pág. 139. Igualmente da jurisprudência local parece legítimo retirar esta mesma ideia, não só por referências do estilo "*direito criado pelo artigo 17º*" feitas, como também pela circunstância de, mesmo na ausência de regulamentação, os tribunais locais terem vindo a aceitar, como se viu, a interposição de amparos, o que inculca o recurso à ideia de direito fundamental directamente aplicável. E, também no seio da parecerística do Ministério Público, parece ínsita esta tese - por exemplo, Parecer do Procurador Geral Adjunto (Conselheiro Simões Redinha) sobre o Recurso nº 944, a folhas 55 e seguintes.

59 OLIVEIRA, JORGE MENEZES DE, *A letra cit.,* página 406.

60 É uma norma funcional, nomeadamente na acepção de que, sem margem para dúvidas, está, por *mero acaso* inserta na LBOJM e não num qualquer outro diploma mais directamente conexionado com o tema dos direitos fundamentais em geral ou com o direito fundamental de acesso ao direito e à justiça em particular. Tal não sucedeu por razões historicamente demonstradas e a sua inclusão no diploma de estruturação de uma nova e autónoma orgânica

tância num diploma de organização judiciária, não curando, pois, da orgânica do poder judicial, mas sim do aditamento de uma concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva) e consagradora de um direito fundamental material de natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias.

6. Direitos tutelados

O objecto **do amparo é a defesa dos direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico** de Macau. Qual seja o universo desses direitos fundamentais "*garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau*" é questão que não logrou encontrar consenso. Com efeito, é assente que beneficiam de amparo os direitos fundamentais constitucionais recebidos pelo EOM, *ex vi* o seu artigo 2.º, - todos os direitos, liberdades e garantias previstos na CRP, Parte I ,Título II, mais os que se acham dispersos por esse texto constitucional - e aqueles (poucos) direitos fundamentais consagrados no Estatuto Orgânico[61], podendo permanecer dúvidas apenas quanto ao gozo de idêntico benefício por parte dos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias sem (formal) morada constitucional, ou seja é mister saber se estamos perante um sistema de cláusula aberta ou se, pelo contrário, num regime de enumeração taxativa de direitos amparáveis

Na verdade, naquilo que tange aos direitos, liberdades e garantias com sede legal ou jus-internacional, ou seja, os direitos fundamentais materialmente constitucionais, encontramos respostas diversas:

- O TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA (salvo melhor leitura) nega-lhes a extensão do remédio de amparo[62];

- GOMES CANOTILHO afirma não ser líquido que possam estes direitos constituir objecto de um recurso de amparo[63] (parecendo fornecer, embora, pistas para uma possível resposta positiva);

- Nos nossos estudos dedicados ao amparo afirmávamos que "*haverá amparo de*

judicial de Macau significou e pretendeu muito mais do que um inocente elencar de competências de um também novo tribunal. De resto, assim se compreende melhor que ao amparo tenha sido atribuída *casa própria* (artigo 17º) e não uma simples remessa para uma das várias alíneas definidoras da competência do TSJ, como se pode verificar pela leitura dos artigos 14º e 15º daquele diploma.

61 CANOTILHO, GOMES, *As Palavras … cit*., págs. 127 e 128; CARDINAL, PAULO *O Amparo de… cit*., pág. 79. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão do TSJ referente ao Recurso nº 944, pág. 12 e conclusão a) e, ainda que implicitamente, o Acórdão do TSJ recaído sobre o processo nº 285.

62 Acórdão que recaiu sobre o recurso nº 944, pág. 12.

63 *As Palavras cit*., pág. 129.

qualquer direito, liberdade e garantia vigente, ainda que sem assento constitucional, v.g. constante de lei ou de instrumento de direito internacional (…)"[64].

Pese embora a jurisprudência produzida, continuamos a não vislumbrar qualquer razão para perfilhar diferente doutrina. Isto porque a lei fala em "*direitos fundamentais* ***garantidos*** *pelo*" e não em direitos fundamentais **consagrados** no Estatuto Orgânico. EOM que se acha, consabidamente, desprovido de um catálogo de direitos fundamentais - limitando-se, aqui e ali, a estabelecer alguns direitos - o que explica, sobremaneira, a cláusula de recepção exposta no artigo 2.º. Destarte, com os direitos, liberdades e garantias constitucionais importados, *viajam* igualmente os preceitos que respeitam ao regime dos direitos fundamentais e ao regime daquele especial tipo de direitos. Este entendimento parece poder considerar-se estabilizado[65]. Por conseguinte, *à boleia* daquele regime, *rectius*, do disposto nos artigos 16.º e 17.º da CRP, arribam a Macau os direitos fundamentais materiais que constem de lei aqui vigente ou de instrumento de direito internacional aqui aplicável.

Ademais, se assim não fosse, mal se compreenderia a configuração do próprio recurso de amparo como um direito fundamental material análogo aos direitos, liberdades e garantia. Mais, poderia sugerir-se que mal teriam estado os tribunais ao admitirem e ao pronunciarem-se sobre amparos, dada a inexistência de tramitação processual; com efeito, é por aqueloutra via que os tribunais têm feito tal jurisprudência…

Podemos afirmar sem rebuço e em jeito de resumo que amparáveis são, pois, todos os direitos, liberdades e garantias constitucionais, todos os direitos fundamentais sediados no EOM e todos os direitos fundamentais materiais com as vestes de direitos, liberdades e garantais. **Estatuiu-se, destarte, um sistema de cláusula aberta de direitos *tuteláveis* pelo amparo**.

7. Actos susceptíveis de impugnação por via de amparo – dois modelos

Como se depreende pela simples leitura do citado artigo 17.º, **a lei criou não um**

64 *O Amparo de direitos …cit*., págs. 79 e 80 e *O amparo macaense*. Veja-se neste mesmo sentido OLIVEIRA, JORGE MENEZES DE, *A letra cit.,* página 410.

65 PINHEIRO TORRES, JOSÉ, afirma impressivamente "*Ora, é doutrina corrente, e tanto quanto sei pacífica, a de que a remissão estatutária para os direitos, liberdades e garantias não se limita à recepção do respectivo elenco. Vai mais longe, e recebe o próprio regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias*.", *Interesse Público e Interesses dos Administrados: Qual a sua relação na Lei Básica?*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 11, 2001, páginas 193-206, página 199. Veja-se ainda, entre outros, CANAS, VITALINO *Relações entre os ordenamento constitucional português e o ordenamento jurídico do Território de Macau*, Revista Jurídica de Macau, vol. I, 1988, a págs. 42 e 43, que identifica expressamente os artigos 17º, 18º e 19º da CRP como preceitos recebidos pelo artigo 2º do EOM.

mas sim dois recursos de amparo, ou seja, duas modalidades de amparo.

Iniciemos esta reflexão pelo **amparo ordinário do número 2**. Questão importante, para a definição do âmbito de aplicação do preceito, é a consideração da referência a actos administrativos em sentido estrito e actos materialmente administrativos, designadamente actos praticados por concessionárias e por pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e ainda, actos de algumas autoridades superiores enquanto poderes públicos[66].

Uma novidade, dentro da novidade do amparo, trazida por este preceito é a utilização da expressão "*simples via de facto de poderes públicos*". Recorde-se, no entanto, o exemplo francês e a sua jurisprudência e doutrina sobre a "*voie de fait*", e sua imbricação com as "*liberté publiques*"[67]. Deverá tal expressão reconduzir-se ao que a doutrina administrativa chama operações materiais? Ou, diferentemente, pretendeu o legislador abarcar aqui algo mais que essas operações materiais? Quer-nos parecer que sim, podendo aqui caber os comportamentos omissivos ou, ao menos, algumas omissões dos poderes públicos, desde que, naturalmente, violadoras de um direito fundamental amparável.

Extremamente complexa e sensível é a da ponderação da possibilidade de aqui englobar os *actos silentes* da administração, antes mesmo de, para efeitos contenciosos, se ter produzido um acto tácito.

Debruçando-nos agora sobre **o amparo do número 1**, este é, como se viu, um *recurso* de decisões judiciais individuais violadoras de direitos fundamentais em si mesmas. Visa a defesa de um direito fundamental mediante um (contra) ataque à decisão judicial enferma. Não é, por conseguinte, uma impugnação ou ataque a normas, seja ele um recurso de constitucionalidade, seja um recurso de legalidade (reforçada). Tal conclusão é, salvo melhor entendimento (que se não vislumbra), cristalina. Pelo que se discorda, em absoluto, da conclusão a) do acórdão do TSJ tirado sobre o recurso n.º 944 (paradigma da orientação jurisprudencial relativa à *quaestio* , já *vexata,* do amparo) - *"o amparo é um recurso de constitucionalidade-legalidade*"[68]. Mas também, por consequência, da conclu-

66 Questão que se apresenta deveras complexa é a da sujeição, ou não, a este amparo, de actos administrativos tradicionalmente subtraídos à jurisdição dos tribunais administrativos. Pensamos, por exemplo, nos actos em matéria administrativa dos tribunais judiciais ou actos em matéria de controlo de legalidade financeira. Uma outra questão de relevo, e cuja resposta se não apresenta fácil, é a da possibilidade de uma acção de amparo contra *actos políticos*, parecendo seguro que a função política se deve achar conformada (limitada) também, e ao menos em alguma medida, pelos direitos fundamentais.

67 Cfr., ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, T. I, 12ª ed., págs. 360 e segs.; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo* (tradução), Almedina, Coimbra, 1981, págs. 202 e segs... Sobre a densificação do conceito de vias de facto no âmbito do direito de Macau, ISAAC, ARMANDO, *Vias de Facto cit.*.

68 Conclusão reafirmada em vários outros acórdãos subsequentes, sendo todavia, de mencionar a declaração de voto inscrita no acórdão nº 1084, onde se afirma "*entendo serem susceptíveis de recurso de amparo as decisões em si dos*

são b) - "*No seu âmbito não cabe a discussão da inconstitucionalidade-ilegalidade da decisão judicial em si, mas da(s) norma(s) aplicada(s)*."[69].

No que respeita à questão de saber se é admitido recorrer de amparo de uma decisão judicial de uma secção do TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA, afigura-se-nos que a resposta é óbvia e imperativamente afirmativa. Afirmar, *rectius*, decidir o contrário, consiste em ir contra lei expressa, ignorar jurisprudência anterior e ignorar também doutrina e parecerística do Ministério Público. Por outro lado, corresponde, em seus efeitos, directa e imediatamente a uma violação do direito fundamental ao amparo; constitui uma verdadeira decisão surpresa[70].

É inquestionavelmente reconhecido que o ponto de partida de qualquer interpretação tem de estar no texto da lei, sendo a letra não só o ponto de partida como também um elemento inamovível de toda a interpretação e, por conseguinte, o texto funciona também como limite da busca do espírito da norma a interpretar. Recordemos o que diz a lei: «*De decisão proferida por tribunal sediado no território*» pode **sempre** recorrer-se. A delimitação é feita em função dos tribunais detentores de jurisdição no território, recortando-se, tão somente, entre os sediados e os não sediados. Mais nenhuma distinção é feita e mais nenhuma distinção é, portanto, admitida. Onde a lei não distingue, não deve o intérprete fazê-lo.

De resto, a colocação desta questão só tem sentido pela inversão jurisprudencial levada a cabo pelo TSJ ao decidir não caber recurso de amparo de decisões judiciais das suas secções. Com efeito, num primeiro estádio, no Acórdão proferido no processo n.º 944-A é afirmado expressamente - e bem afirmado - que o amparo do n.º 1 do artigo 17.º "*destina-se a impugnar, perante o plenário do Tribunal Superior de Justiça, qualquer decisão de qualquer tribunal sediado no território.* ***Tanto pode impugnar-se uma decisão do Tribunal de Contas, como do Tribunal Administrativo, do Tribunal de Competência Genérica ou até do próprio T.S.J., quando julga em secção***."

Tribunais que ofendam direitos fundamentais garantidos pelo EOM e não, conforme se depreende da fundamentação do Acórdão, apenas nos casos em que naquelas decisões se suscitem questões relacionadas com a aplicação ou interpretação de normas jurídicas que contendam com os direitos fundamentais estabelecidos naquele Estatuto, essas sim, próprias do recurso de constitucionalidade.".

69 Procurando não repetir argumentos já anteriormente aduzidos, agora cabe apenas, quando se justifique, relembrá-los e, bem assim, carrear outros mais. A admitir-se como boa a conclusão a) do referido acórdão, então, haveríamos de, **necessariamente**, concluir pela existência de recurso de amparo na ordem jurídica portuguesa, por virtude, precisamente, da consagração do chamado recurso de constitucionalidade previsto no artigo 280º da CRP (fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade). E também em Macau, dado constituir, que se saiba, entendimento pacífico a vigência daquele instituto - veja-se o nº 1 do artigo 41º do EOM. Mas assim não tem entendido, bem quanto a nós, nem a jurisprudência portuguesa, nem a doutrina.

70 Por todos, GUILHERME DA FONSECA/INÊS DOMINGOS, *Direito Processual Constitucional - Recurso de Constitucionalidade*, Coimbra Editora, 1997, págs. 46 e seguintes e jurisprudência aí referida.

(destacados nossos).

Neste mesmo sentido se pode colher o pensamento do Senhor Procurador Geral Adjunto, em parecer já aqui citado, quando afirma que o recurso de amparo *"pode ter como objecto precisamente uma decisão judicial de **qualquer** tribunal sediado em Macau, designadamente, pois, uma decisão do Tribunal Superior de Justiça*." (destacado no original).

E isto é verdadeiro qualquer que seja o momento de actuação da secção do TSJ, em 1ª, em 2ª, em única, em qualquer instância. O único critério válido e conformado ao direito fundamental de amparo - sua letra, mas também sua *ratio* - é a determinação da *sede* do tribunal. Se for de Portugal, de um outro Estado, ou Internacional, não cabe amparo, se, diferentemente, for sediado em Macau, caberá sempre amparo[71]. Já se escreveu que cabe recurso de amparo contra «*qualquer decisão judicial de qualquer tribunal do território*»[72], como igualmente já se afirmou «*sempre, significa sem excepção*»[73]. Reafirme-se, pois, que não há tribunais locais isentos de um juízo de amparo aqui se incluindo também as secções do TSJ[74]. Apenas o plenário do TSJ enquanto tribunal de amparo, ou seja, em decisão uni-instancial de amparo se acha, por sua vez, fora do sistema do recurso de amparo.

Adrede, sempre se pode dar como admissível o entendimento que, *de jure*, secção e pleno não são um mesmo órgão jurisdicional. E, no caso, para além de outras considerações, é bem essa a situação, dado o plenário do TSJ ser entronizado em TRIBUNAL DE AM-

71 De forma convincente pugna SALGADO, NUNO, em diversos votos de vencido, pelo cabimento de recurso de amparo de decisão do TSJ, quando afirma, nomeadamente, que tendo em conta a repartição de competências efectuada na LBOJM entre as secções e o plenário do TSJ e « *ainda o disposto no nº 1 do artigo 17º do mesmo diploma legal, não aceito que não possa haver recurso de amparo de uma decisão das secções do TSJ para o seu plenário …*», no acórdão nº 1084 do TSJ. Ainda com mais vigor se há-de apresentar a *necessidade* de dar amparo face a decisões judiciais irrecorríveis ordinariamente como é, precisamente, o caso da grande maioria das decisões judiciais da secção do TSJ.

72 PEREIRA VIDAL, PAULO, *A organização judiciária de Macau,* Revista Jurídica de Macau, páginas 49-62, a páginas 58. Também CORREIA, FERNANDO ALVES, não procede a distinções de entre os tribunais sediados no território, *A Fiscalização cit.*, pág. 10.

73 OLIVEIRA, JORGE MENEZES DE, *A letra, cit.,* página 413. Estranha-se, pois, decisão e interpretação tão redutora - e violentadora do âmago do direito fundamental ao amparo, por conseguinte inconstitucional, por violação de comandos estatuídos no artigo 18º da CRP - extraída por Acórdão do mesmo plenário do mesmo TSJ - relativo ao recurso nº 944 e sufragada em vários arestos que se lhe seguiram. Este tipo de decisão é ainda, por conseguinte, violadora do direito fundamental que, em concreto, se pretende amparar, como bem acentua ISAAC, ARMANDO, *Substantive …cit*., pág. 16, afirmando a existência de uma dupla inconstitucionalidade, precisamente por violação do direito ao amparo e por violação, indirecta, do direito fundamental que se pretende seja amparado.

74 Como havíamos recordado, a admissão de recursos das secções para o pleno do TSJ nem era sequer uma novidade «*Abundam exemplos de casos expressamente previstos na lei prevendo recursos de decisões proferidas por uma secção para o respectivo Plenário. De imediato nos ocorre a LBOJM, que na alínea g) do nº 1 do artigo 14º estipula como competência do plenário do TSJ de Macau: "Julgar os recursos interpostos dos acórdãos das secções quando julgam em 1ª instância;". Mas mais exemplos se encontram naquela lei, alínea d) - independentemente do nível de instância em que se verificou a intervenção das secções - do mesmo número do mesmo artigo e alíneas a) e b) do nº 1 do artigo seguinte.», O amparo macaense cit*., página 395.

PARO, ou seja é o Tribunal a quem passa a caber administrar a JURISDIÇÃO DA LIBERDADE. Ou, se preferirmos palavras do próprio TSJ, o seu plenário transfigura-se em SUPREMO TRIBUNAL DA FIDELIDADE ESTATUTÁRIA.

Em jeito de súmula, **há recurso de amparo para o plenário do TSJ de decisões da sua secção**, independentemente do momento processual em que intervém, não havendo, nem na letra nem, no espírito, da lei, fundamento para interpretação diversa, nem qualquer apoio doutrinário para tanto, sendo que, interpretação diversa é ainda inadmissível porquanto se traduz numa restrição desproporcional a um direito fundamental, a qual é impedida pelo artigo 18.º da CRP.

Avançando agora para a questão da **eventual necessidade de exaustão dos meios prévios** há a dizer que, em primeiro lugar, a lei, aparentemente, nada diz sobre o assunto, Afirma tão somente que "*De decisão proferida por tribunal sediado no Território pode sempre recorrer-se* (…)". Deste enunciado linguístico retira GOMES CANOTILHO a seguinte conclusão: "*Não se exige, porém, como acontece noutros ordenamentos, a exaustão prévia dos recursos que no caso caibam*"[75]. Por seu turno, o TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA entendeu haver necessidade de exaustão dos recursos ordinários[76].

Pelo vocábulo «directamente» pode entender-se que o amparo é interposto no TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA (enquanto tribunal de amparo) e não no tribunal autor da decisão a atacar. Mas, pode também retirar-se daí o sentido de, perante qualquer decisão judicial violadora de direito fundamental, o recurso ser interposto logo no TSJ, isto é, «**directamente**». Significando-se com tal que, independentemente da localização na orgânica judiciária do tribunal que proferiu a decisão judicial em crise e, independentemente dos recursos que, na normalidade da dinâmica processual pudessem ter cabimento, o amparo segue de imediato para o pleno do TSJ[77]. A não ser assim, pergunta-se que motivação outra teria o legislador para introduzir esta expressão - directamente? Não a conseguimos descortinar.

Rememore-se que a *figura* de interposição directa de recursos para um Alto Tribunal não é, nem desconhecida, nem disfuncional no nosso sistema[78].

75 *As Palavras … cit*., pág. 127.

76 Acórdão sobre o recurso nº 944 *cit.*, parte final da conclusão c); conclusão confirmada em posteriores acórdãos.

77 Também neste sentido, ISAAC, ARMANDO, *O princípio da adequação formal: ensaio de algumas nótulas e dúvidas*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 10, páginas 59-85, ,quando afirma *"Este "recurso" para o plenário do TSJ, na modalidade prevista no nº 1 do artigo 17º da LBOJM, é directo, no sentido de dispensar por completo o esgotamento prévio de quaisquer outras vias impugnatórias ou de recurso, ordinário ou extraordinário …"*, página 61.

78 O artigo 800º do Código de Processo Civil, em redacção até há pouco vigente em Macau - e em Portugal - fala-nos de recurso "*a interpor directamente para o Supremo*". O Código de Processo Penal português prevê, no seu artigo 427º,

À guisa de conclusão, parece agora líquido afirmar que, no espírito, mas também na letra, do artigo 17.º, n.º 1 da LBOJM, **o legislador pretendeu fornecer como princípio geral orientador a desnecessidade de exaustão dos meios prévios ordinários**[79]. Não esquecendo, no entanto, o que preconizamos em sede de determinação de decisão judicial violadora - isto é, aquela que produz lesão directa e imediata do direito fundamental - resta, eventualmente, ainda algum espaço para se entender, não como regra, mas sim como excepção, que situações há em que pode ser exigível o trilhar prévio do percurso ordinário.

Revelamos, pelo exposto, as maiores dúvidas quanto à possibilidade de, em termos de excludente *absolutidade* e sem ponderação de casos de inaplicabilidade da exaustão dos meios prévios, poder o *regulamentador* (por via de lei, ou por via de decisão judicial - sem indagar aqui da possibilidade da via judicial ser a competente) fazer acrescer tal requisito, dado que estamos a lidar, indubitavelmente, com uma restrição a um direito, liberdade e garantia e, perante tal caso, necessariamente obediente ao apertado regime do artigo 18.º da Constituição portuguesa.

Não podemos deixar em claro que, a adoptar-se a interpretação do TSJ quanto à não possibilidade de admitir recurso de amparo das suas secções e a conjugarmos com a sua interpretação relativamente à necessidade de exaustão dos meios ordinários prévios daí resulta uma intolerável agressão ao direito de amparo porquanto, na normalidade das coisas, caberá recurso da 1.ª instância para a secção do TSJ – logo imposição da exaustão deste meio – e, posteriormente, da decisão da secção afinal já não há amparo! É simplesmente inaceitável este entendimento o qual é claramente lesivo do conteúdo essencial do direito fundamental ao amparo, agredindo destarte o regime-garantia instituído pelo artigo 18.º da CRP[80].

---

embora por excepção, "*os casos em que há recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça*". E, adiante, no artigo 432º, são previstos casos de recurso directo da primeira instância para o STJ. A Lei nº 2/93/M, de 17 de Maio consagra, no seu artigo 12º um especial "recurso" proclamando que das decisões das autoridades que não permitam a realização de reunião ou manifestação cabe recurso para o TSJ afirmando depois que "*o recurso é interposto directamente*". Ora, recorde-se que, no silêncio desta lei, o ataque pela via judiciária à decisão da autoridade não teria como primeira porta de entrada o TSJ.

79 Ver MENEZES DE OLIVEIRA, JORGE, *ob. cit.*, páginas 422 e seguintes.

80 Para mais desenvolvimentos CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense, cit*., em especial páginas 398 e 399, « *As conclusões do Acórdão do TSJ sobre o recurso nº 944 (e outros posteriores), quando conjugadas entre si, levam à* ***negação do direito fundamental ao amparo****. Exigindo a exaustão dos meios prévios e, do mesmo passo, considerando que não há amparo de decisões da secção do TSJ, é forçoso retirar que se desertifica o universo de decisões amparáveis, como é bom de ver. Sobrariam apenas decisões relativas a questões menores (as que não admitam recurso ordinário a interpor para o TSJ) e decisões do Tribunal de Contas - prima facie menos susceptíveis de violação directa de direitos fundamentais. Mas, se a esses requisitos se fizer acrescer a previsão de semelhança entre o amparo e o recurso de constitucionalidade e daí retirar que prevalece este sobre aquele, então em que casos haverá amparo? Virtualmente nenhum. Ademais, só poderia restar o caso de amparo de direito fundamental não constitucionalmente previsto (para quem entenda que aqueles direitos não integram a constituição material, ou o "bloco da constitucionalidade" e, por*

8. Legitimidade processual

No silêncio da lei - sublinhe-se, uma vez mais, os inconvenientes da não edição de normas regulamentadoras -, afigura-se que terão legitimidade processual activa, isto é, para interpor o amparo, os titulares dos direitos fundamentais violados - seja pessoa individual, seja, na medida em que goze dessa capacidade, pessoa colectiva.

Problemática será a situação de outros *titulares* de direitos fundamentais. pessoas colectivas públicas (se, e na medida em que, forem detentores de dado direito fundamental) e de entidades colectivas sem personalidade jurídica (por exemplo, comissões de trabalhadores)[81].

Pelos termos amplos em que o preceito se acha enunciado, a resposta deverá ser positiva. Com efeito, a lei preocupa-se com a violação de direitos fundamentais, logo o que é importante é determinar quem é o titular (e se o é efectivamente) desse direito, independentemente de se saber se dispõe, ou não, da clássica personalidade jurídica. De resto, são conhecidos exemplos de personalidade judiciária não coincidente com a personalidade jurídica.

Difícil de compaginar é a impugnação de amparo por quem não seja o titular do direito alegadamente violado. Ou que seja *apenas vítima indirecta* dessa violação, por exemplo, por não haver sido parte no processo-pretexto. Um critério seguro, mas de todo não excludente[82], será o de admitir legitimidade aos que foram parte (vencida) no processo em que a decisão judicial violadora surge.

Já no que respeita à *legitimidade* processual passiva, no caso do amparo ordinário o autor do acto administrativo ou a autoridade dotada de poder público que praticou a via de

isso, não estariam albergados pelo TC), mas, também aqui o TSJ tem doutrina excludente dos direitos fundamentais materiais. ***Logo, há amparo de direito nenhum!*** *(...).A doutrina do TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA iniciada no Acórdão proferido no recurso nº 944, traduzida na revelação de normas-requesito, é intolerável do ponto de vista do regime vigente dos direitos fundamentais. Não só agride o conteúdo essencial do direito ao amparo - desferindo-lhe golpe no âmago - como, de seguida, o fulmina de morte. É uma decisão inconstitucional em si mesma, com uma relação causal de violação directa de um direito fundamental, violando ainda o regime revelado pelo artigo 18º da CRP, nomeadamente pela ilegitimidade material das restrições impostas (aniquilamento, em rigor) e ilegitimidade por essas restrições não revestirem, naturalmente, a forma de lei - reservada (em regime de exclusividade) para as restrições a impor aos direitos fundamentais. Nem se aponta na decisão judicial em apreço, nem nela se vislumbra, que outros direitos e interesses constitucionalmente relevantes fundamentaram (e que, porventura, possibilitariam eventualmente legitimar, no entanto sempre no respeito pelo conteúdo essencial do direito) as restrições impostas ao direito fundamental de amparo, não se observando o tríplice princípio da proporcionalidade - adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido restrito*»; ver ainda, OLIVEIRA, JORGE MENEZES DE, *A Letra cit.*, página 425.

81 Por todos, sobre a problemática desta titularidade, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição. cit*., págs. 122 e 123.

82 Ao que parece, neste sentido excludente temos o Acórdão nº 1084 do TSJ.

facto violadores do direito fundamental, no amparo *vis-à-vis* decisões judiciais, parece-nos que terá mesmo de ser atribuída à entidade de onde dimana a decisão judicial violadora do direito fundamental[83]. Na verdade, o autor da violação não é o particular que se acha do outro lado da relação jurídica material; não é responsável pela violação, ao menos de forma directa, de contrário, a lesão do direito fundamental não seria assacada à decisão judicial e, portanto, não haveria lugar a recurso de amparo.

Por outro lado, o direito de Macau parece excluir - diferentemente de outros sistemas - o amparo contra violações perpetradas por particulares. Só há, pois, amparo contra decisões judiciais de tribunais (n.º 1) e de actos (ou factos) (n.º 2) de entidades que pratiquem actos administrativos e de entidades dotadas de poderes públicos (aqui se incluindo qualquer entidade dotada de poderes públicos, nomeadamente judicial - desde que se não trate de uma decisão judicial em sentido estrito, caso em que entra no âmbito do n.º 1). Nesta *lide processual* teremos, pois, de um lado o titular do direito fundamental e, do outro, o tribunal/juiz *desrespeitador* daquele direito ou entidade autora do acto administrativo/actuante em via de facto.

Finalmente, parece curial não *esquecer* neste processo de amparo eventuais "contra interessados", *maxime* a contra parte do processo que originou a decisão judicial atacada[84].

9. Decisões jurisdicionais de amparo

É possível, naturalmente, tirar dois tipos de decisão: denegatória de amparo e concedente de amparo (ou, outorgadora ou estimatória, em terminologia castelhana). Neste estudo apenas se tratará das decisões que concedam amparo, por serem essas, as que efectivamente relevam para estudo.

No silêncio da lei, há que procurar na intencionalidade que o legislador configura no instituto do amparo pistas para a concretização do conteúdo e efeitos da decisão concedente, ou seja, tentar descortinar quais são os remédios de que o tribunal de amparo pode lançar mão para assegurar o gozo e exercício dos direitos fundamentais violados. Uma vez mais, é útil recorrer aos ensinamentos que o direito comparado comporta.

Lapidarmente afirma FERNANDO ALVES CORREIA, referindo-se ao recurso ou acção de amparo, "*Uma preocupação comum a todos os ordenamentos jurídicos que conhecem*

83 Sobre este ponto, CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA, *El Recurso de Amparo*, Tecnos, 1988, pág. 125. A lei venezuelana fala, a este propósito, em "*acção de amparo contra um tribunal*".

84 Pegando no exemplo espanhol do amparo constitucional deduzido contra decisão judicial, rege a norma de convidar a outra parte no processo que originou a sentença atacada para que, querendo, *compareça* no processo do amparo.

aquele mecanismo processual de protecção dos direitos fundamentais é atribuir à decisão que concede o amparo a maior eficácia possível, em termos de ela pôr termo à lesão ou ameaça de lesão do direito fundamental e, sendo caso disso, reintegrar o cidadão no pleno gozo do seu direito."[85].

Os pronunciamentos que podem incorporar a sentença estimatória podem ser alternativos ou cumulativos, sendo que, no mínimo admissível, deverá proceder ao reconhecimento do direito fundamental[86].

No direito de Macau, poderá, eventualmente, constituir-se como uma forma adequada a figura da revogação da decisão judicial enferma. Recorrendo ao direito comparado, face à imensidão do deserto legislativo com que nos deparamos podemos ver que, na Venezuela, em sede de "amparo autónomo" a decisão é sempre restabelecedora da situação jurídica violada, pelo que ao juiz são reconhecidos amplos poderes para ordenar e garantir ao lesado o gozo dos direitos[87]. A estas medidas se pode acrescentar a possibilidade de adopção de outras de carácter preventivo, como procedimentos cautelares[88].

GOMES CANOTILHO, pronunciando-se sobre o amparo *macaense* exprime o seguinte quadro: restabelecimento do recorrente na integralidade dos direitos violados e, se necessário, medidas adequadas para a sua conservação e, ainda, reconhecimento em termos declarativos ou injuntivos do direito com o conteúdo que lhe é normativamente reconhecido; remata dizendo que aqueles conteúdos apontam para sentenças de vários tipos - constitutivas, declarativas e condenatórias[89].

10. Institutos *homólogos* de defesa de direitos fundamentais

O instituto do ***habeas corpus*** recebeu dignificação constitucional em ambos os blocos de constitucionalidade de Macau, ou seja, enquanto território sob administração

85 *Relatório cit*., pág. 109.

86 FARRERES, GERMAN FERNANDEZ, *El Recurso de Amparo Según la Jurisprudencia Constitucional*, Marcial Pons, 1994, pág. 315.

87 CORREIA, FERNANDO ALVES, *Relatório … cit*., pág. 109; CORAO, CARLOS AYALA *ob. cit*., pág. 42. Para maiores desenvolvimentos e para consulta a outras experiências jurídicas, aquele *Relatório … cit*., bem como, os diversos relatórios nacionais insertos na mesma publicação. A título de mera ilustração, a Sentença 6/1995, de 10 de Janeiro, da sala primeira do Tribunal Constitucional (espanhol) que conclui estimando o recurso de amparo e, por isso, declarando o direito do autor à liberdade de expressão, declarando a nulidade de uma parte da sentença visada (e a correspondente confirmação efectuada por tribunal superior) e, declarando a nulidade de uma sanção antes imposta ao autor pela entidade privada para a qual este trabalhava (http://.iusport.es/jurispru/sen-tfe.htm).

88 Neste sentido, CANOTILHO, GOMES, *As Palavras .. cit*., pág. 129. Veja-se, ainda BRITO, WLADIMIR, *ob. cit*., pág. 30.

89 *Idem*, pág. 130. Recorde-se que LINO RIBEIRO/CÂNDIDO DE PINHO, ob. e loc. *cit.* falam em "*acção constitutiva*".

portuguesa e como RAEM. A Lei Básica, em correspondência com a Declaração Conjunta, no seu artigo 28.º estabelece: «*A liberdade pessoal dos residentes de Macau é inviolável. Nenhum residente de Macau pode ser sujeito a captura, detenção e prisão arbitrárias ou ilegais. Os residentes têm direito ao pedido de «habeas corpus», em virtude de detenção ou prisão arbitrárias ou ilegais, a interpor perante o tribunal.*». No patamar legal identifiquem-se os artigos 204.º e seguintes do Código de Processo Penal

Tem a natureza de uma acção autónoma e trata-se de "*um expediente que se traduz na intervenção do poder judicial para fazer cessar as ofensas do direito da liberdade pelos abusos da autoridade*"[90], consistindo, essencialmente, numa providência expedita contra a prisão ou detenção ilegal, sendo, por isso, uma garantia privilegiada, e historicamente sedimentada, daquele direito fundamental.

No que tange ao **recurso previsto na lei sobre o direito de reunião e manifestação**, Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio, vale a pena reproduzir aqui o seu conteúdo:

«artigo 12º

(Recurso)

1. Das decisões das autoridades que não permitam ou restrinjam a realização de reunião ou manifestação, cabe recurso para o Tribunal Superior de Justiça, a interpor por qualquer dos promotores no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento da decisão impugnada.

2. O recurso é interposto directamente, minutado sem dependência de artigos, processado com dispensa de pagamento prévio de preparos e com indicação de todas as diligências de prova.

3. A autoridade recorrida é citada para responder, querendo, no prazo de 48 horas, sendo a decisão proferida nos cinco dias imediatos.».

A sua íntima relação com o recurso de amparo da Lei de Bases da Organização Judiciária resulta, além do postulado no artigo, expressamente do procedimento legislativo ocorrido. Com efeito, « *No que respeita ao presente artigo, levantou-se a questão da sua harmonização com o preceituado na Lei de Bases da Organização Judiciária sobre o recurso de amparo. Foi sugerido que se desenvolva a redacção do artigo (...) no sentido de se estabelecer desde já um mínimo de tramitação processual, de modo a garantir a efectividade imediata do preceito ou, em alternativa, se remeter para a regulamentação*

90 LEAL-HENRIQUES/SIMAS-SANTOS, *Código de Processo Penal de Macau*, Macau, 1997, pág. 474.

do recurso de amparo»[91].

11. Outros instrumentos de controle no âmbito da justiça constitucional

Até 19 de Dezembro de 1999 existia um conjunto complexo de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade e da chamada legalidade reforçada – isto é tendo o EOM como norma padrão – compreendendo fiscalização abstracta e concreta, preventiva e sucessiva, com diversos entes legitimados para a interposição dos distintos recursos, modelo que variava ainda consoante se tratasse de norma editada em Macau ou em Portugal. Anote-se, que este prolixo sistema - e, em determinados pontos pouco claro – gerou algum debate doutrinário e jurisprudencial nem sempre conduzidos a respostas consensuais nomeadamente quanto à articulação de normas de competência e de legitimidade inscritas no EOM e na CRP[92]. A instância competente era sempre o Tribunal Constitucional de Portugal até Maio de 1999, dado que, posteriormente e em virtude do Decreto do Presidente da República n.º 118-A/99 (regulamentado pelo decreto-lei n.º 20/99/M) uma parcela da jurisdição da constitucionalidade foi remetida para o TSJ – fiscalização concreta -, mantendo-se, no entanto, no tribunal constitucional de Portugal competências em sede de fiscalização abstracta.

De todo o modo, seguro é que vigorava um sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade designadamente o recurso de constitucionalidade em sede de fiscalização concreta das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo aproveitava aos habitantes de Macau.

Na RAEM não existe um meio específico de controlo jurisdicional da constitucionalidade mas, outrossim, divisa-se um sistema de fiscalização (abstracta) política – tal qualmente o regime da RPC -, o qual acarreta, consabidamente, inconvenientes vários.

Aos tribunais de Macau é atribuída capacidade para interpretar, nos termos do artigo 143.º da Lei Básica, as disposições desta lei no julgamento dos casos dispondo, *prima facie*, de competência para recusar a aplicação de qualquer norma do ordenamento jurídico da RAEM com fundamento na violação de normas e princípios da Lei Básica. A competência atribuída pelo artigo 143.º aos tribunais de Macau «*é de importância primordial para a*

91. Parecer nº 1/93, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia Legislativa, Diário da Assembleia Legislativa, nº 8, II Série, pág. 344.

92 Para uma dilucidação deste *emaranhado*, por todos, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *A fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, nº 1, Macau, 1997.

protecção dos direitos fundamentais dos residentes de Macau (...)»[93].

12. A erradicação do direito de amparo

A Lei Básica contem um catálogo substantivo de direitos fundamentais bastante satisfatório[94], ao nível da enunciação, sendo de esclarecer que a Constituição chinesa, no que toca aos direitos fundamentais não se aplica seja no sentido do alargamento, seja no do constrangimento. Este entendimento está devidamente ancorado na Lei Básica – como já se apontava na Declaração Conjunta – mais precisamente no seu artigo 11.º: «*De acordo com o artigo 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico,* ***o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes****, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas,* ***baseiam-se nas disposições desta Lei.***» (destacados nossos).

Nestes termos nada inculcava a necessidade de erradicação do recurso de amparo da panóplia do sistema de direitos fundamentais de Macau. O instituto já estava enraizado no ordenamento local mediante a sua aplicação prática em diversos casos[95] constituindo-se, ou assim sendo legítimo clamar, em "*instituto imprescindível para a defesa dos direitos*"[96] dos habitantes de Macau.

Pelos motivos agora expostos, pela caracterização da norma como "funcional" e, ainda, por outro lado, com a consideração de estatuição de um direito fundamental com a natureza de direito, liberdade e garantia, mesmo com a revogação da lei outorgante deveria considerar-se que o recurso de amparo se mantém aplicável, gozando do *"privilégio da proibição do retrocesso"* e, tal como os outros direitos de idêntica natureza, *"não podendo ser restringidos, e muito menos revogados, de forma arbitrária, mas apenas quando tal*

93 CORREIA, FERNANDO ALVES, *A fiscalização cit*., página 26.

94 Neste sentido também GOUVEIA, JORGE BACELAR, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de direito constitucional,* Boletim da Faculdade de Direito, nº 13, 2002, páginas 173-198, afirma, a páginas 187, «*Numa lógica substancial não se pode olvidar que a consagração de direitos fundamentais é feita com elevada abrangência, no respectivo leque se incluindo tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos*, *sociais e culturais*.» logo advertindo no entanto «*Isto não quer dizer, porém, que esse catálogo não contenha algumas deficiências».*

95 Com efeito, recenseamos acórdãos do TSJ relativos ao amparo e neles se pretendia o amparo de direitos fundamentais como, entre outros, liberdade de expressão, direito de propriedade liberdade de imprensa, direitos pessoais, garantias de processo criminal, direito à revisão de sentença, acesso ao direito, dos consumidores, direito de acesso à função pública, direito ao casamento, princípio da igualdade.

96 BRITO, WLADIMIR, *ob. cit.,* pág. 16.

se justifique e de forma proporcionada."[97].

Afigura-se evidente que esta construção assenta(va) num pressuposto, qual seja o da revogação da LBOJM por um diploma local do **território** de Macau. Todavia, por razões ainda não totalmente esclarecidas[98], a LBJOM foi substituída por um diploma da Região Administrativa Especial de Macau – Lei n.º 9/1999, na qual, não figura o instituto do amparo de direitos. Nesta conformidade, os motivos expostos para a defesa da não revogabilidade antes de 20 de Dezembro de 1999 (norma funcional; proibição do retrocesso) constituíam condições necessárias e suficientes. Virada a página do Território para a nova página da RAEM - inaugurando-se assim um novo capítulo da história jurídica de Macau - aqueles elementos constituem, a nosso ver, condições necessárias, melhor, pressuponentes, mas desta feita, não bastantes. Ou seja, dada por adquirida a verificação daquelas condições é obrigatório chamar à colação outros elementos de reforço, para então se poder concluir pela continuidade, inalterabilidade do direito fundamental de recurso de amparo de direitos fundamentais enquanto elemento titular do *"sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes*".

Estamos convictos da possibilidade de defender, com argumentos substanciais e convincentes, a manutenção/continuidade do recurso de amparo, ainda que o «recurso de amparo» **aparentemente** desapareça dos textos legais. Para tanto, há que fazer apelo a princípios como os da continuidade do ordenamento jurídico, da sua manutenção basicamente inalterado[99], do indivíduo mais favorecido (exposto no PIDCP e no PIDESC)[100], do amparo internacional[101], entre outros. E com firmeza se afiança que com a integralidade do

97 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição … cit*., pág. 143.

98 GANHÃO, ANTÓNIO, *Nota de apresentação dos documentos relativos à organização judiciária,* Governo de Macau, 1999, página VIII, a propósito das negociações mantidas com a parte chinesa, em 1999, com vista à conquista de um acordo para a edição de uma nova lei de bases de organização judiciária de Macau por lei do território de Macau afirma « *Afinal de contas, com que legitimidade pretendia a Parte Portuguesa ver consagrada no ordenamento jurídico de Macau uma via de recurso que, na ordem jurídica portuguesa, nem sequer está aí prevista?»* para com isso justificar o abandono do amparo. Por outro lado, refere, pretendia-se a instituição de um recurso para fiscalização de normas, o que diminuiria a necessidade de amparo. Ora bem, nem o amparo nem aqueloutro recurso sobreviveram...Nem sequer se aprovou qualquer lei de organização judiciária no decurso da administração portuguesa.

99 Sobre estes princípios, OLIVEIRA, JORGE COSTA, *A continuidade cit.,* págs. 21 e seguintes; CARDINAL, PAULO, *O regime jurídico cit.*, págs. 72-77; ISAAC, ARMANDO, *Substantive, cit*., em especial págs. 46 e seguintes; PEREIRA, FRANCISCO GONÇALVES *Declaração Conjunta cit*..

100 Princípio profusamente invocado - e utilizado - especialmente em Pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia Legislativa, por exemplo a propósito do Direito de Reunião e Manifestação e da Liberdade de Religião e de Culto. Veja-se, ainda, VALENTE, JORGE NETO, *Direitos Fundamentais: Qual o Futuro?,* Boletim da Faculdade de Direito, nº 11, 2001, Macau, páginas 185-192, a páginas 191; CARDINAL, PAULO, *Permanent Fundamental Rights in a Legal System in Transition - The Case of Macau*, The 16th Biennial LAWASIA Conference, Seoul , September, 1999, session 15, pág. 9.

101 Sobre este princípio, para alguns preconizado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 8º, e no

direito ao amparo de direitos fundamentais, se avançaria um passo mais na consolidação de um *Território de Direito* e, bem assim, de uma *Região Administrativa Especial de Direito.*

Importará também referir que nada na Lei Básica da RAEM impede a existência do instituto do amparo de direitos fundamentais, bem pelo contrário. Com efeito, podemos recordar aqui dois preceitos daquele texto constitucional: o artigo 36.º que garante o acesso ao Direito e aos tribunais na defesa dos seus legítimos direitos e interesses bem como à obtenção de reparações por via judicial e, ainda, o artigo 41.º que parece especificamente abrir a porta para a continuação da admissibilidade de direitos de natureza análoga, ao estatuir o gozo de outros (para além dos que constam expressamente da Lei Básica) direitos e liberdades.

Todavia, há que não olvidar dificuldades para e na imposição desta tese. Em larga medida o seu sucesso dependerá, no plano da dinâmica dos factos, de uma maior ou menor boa vontade dos políticos, dos agentes judiciários e, mesmo, dos titulares dos direitos fundamentais ameaçados, mas também de outros factores como uma visão excessivamente positivista da Lei Básica e, ainda, da dimensão a atribuir concretamente ao magno princípio da continuidade: para alguns a *carga* que abarca apenas cabe num grande petroleiro, para outros, basta um pequeno junco para transportar o que vem envolto no princípio da continuidade…

Dificuldades essas que, com efeito, e pese embora os argumentos carreados em desfavor da tese da erradicação do instituto do amparo no dia 20 de Dezembro de 1999, fizeram vencimento, porquanto o Tribunal de Última Instância já se pronunciou, por duas vezes, - e expressamente - quanto à não sobrevivência do amparo na ordem jurídica da RAEM afirmando-se não mais haver o direito de impugnar decisões judiciais *inconstitucionais*, acórdãos exarados nos processos n.ºs 1/2000 e 2/2000 que sufragam, aliás, a posição do Ministério Público ali expendida «*o ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau não prevê (...) qualquer meio extraordinário de impugnação, nomeadamente o que se encontrava contemplado no artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto*.». Subjacente a esta tese está, nomeadamente, a visão restrita que se impôs quanto ao âmbito do princípio da continuidade a qual levou à desconsideração *in toto* da lei portuguesa onde estava estabelecido o recurso de amparo.

PIDCP, artigo 2º, nº 3, alínea a), entre outros instrumentos de direito internacional, veja-se BRITO, WLADIMIR, *ob. cit*., pág. 16. Se opinarmos pela afirmação da ideia de amparo naqueles documentos internacionais, o enlace com a mencionada cláusula do indivíduo mais favorecido, permitirá carrear de forma mais afirmativa um argumento adicional para a defesa da continuidade do amparo.

IV

Na ordem jurídica de Cabo Verde. *Vivat, crescat, floreat*

1. Consagração constitucional

É com a *nova* Constituição de 1992[102] que se institucionaliza o recurso de amparo na ordem jurídica de Cabo-Verde. Com efeito, no seu artigo 19.º - com epígrafe de Tutela dos direitos, liberdades e garantias – consagrou-se expressamente o recurso de amparo, e nos seguintes termos:

"1. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de requerer ao Supremo Tribunal de Justiça, através de recurso da amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos, nos termos da lei e com observância do disposto nas alíneas seguintes:

a) O recurso de amparo só pode ser interposto contra actos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;

b) O recurso de amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deverá ser baseado no princípio da sumariedade.».

Pelo transcrito, se constata a considerável minúcia com que este meio de amparo se encontra estabelecido na Constituição Cabo-Verdiana, traçando-se de imediato, no texto constitucional, o perfil desejado para o recurso em questão.

Entretanto, por virtude da revisão constitucional de 1999, este artigo foi renumerado, passando a ser o 20.º e o tribunal competente passou a ser o Tribunal Constitucional, o qual só muito recentemente foi criado, substituindo-se ainda «cidadãos» por «indivíduos».

Esta consagração, inaudita no espaço juslusófono e sem qualquer antecedente local, fez-se, para além de envolta por um claro recorte garantístico e democrático caracterizante[103],

102 A este propósito se disse que «*o recurso de amparo entrou na ordem jurídica cabo-verdiana pela porta grande*», VEIGA, CARLOS, *Recurso de Amparo*, Direito e Cidadania, nº 16/17, 2003, Cabo Verde, páginas 163-175, a páginas 167. Atente-se também nas palavras que se seguem, «*A consagração do instituto do recurso de amparo, prima facie na Lei Maior de Cabo Verde, inscreve-se como preocupação valorativa superior situada acima do mero âmbito da legislação ordinária*.», GRAÇA, JOSÉ LOPES DA, *O «recurso de amparo no sistema constitucional cabo-verdeano»*, Direito e Cidadania, nº 2, 1998, Cabo Verde, páginas 199-209, a páginas 200.

103 Esta Constituição «*estabeleceu um elenco, o mais exaustivo possível, dos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Pode dizer-se até, sem margem para erros que esse é o ponto forte que diferencia a Constituição de 1992 da que a precedeu...*», RODRIGUES, EDUARDO, *O recurso de amparo caboverdiano*, Revista Jurídica, Cabo Verde, nº 23, 1995, páginas 143-160, a páginas 143.

sob influência «*da legislação ibero-americana, em especial da Constituição Espanhola de 1978, e também da Constituição Alemã ...*»[104].

Mencione-se ainda o disposto no n.º 6 do artigo 21.º, epigrafado «*Acesso à justiça*» no qual se dispõe: «*Para defesa dos direitos, liberdades e garantias individuais, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses mesmos direitos, liberdades e garantias*.» É de sublinhar a proximidade acentuada deste enunciado linguístico com o preceito citado da Constituição portuguesa – n.º 5 do artigo 20.º - pelo que também aqui deverão valer as considerações expendidas a seu propósito, nomeadamente quando se defende que tais procedimentos – quando concretizados na lei - se poderão assemelhar ao chamado «recurso ordinário de amparo» espanhol[105].

2. Normativos legais

Mediaram cerca de dois anos até à concretização por via de lei da maquinaria processual relativa ao direito de recurso de amparo através da Lei n.º 108/IV/94, de 24 de Outubro, a qual regula o recurso de amparo e também o do *habeas data*. Esta lei procede à regulamentação processual do recurso de amparo estabelecendo normas sobre matérias estritamente processuais mas também outras que, a nosso ver, acabam por tocar no conteúdo do amparo enquanto direito fundamental em si mesmo. Na verdade, preceitos como os que se acham insertos nos artigos 2.º e 3.º acabam por recortar o direito de amparo designadamente quando estatuem, por exemplo, que não haverá amparo contra actos normativos ou a necessidade de esgotar todas as vias de recurso ordinário permitidas na lei do processo. Esse recorte assume uma dimensão de restrição do direito *vis-à-vis* o postulado na letra constitucional. É vero que no proémio do número 1 do artigo 20.º da carta magna se colocou o inciso «*nos termos da lei*» mas tão verdadeiro é igualmente que o recorte feito *infraconstitucionalmente* detém elementos de compressão da amplitude do direito exposto na Constituição. Não se discute aqui a bondade e conformidade de tal recorte mas deixa-se o registo.

No entretanto, leia-se no período que mediou entre a vigência da CRVC e a lei ordinária, permaneceu uma lacuna no ordenamento jurídico de Cabo Verde. Essa situação lacunar não foi, todavia, impeditiva da apresentação de recursos de amparo perante o

104 BRITO, WLADIMIR, *ob. cit.*, página 18.

105 CARDINAL, PAULO, *O amparo macaense cit.*, página 359; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/MÁRIO BRITO FERNANDES, *ob. cit.*, págs. 105-106.

STJ. Todavia, este não deu seguimento aos mesmos escudando-se na falta de legislação regulamentadora – bem ao inverso do que o TSJ de Macau fez[106]. Subjacente a esta situação está, necessariamente a consideração da natureza do amparo, a saber: é simplesmente uma garantia adjectiva ou também um direito fundamental em si mesmo? é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias nos termos do artigo 17.º n.º 1 da CRCV[107]? Afigura-se-nos que, no contexto constitucional em que se insere, o amparo tem natureza dúplice – direito e garantia adjectiva – e reveste-se do carácter de direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias daí decorrendo, designadamente, a sua directa e imediata aplicabilidade[108].

3. Órgãos jurisdicionais competentes

De acordo com o texto constitucional revisto o órgão competente para decidir dos recursos de amparo é o Tribunal Constitucional[109]. Todavia, até à instalação daquele Alto Tribunal, as funções de órgão jurisdicional da constitucionalidade, nestas se incluindo a jurisdição constitucional da liberdade em julgamentos de amparo, acham-se depositadas no Supremo Tribunal de Justiça.

Dispõe o artigo 219.º:« *O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete, especificamente, administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, designadamente, no que se refere a: a) Fiscalização da constitucionalidade e legalidade, nos termos da Constituição; b) Verificação da morte e declaração de incapacidade, de*

106 Cfr. BRITO, WLADIMIR, *ob. e loc. cit*., invoca a favor da sua tese - oposta à orientação jurisprudencial limitadora - precisamente a jurisprudência do TSJ de Macau. Este autor dá-nos ainda notícia da existência de uma pública discussão entre advogados e o mais alto magistrado judicial a qual pode ser conferida em RUI ARAÚJO/EDELTRUDES NEVES, *Meios processuais para suspender a venda em execução fiscal*, Direito e Cidadania, nº 1, 1997, Cabo Verde, páginas 91-104; *Idem*, *Primeiro despacho a proferir num recurso de amparo*, in *idem*, nº 2, 1998, páginas 75-84; RODRIGUES, EDUARDO, *O recurso de amparo cit.*

107 Sobre esta temática, veja-se, *mutatis mutandis* dada a similitude de regimes, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição *cit.*, páginas 115 e seguintes. Especificamente sobre o ordenamento jurídico de Cabo Verde, SANTOS, BOAVENTURA JOSÉ DOS, *Direitos, liberdades e garantias na perspectiva da revisão constitucional*, Direito e Cidadania, páginas 119-134, número especial, 1999, Cabo Verde, páginas 141-148.

108 Neste sentido, BRITO, WLADIMIR, *ob. e loc. cit.;* GRAÇA, JOSÉ LOPES DA, *ob. cit*., página 208. Já neste sentido o nosso *O Amparo de direitos cit*., página 78.

109 É mister deixar aqui nota do debate que rodeou a criação de um tribunal constitucional em Cabo Verde, sendo de realçar que uma das linhas argumentativas eleitas era a de que, «*pelos métodos próprios de interpretação (...) garantirá, espera-se, uma maior cultura constitucional e vigência efectiva das normas constitucionais.*», *Súmula das principais sugestões e propostas feitas durante o colóquio da Praia, organizado pela DeC*, in Direito e Cidadania, número especial, 1999, página 153. Advogando a criação do Tribunal Constitucional, entre outros, FONSECA, JORGE CARLOS, *Fiscalização da constitucionalidade*, Direito e Cidadania, número especial II, 1999, páginas 45 e seguintes; Relatório provisório sobre o estado da justiça, www.stj.cv, páginas 90 e 91. Registe-se, a propósito, que apenas haverá decisões judiciais de amparo denegatórias, VEIGA, CARLOS, *ob. cit.*, página 175.

impedimento ou de perda de cargo do Presidente da República; c) Jurisdição em matéria de eleições e de organizações político-partidárias, nos termos da lei; d) Resolução de conflitos de jurisdição, nos termos da lei; e) Recurso de amparo.».

A lei *criadora* do Tribunal Constitucional foi muito recentemente aprovada não tendo, no entanto, sido publicada nem os seus juizes eleitos, não estando, portanto, ainda instalado até à presente data em que se elabora este nosso texto. Enquanto acumulando as funções de Tribunal Constitucional o STJ tem uma composição de 5 ou 7 juizes, os quais são designados por diversas vias, seja nomeação do Presidente da República, eleitos pela Assembleia Nacional, designados pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial. No que tange ao Tribunal Constitucional a Constituição proclama, no seu artigo 219.º, que será composto por um número mínimo de três juizes, a eleger pela Assembleia Nacional, de entre personalidades de reputado mérito e competência e de reconhecida probidade, com formação superior em Direito sendo que o Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juizes. O mandato destes é de nove anos, não sendo renovável e gozam das garantias e estão sujeitos às incompatibilidades dos demais juizes.

Por comando constitucional os tribunais são, no exercício das suas funções, independentes e apenas estão sujeito à Constituição e à lei, *ex vi* do artigo 210.º da CRVC. De igual sorte, também os juizes, no exercício das suas funções, são independentes e só devem obediência à lei e à sua consciência e são inamovíveis, não podendo ser suspensos, transferidos, aposentados ou demitidos, salvo nos casos previstos na lei compulsivamente, como rege o artigo 220.º. Uma nota a deixar e que radica na eventual dificuldade de articulação de um ou outro preceito da lei do amparo com a filosofia, competências e composição do futuro tribunal da constitucionalidade. Pensamos, entre outros, no n.º 3 do artigo 23.º e no n. 3 do artigo 13.º, podendo também aqui incluir-se a ponderação de ajustamentos ao n.º 3 do artigo 25.º, no entanto, é um assunto que merece, sem dúvida, uma mais prolongada reflexão, que aqui não caberá.

4. Direitos tutelados

Pela leitura do proémio da norma constitucional supra replicada poderia, *prima facie*, entender-se que beneficiam da tutela do amparo todos os direitos, liberdades e garantias «*constitucionalmente reconhecidos*», isto é, apenas – não que sejam poucos ou de pouca monta – aqueles que receberam o privilégio de uma morada constitucional expressa assente ou não no capítulo a eles dedicado, e já não aqueloutros que se apresentem como direitos criados pelas leis ou convenções internacionais como proclama o artigo 17.º, ou seja os direitos fundamentais materiais análogos aos

direitos, liberdades e garantias, pelo que estes estariam *desamparados*.[110] Destarte, vigoraria na ordem jurídica de Cabo Verde um sistema de cláusula fechada quanto ao âmbito dos direitos tutelados pelo instituto do amparo.

Contudo, esta argumentação não nos convence e por duas ordens de razões. Primeira, deve questionar-se qual o sentido útil da norma do artigo 17.º que procede à abertura do catálogo dos direitos, liberdades e garantias se a estes se não aplicasse o especial regime de protecção – salvaguardadas excepções conaturais ao seu não suporte em letra de lei constitucional, que não é manifestamente o caso[111] – tal como consagra enfaticamente o artigo 25.º *« Os princípios enunciados neste título são aplicáveis aos direitos, liberdades e garantias individuais e direitos fundamentais de natureza análoga estabelecidos na Constituição ou consagrados por lei ou convenção internacional.»*. O recurso de amparo é precisamente um desses princípios.

Adrede, e expomos já a segunda razão, a própria lei reguladora do amparo vem, segundo entendemos, tomar partido nesta questão ao fazer a menção a *«direitos, liberdades e garantias fundamentais* ***reconhecidos nos termos da Constituição****.»* (destacado nosso), isto é direitos reconhecidos na Constituição de *per se* e nos seus termos não falando a lei em direitos reconhecidos **na** Constituição. Ora, se assim é – como nos parece que deve ser – pela conjugação dos citados preceitos constitucionais, e encurtando distâncias, conclui-se que também os direitos fundamentais materiais análogos aos direitos, liberdades e garantias beneficiam de amparo constitucional.

Destarte, o recurso de amparo destina-se à protecção de um conjunto flexível indeterminado mas determinável de direitos fundamentais com natureza de direitos, liberdades e garantias, ou seja vigora um sistema de cláusula aberta e não um regime de um conjunto de direitos *arrolhados* em um determinado e preciso invólucro ou, se se preferir, de enumeração taxativa de direitos amparáveis[112].

110 Neste sentido se parece pronunciar RODRIGUES, EDUARDO, *ob. cit.*, página 147.

111 Sobre a extensão parcial ou total do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais materiais ou atípicos, veja-se, com as adaptações devidas GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Os direitos fundamentais atípicos*, Aequitas, Lisboa, 1995, páginas 415 e seguintes., e doutrina aí citada, decorrendo que, mesmo sufragando a tese da extensão parcial, a parcela do regime relativo à tutela judicial será aplicável sempre. Parece defluir este mesmo entendimento do texto citado de SANTOS, BOAVENTURA JOSÉ DOS, *Direitos cit*., páginas 147 e 148, atente-se, entre outras, na passagem que se segue «*Da conjugação dos artºs 24º, 17º e 16º, nº 1, penso que o sistema e o regime constitucionais dos direitos, liberdades e garantias são suficientemente abertos para abranger outros, quer estejam na Constituição, na lei ordinária ou no direito internacional.»*, página 148.

112 Sobre estas duas opções no direito comparado, CORAO, CARLOS AYALA, *El Derecho de los Derechos Humanos*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 35, nº 1, 1994, págs. 42-46, onde aponta como exemplos do primeiro sistema, além da Venezuela, nomeadamente, a Argentina, o Uruguai e o Brasil e, do segundo, a Espanha, a Alemanha e o Chile. Quanto a esta segunda situação, BREWER-CARÍAS, ALLAN, fala em "*amparo a certos direitos e liberdades*

5. Actos susceptíveis de impugnação por via de amparo

Nos termos expostos pelo artigo 2.º da Lei do amparo só podem ser objecto de recurso de amparo a **prática ou a omissão de actos ou factos**, qualquer que seja a sua natureza, a forma de que revestem, praticados por qualquer órgão dos poderes públicos do Estado, das autarquias locais e dos demais entes públicos de carácter territorial ou institucional, bem como pelos seus titulares, funcionários ou agentes **que violem** os direitos, liberdades e garantias fundamentais reconhecidos nos termos da Constituição, **ressalvando-se os actos jurídicos de natureza legislativa ou normativa,** os quais não podem ser objecto do recurso de amparo. É mister reconhecer a amplitude aí consagrada. Pelas regras expostas também **não há direito de amparo no que tange a violações de direitos fundamentais causadas por particulares**.

Por outro lado, a violação por órgão judicial daqueles direitos constitucionalmente reconhecidos, em um regime de especialidade, face aos actos previstos no artigo[113], 2.º, só pode ser objecto de recurso de amparo se for praticada em processo que corra seus termos pelos tribunais e quando: *«a)Tenham sido esgotadas todas as vias de recurso ordinário permitidas na lei de processo era que tenha ocorrido tal violação. b) A violação do direito, liberdade e garantia constitucionalmente resulte directa, imediata e necessariamente de acto ou omissão imputável ao órgão judicial, independentemente do objecto do processo em que for praticado. c) A violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha sido requerida a sua reparação*.».

Alerte-se para uma alteração ligeira nas palavras mas da qual podem resultar interpretações restritivas na definição do âmbito dos direitos amparáveis porquanto neste artigo 3.º relativo a violações perpetradas por órgão judicial, a referência é feita a

constitucionais", *ob. cit*., pág. 2727.

113 Especialidade essa que se traduz numa certa compressão do conteúdo do direito ao amparo nomeadamente pela regra imposta na alínea c) do nº1 artigo 3º, quando impõe o *maius* importado (da legislação espanhola, Lei Organica do TC) da necessidade de a violação ter sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha sido requerida a sua reparação. A este propósito se escreveu que «*por se tratar de entidades a que a própria C.R. confere o poder de controle e da realização do direito, o legislador teve de se rodear de acrescidas cautelas ao facultar ao cidadão a possibilidade de obtenção de um mandado de amparo que vá contra aquilo que seja decidido judicialmente.»,* RODRIGUES, EDUARDO, *ob. cit.*, página 147.Ora, parece-nos que, ao menos nos casos das chamadas decisões-surpresa (vide supra) este requisito deverá ser afastado sob pena de um total constrangimento do direito ao amparo. Diz-nos MATA, ANTONIO CANO, *Comentarios a la ley organica del Tribunal Constitucional*, EDR, Madrid, 1986, «*Evidentemente, esta obligación no puede cumplirse cuando no hay oportunidad de realizar tal alegación (...)»*, página 271. Deverá, destarte, vingar a adopção da interpretação jurídica mais favorável possível à admissão das pretensões processuais, no momento da aplicação das normas que prevejam pressupostos ou requisitos não atinentes a questões de mérito ou ao *themum decidendum,* cf., por ex., GONZALEZ, PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdicional*, 2.ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 1989., pág. 65

direitos constitucionalmente reconhecidos e já não, como no artigo precedente, a direitos reconhecidos nos termos da Constituição. Será que, desta feita, passa a vigorar um sistema de cláusula fechada de direitos amparáveis, nos termos antes vistos? Estamos em crer que não, em trilhando uma boa interpretação, *amiga* dos direitos fundamentais e de pretensões de harmonia dentro do instituto do amparo.

Por outro lado, pelo enunciado legal, como igualmente pelo correspondente texto constitucional, **apenas actos ou omissões que violem** direitos fundamentais poderão ser atacados pela via do amparo constitucional, já não as *simples* ameaças de violação. Esta opção é carreada ao longo da lei do amparo, por exemplo, artigos, 3.º, 4.º e 8.º [114], embora, haja sido defendido, louvando-se na consagração de medidas provisórias a decretar pelo tribunal também haverá amparo constitucional «*quando houver ameaça de eminente lesão no seu direito e não apenas nas situações de efectivação da ofensa*»[115]. Pergunta-se se, face ao disposto no n.º 6 do artigo 21.º, «*Para defesa dos direitos, liberdades e garantias individuais, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efectiva e em tempo útil* ***contra ameaças ou violações*** *desses mesmos direitos, liberdades e garantias*», não seria adequado proceder a uma harmonização entre o amparo constitucional e esta possível via de amparo ordinário no sentido de abertura indubitável do recurso de amparo em sentido estrito às ameaças e não apenas às violações/lesões de direitos. Pensamos que sim.

Questão sempre imperante na análise dos institutos de amparo de ordem constitucional é a da **exaustão dos meios ordinários prévios**, sendo sabido constituir essa a opção mais corrente nos vários ordenamentos jurídicos. Essa é, também a opção em Cabo Verde. Não é, com certeza, uma opção em si mesma desprovida de sentido, *maxime* no que toca a amparos que visam (contra)atacar decisões judiciais. Problemática é sim a densificação dessa exigência, a qual oscila sempre que é posta à prova no plano concreto.

Na verdade, a linha de actuação do STJ tem estado *debaixo de fogo* da doutrina cabo-verdeana[116]. Estabelece o artigo 6.º, requisitos formais de admissibilidade do recurso, «*O recurso de amparo só poderá ser interposto depois de terem sido esgotados todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respectiva lei do processo*» e, em consequência, a alínea d) do artigo 16.º que rege a inadmissibilidade do recurso quando «*Não tiverem*

114 Veja-se, no entanto, o nº 3 do artigo 2º e a referência feita a preservação do direito.

115 RODRIGUES, EDUARDO, *ob. cit.*, página 146.

116 Assim, VEIGA, CARLOS, *ob. cit.*, RUI ARAÚJO/EDELTRUDES NEVES, ambas as obras citadas.

sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso». É mister indagar quais todas as vias de recurso ordinário no caso concreto, dentro do processo em que a violação judicial alegadamente ocorre e em função do direito agredido e também da concreta agressão e, bem claramente, das medidas necessárias para ultrapassar a agressão, para então se poder ajuizar da verificação da *conditio* imposta pelo legislador. Se, dentro daquele processo ordinário não for possível estancar a violação e proceder à reparação do direito violado, é de boa doutrina assumir que, ordinariamente, aquele processo é inservível para efeitos de cessação da violação[117].

Como o bem fazem outros tribunais de outras ordens jurídicas que partilham do mesmo requisito[118].

Mais preocupante é extravasar do conteúdo e espírito das normas da lei do amparo em causa para considerar dentro do conceito de meios ordinários acções de responsabilidade criminal e disciplinar[119]! Esta tese não pode ser de todo partilhada[120] configurando mesmo, em nosso ver, uma ilegítima compressão do direito fundamental ao amparo e uma invasão do seu conteúdo essencial e, por isso mesmo, inconstitucional. As acções de responsabilidade, mormente disciplinar e criminal, nem são um meio ordinário de tutela de direitos nem servem a qualquer título para o restabelecimento do direito agredido pelo agente a ser submetido àquelas acções de responsabilidade. A fazer vencimento esta directriz, poderá resultar uma total atrofia do recurso de amparo a qual não é proporcional nem adequada nem justificada.

Outras restrições mais a nível de jurisprudência se verificam e que no seu conjunto muito mal fazem ao internacionalmente prestigiado instituto do amparo e são, destarte, impeditivas do moto que desejaríamos para o amparo cabo-verdeano: ***vivat, crescat, floreat***.

117 VEIGA, CARLOS, ob.cit, páginas 170 e seguintes argumenta convincentemente nesta linha. Veja-se ainda, num sentido próximo, RUI ARAÚJO/EDELTRUDES NEVES, ambas as obras citadas, passim.

118 Anote-se que, mesmo nos ordenamentos mais inflexíveis na questão - casos de Espanha e da Alemanha, por exemplo - são admitidas excepções a este princípio *reitor* do sistema. Excepções essas abertas, quer pela lei, quer mesmo, por uma interpretação jurisprudencial (em expressão conhecida do Ilustre Mestre GOMES CANOTILHO) mais *amiga* dos direitos fundamentais.

119 Em crítica desta posição do STJ, e vestido de razão plena, VEIGA, CARLOS, *ob. cit.*, páginas 168 e 169.

120 MATA, ANTONIO CANO, afiança-nos, em face de norma similar espanhola, que não se exige a interposição de todos os recursos imagináveis num exame global do direito positivo vigente havendo que interpretar este requisito de uma forma razoável, *ob. cit.*, página 259. Aponta-se mesmo a inadmissibilidade de pressupostos ou requisitos processuais, previstos ou não na lei, que constituam formalismos desvirtuantes do sentido nuclear do direito à tutela jurisdicional efectiva PÉREZ, GONZÁLEZ, ,*ob. cit*. págs. 62 e segs.

6. Legitimidade processual

Têm legitimidade para interpor recurso de amparo as pessoas directa, actual e efectivamente afectadas e pelos actos ou omissões referidos no artigo 2.º., e bem assim, o Ministério Público quando em representação dos menores incapazes.

De outra banda, será sempre demandada no recurso de amparo a entidade produtora do acto ou da omissão violadora dos direitos, liberdades ou garantias individuais. Nesta *lide processual* teremos, destarte, de um lado o titular do direito fundamental em crise e, do outro, o tribunal/juiz *desrespeitador* daquele direito ou a entidade autora do acto ou facto ou omissão de acto ou facto. Sintetizam CASCAJO CASTRO/GIMENO SENDRA que os sujeitos da pretensão do amparo são, por um lado as partes, pelo outro, o tribunal ante o qual se deduz o pedido e de que se pretende receber satisfação; as partes são, por seu turno, duas, o autor - aquele que pede amparo - e o demandado - qual seja aquele dos poderes públicos que haja violado o direito[121].

Por outro lado, poderão ainda ser demandadas todas as pessoas que directa e efectivamente beneficiem da prática do acto ou omissão, leia-se, os chamados *contra-interessados*.

Uma nota sobre a alteração do preceito constitucional ao substituir «cidadãos» por «indivíduos», se a *«todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer (...) através de recurso da amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais»* pode questionar-se se doravante apenas as pessoas físicas e já não mais as pessoas colectivas poderão recorrer de amparo para protecção dos seus direitos fundamentais[122]. Ainda mais insegura será a posição de outros *titulares* de direitos fundamentais. pessoas colectivas públicas (se, e na medida em que, forem detentores de dado direito fundamental) e de entidades colectivas sem personalidade jurídica. A questão é pertinente, abrindo a porta para um entendimento restrito respaldado no vocábulo cidadãos e no conceito jurídico-político que se lhe associa.

Estamos em crer ser possível defender a abertura de amparo aos titulares de direitos fundamentais, independentemente da sua natureza - seja pessoa física, colectiva ou outrem, se e na medida dessa titularidade. Com efeito, na lei de amparo fala-se ora em pessoa ora em ofendido, por outro lado, há-de convir-se que «indivíduos» poderia também levar da mesma interpretação stricto sensu e, todavia tal não sucedeu, havendo casos referenciados de amparo em que o ofendido era pessoa colectiva e, em pelo menos um caso, o ofendido

121 *Ob. cit*., págs. 137-138.

122 Dando nota desta preocupação, VEIGA, CARLOS, *ob. cit.*, página 174.

era um município[123], finalmente há a considerar eventualmente a opção por «cidadão» atendendo ao contexto de normativo constitucional em que a norma se insere e na afirmação, também aqui, dos direitos dos cidadão perante o Estado. Sem embargo, poderia uma nova lei do amparo constitucional densificar o direito de amparo nesta medida e assim esclarecer potenciais pontos controversos que a ninguém aproveitam.

7. Medidas cautelares

No que tange ao momento antecedente da decisão final de amparo, prevê a lei possibilidade de o tribunal poder lançar mão de diversas medidas provisórias, oficiosamente, a requerimento do titular do direito objecto de violação ou assim ameaçado, ou do Ministério Público.

Essas providências estão elencadas no artigo 14.º : *a) Declarar suspenso o acto recorrido, sempre que fundadamente julgue que da execução do acto ou da omissão possa resultar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente e a inutilidade do amparo requerido e desde que da suspensão não resulte grave perturbação dos interesses gerais, da ordem e tranquilidade públicas ou dos direitos de terceiros; b) Ordenar a adopção provisória de medidas julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades e garantias violados ou para o restabelecimento do exercício desses mesmos direitos, liberdades ou garantias até ao trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida»,* podendo ser decretadas quando, nomeadamente, a demora da adopção de medidas puder levar à própria inutilidade do amparo, razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adopção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos violados ou o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso, nos termos da disciplina inserta no artigo 11.º.

Umas referências curtas quanto à dilucidação da faculdade do presidente do STJ em marcar conferência para decisão de medidas provisórias a adoptar, artigo 11.º – assim se manterá no Tribunal Constitucional? Ora, essa faculdade reside na marcação oficiosa da conferência, já não nos parece assim quando haja sido requerida e, por outro lado, decidir da decretação ou não de determinadas medidas provisórias, isto é deferir ou indeferir o pedido de estabelecimento de medidas provisória, é competência que recai sobre o colectivo e não sobre somente o seu presidente[124].

123 Veja-se, Rui ARAÚJO/EDELTRUDES NEVES, *Primeiro despacho cit.*, página 76; Cf. Acórdãos do STJ em recurso de amparo em www.stj.cv.

124 Neste sentido, RUI ARAÚJO/EDELTRUDES NEVES, *Primeiro despacho cit.*, páginas 80 e 81.

Registe-se a circunstância de alguns recursos de amparo terem decaído por virtude de a lide vir a ser declarada supervenientemente inútil, o que se afigura preocupante quanto à efectividade da tutela de amparo e quanto ao posicionamento *formalista* do TSJ[125] e, porventura algo distante da função de Alto Tribunal da *jurisdição das liberdades*.

8. Marcha processual

O recurso de amparo consubstancia-se como um processo baseado nos princípios constitucionalmente ditados da sumariedade, da urgência e da subsidariedade – na medida em que se exige, como regra, o esgotamento das vias ordinárias o qual é exposto na lei como um requisito formal de admissibilidade do recurso. Por outro lado a pretensão a fazer valer pelo impetrante de amparo só pode ser a tutela de um direito fundamental (na dimensão antes vista) tal como o preceito constitucional impõe e a lei concorre ao dizer, no n.º 3 do artigo 2.º que não pode ser feito valer outra pretensão que não seja a de restabelecer ou preservar o direito fundamental.

É por meio de simples requerimento, devidamente fundamentado, que o recurso é interposto nele se devendo indicar expressamente que se trata de um recurso de amparo constitucional. Na petição de recurso, o impetrante deve indicar o acto, facto ou omissão violador do direito, para além de identificar o seu autor e eventuais contrainteressados, bem como indicar com clareza os direitos, liberdades e garantias fundamentais que julga terem sido violados, com a expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados; para além de expor resumidamente as razões de facto que fundamentam a petição, para de seguida formular conclusões. A petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se indicará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades e garantias – artigo 8.º.

O presidente do tribunal marca, no prazo de dois dias, conferência para julgamento da admissibilidade do recurso, a ter lugar no prazo de cinco dias. No entanto, poderá oficiosamente marcar ou então a pedido do recorrente marcará conferência para as vinte e quatro horas seguintes ao do recebimento da petição para nela se decidir sobre a admissibilidade do recurso e, bem assim, sobre as medidas provisórias a adoptar, nos termos do artigo 11.º. A decisão é imediatamente notificada ao recorrente, à entidade recorrida, ao

125 Retome-se, porque pertinente, neste ponto MARTÍN-RETORTILLO, LORENZO, na sua apreciação à actuação do Tribunal Constitucional espanhol caracterizada por um "*antiformalismo conscientemente asumido en su deseo de llegar al fondo de los asuntos y de pasar así, sin trabas, a administrar justicia*.", ob. e loc. *cit.*.

Ministério Público e, eventualmente, a outras entidades sempre que se entenda que estas devam praticar actos necessários à conservação ou restabelecimento do exercício do direito fundamental colocado em crise. O julgamento da admissibilidade do recurso processa-se do seguinte modo estabelecido no artigo 13.º «*1. Aberta a audiência, o Presidente fará uma exposição sumária do objecto do recurso, sobre a necessidade ou não de medidas provisórias, e, de seguida, lê o projecto de Acórdão, que será de imediato discutido pelos juízes. 2. Terminada a discussão, os juízes dão os seus votos pela ordem dos vistos. 3. A decisão é tomada por maioria dos Juízes presentes, cabendo ao Presidente voto de qualidade.*».

O recurso não será, todavia, admitido quando, por força do artigo 16.º, «*a) Tenha sido interposto fora de prazo; b) A petição não obedeça aos requisitos estabelecidos* nos *artigos 7.º e 8.º; c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer; d) Não tiverem sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso; e) Manifestamente não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidas como susceptíveis de amparo; f) O Tribunal tiver rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual;*». No caso da alínea b) do número anterior a petição só será rejeitada se a falta não for suprida no prazo de dois dias que se refere o artigo 17.º. O despacho de inadmissibilidade do recurso transita em julgado nas vinte e quatro seguintes no da sua notificação ao recorrente e a entidade recorrida e dele não há recurso.

Admitido o recurso o processo é concluso ao relator no prazo de vinte e quatro horas e este notificará, no prazo de quarenta e oito horas, a entidade requerida para responder, querendo num prazo de cinco dias. Recebida esta resposta ou decorrido que esteja o prazo para a sua apresentação, os autos, nas vinte e quatro horas seguintes vão, por três dias, ao Ministério Público para vista final. Decorrido aquele prazo o processo é concluso ao relator para em dez dias elaborar projecto de acórdão. Cabe ao presidente designar dia para julgamento o qual se deverá realizar nos três dias seguintes ao da entrega do projecto de acórdão. O julgamento do recurso segue, mutatis mutandis os termos do julgamento da sua admissibilidade. No que concerne à decisão é o que se verá em seguida.

9. Decisões jurisdicionais de amparo.

Não curando aqui das decisões denegatórias, temos que como tribunal de amparo pode o alto tribunal, no acórdão que julgue procedente o recurso e outorgue o amparo, nos termos do n.º 1 do artigo 25.º da lei citada:

«a) Reconhecer ao recorrente a plena titularidade dos direitos, liberdades e ga-

rantias violados e o direito de os exercer de acordo com o conteúdo e extensão constitucionalmente consagrados;

b) Declarar nulo ou inexistente o acto impugnado;

c) Ordenar, no caso de se tratar de omissão, à entidade recorrida a adopção, dentro do prazo que lhe vier a ser fixado no Acórdão, de medidas adequadas à preservação e ao restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades e garantias pelo recorrente;

d) Declarar o direito, liberdade ou garantia fundamental violado pela pratica do acto ou como consequência da omissão objecto do recurso;

e) Ordenar à entidade recorrida que se abstenha de praticar actos que possam afectar, por qualquer forma, o pleno exercício pelo recorrente dos seus direitos, liberdades ou garantias;

f) Indicar concretamente o acto, agente ou funcionário que deve praticar ou abster-se de praticar os actos nela referidos;».

Mais se estatui no número 2 que, na sentença concedente de amparo, o tribunal poderá ainda decretar fundamentalmente medidas que julgar apropriadas à preservação ou restabelecimento dos direitos, liberdades e garantias violados, até que a entidade recorrida cumpra o estabelecido na alínea c) do número anterior.

Note-se que pode o tribunal decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar amparo distinto daquele que foi recorrido e, bem assim, decretar a adopção de medidas julgadas adequadas para restabelecer e garantir ao recorrente o pleno exercício dos direitos, liberdades ou garantias violados, distintas daquelas que foram requeridas.

10. Institutos *homólogos* de defesa de direitos fundamentais.

A CRCV apresenta um extenso e rico catálogo de direitos fundamentais como anteriormente se fez questão de afirmar. Não surpreende destarte a inclusão ao nível do patamar constitucional dos institutos do habeas corpus e do habeas data.

No artigo 35.º encontramos a garantia do **habeas corpus** do seguinte modo: «*1. Qualquer pessoa detida ou presa ilegalmente pode requerer habeas corpus ao tribunal competente. 2. Qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos pode requerer habeas corpus a favor de pessoa detida ou presa ilegalmente. 3. O tribunal deve decidir sobre o pedido de habeas corpus no prazo máximo de cinco dias. 4. A lei regula o processo de habeas corpus, conferindo-lhe celeridade e máxima prioridade.*».

Por seu turno, no artigo 45.º encontramos o **habeas data** :«1. *A todo o cidadão é concedido habeas data para assegurar o conhecimento de informações constantes de ficheiros, arquivos ou registo informático que lhe digam respeito, bem como para ser informado do fim a que se destinam e para exigir a rectificação ou actualização dos dados. 2. A lei regula o processo de habeas data*». A lei que regula este direito é formalmente a mesma do recurso de amparo, aplicando-se ao habeas data, subsidiariamente, as disposições de amparo. O recurso de habeas data tem por objecto, nos termos proferidos pelo artigo 26° :«*A fim de assegurar o conhecimento de informações constantes de ficheiros, arquivos e registos informáticos que lhe digam pessoal e directamente respeito, bem como para ser informado do fim a que se destinam e para exigir a rectificação ou actualização de dados pessoais neles constantes que lhe digam directamente respeito, pode o cidadão interpor no Supremo Tribunal de justiça recurso de Habeas Data*».

11. Outros instrumentos de controle no âmbito da justiça constitucional

A CRVC contém um extenso capítulo dedicado à fiscalização da constitucionalidade podendo afirmar-se grosso modo que apenas não consagra a fiscalização da constitucionalidade por omissão[126]. Assim, o artigo 272.º (Inconstitucionalidade por acção), diz-nos que são inconstitucionais as normas e resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

A **fiscalização preventiva da constitucionalidade**, regulada no artigo 273.º pode ser requerida ao Tribunal Constitucional pelo Presidente da República, relativamente a qualquer norma constante de tratado ou acordo internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, bem como relativamente a qualquer norma constante de acto legislativo que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei, decreto legislativo ou decreto-lei; ou por um quarto dos Deputados em efectividade de funções ou pelo Primeiro Ministro, relativamente a qualquer norma constante de acto legislativo enviado ao Presidente da República para promulgação como lei sujeita a aprovação por maioria qualificada. Quanto aos efeitos da decisão em caso do o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma constante de tratado ou acordo internacional, este não deve ser ratificado pelo Presidente da República, sendo devolvido ao órgão que o tiver aprovado, podendo, no entanto, esse tratado ou acordo internacional de que conste a

126 Para maiores desenvolvimentos, CANAS, VITALINO, *A fiscalização da constitucionalidade cit.;* FONSECA, JORGE CARLOS, *Fiscalização da constitucionalidade cit.;* VARELA, RAÚL, *Fiscalização da constitucionalidade em Cabo Verde,* Direito e Cidadania, páginas 119-134, número especial, 1999, Cabo Verde, páginas 135-139.

norma declarada inconstitucional ser ratificado pelo Presidente da República se a Assembleia Nacional, ouvido o Governo, confirmar a sua aprovação por maioria de dois terços dos Deputados. Tratando-se de norma constante de qualquer acto legislativo, deve o diploma ser vetado pelo Presidente da República e devolvido ao órgão que o tiver aprovado, sendo que, neste caso o acto legislativo não pode ser promulgado sem que o órgão que o tiver aprovado o expurgue da norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

No artigo 275.º cura-se da **fiscalização abstracta da constitucionalidade**, pode o Alto Tribunal apreciar e declarar a inconstitucionalidade de quaisquer normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto ou a ilegalidade daquelas resoluções, a pedido do Presidente da República, do Presidente da Assembleia Nacional, do Primeiro Ministro, do Procurador-Geral da República e de, pelo menos, um quarto dos Deputados à Assembleia Nacional.

No que toca à **fiscalização concreta** rege o artigo 276.º do seguinte modo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos Tribunais que: recusem, com fundamento em inconstitucionalidade, a aplicação de qualquer norma ou resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto; apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo; apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido anteriormente julgadas inconstitucionais pelo próprio Tribunal Constitucional. Cabe, ainda, recurso para o Tribunal Constitucional das decisões que apliquem resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido julgadas anteriormente ilegais pelo próprio Tribunal Constitucional ou cuja ilegalidade haja sido suscitada no processo ou recusem aplicar, com fundamento em ilegalidade, as resoluções referidas na alínea anterior. São detentoras de legitimidade para recorrer o Ministério Público e as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo de fiscalização da constitucionalidade, tenham legitimidade para interpor recurso, sendo de sublinhar que este recurso só pode ser interposto depois de esgotadas as vias de recurso estabelecidos na lei do processo em que foi proferida a decisão e é restrito à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme o caso.

No que tange ao postulado no artigo 279.º, temos que os efeitos dos acórdãos do Tribunal Constitucional, que tenham por objecto a fiscalização da constitucionalidade ou ilegalidade, qualquer que tenha sido o processo em que hajam sido proferidos, têm força obrigatória geral.

Os **efeitos da declaração da inconstitucionalidade** vêm expostos no artigo 280.º, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma julgada inconstitucional ou ilegal e a repristinação das normas que ela haja revogado, contudo, em se tratando de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a sua entrada em vigor embora, quando razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentado o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar efeitos de alcance mais restrito do que os acima previstos. Acrescente-se que dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com força obrigatória geral ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo mais favorável ao arguido.

V

BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

É tempo de encerrarmos este nosso percurso encetado pelo mundo juslusófono do amparo de direitos fundamentais. Gostaríamos no entanto, antes do encerramento, de deixar algumas muito breves considerações, em jeito ora de súmula, ora de remate.

O amparo assumiu uma posição alta no patamar da jurisdição constitucional da liberdade sendo consagrado e respeitado pelos quatro cantos do mundo. A sua reputação é bem merecida não merecendo, embora, em regra os favores dos ordenamentos jurídicos lusófonos sem que se alcance verdadeiramente as razões da alergia demonstrada à sua institucionalização. Honrosas excepções encontramos em Cabo Verde e no Brasil. E, na nossa memória, permanece o saudoso e curioso exemplo de Macau.

Foi em jeito de requiem que voltamos ao tema do amparo macaense, em virtude do honroso convite dos ilustres coordenadores da obra em que se insere o presente trabalho. E nesse exercício, rememoramos a curta mas grata experiência que proporcionou. Como acalentamos a esperança de um seu retorno ao panorama juspositivista até porque não vislumbramos obstáculos de maior, *v.g.* de índole constitucional, para o seu banimento.

Em Cabo Verde encontramos o mais acabado exemplo lusófono do recurso de amparo. Quer a lei constitucional, quer a lei ordinária, se apresentam satisfatoriamente.

Inversamente se poderá, porventura, dizer da jurisprudência. Mas o instituto continua presente na Constituição e na lei e permanece, estamos em crer, na *cidadania*. Um Tribunal Constitucional assumirá os encargos do amparo e potenciará, cremos, a sua concretização mais efectiva e, destarte, uma melhor efectivação do rico catálogo de direitos, liberdades e garantias. A sua instalação poderá proporcionar ou demandar mesmo uma actualização e adaptação da lei ordinária do amparo.

Façamos votos que o amparo de Cabo Verde possa constituir um referencial legislativo e de dinâmica processual do amparo para os seus outros parceiros da CPLP.

CONTINUITY AND AUTONOMY

LEADING PRINCIPLES SHAPING THE FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONAL SYSTEM IN THE MACAU SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION

CONTINUITY AND AUTONOMY - LEADING PRINCIPLES SHAPING THE FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONAL SYSTEM IN THE MACAU SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION #/*

«A significant number of procedural human rights protection instruments themselves have been created or improved and have been taken on in a very wide protective sphere, both nationally and internationally. However, this development of promoting and protecting an each person's human rights, though impressive, is insufficient, if said protection instruments are not truly efficient in attaining effective protection of the rights themselves, and if they do not remain, as sometimes happens, within the scope of theory, good intentions and unapplied legal rules.»

HECTOR FIX-ZAMUDIO[1]

Texto originalmente publicado em La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo IV, Derechos Fundamentales y Tutela Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor / Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México, Marcial Pons, 2008.

* This paper is dedicated to Professor Héctor Fix-Zamudio, inescapable reference in constitutional law worldwide. The paper is an adaptation of ours *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007 and, *The constitutional layer of protection of fundamental rights in the Macau Special Administrative Region*, paper prepared for the XXth biennial Lawasia conference, Hong Kong, 2007. The opinions expressed here are solely those of the author and do not reflect the views of any institution to which he is affiliated.

1 *Effectiveness of Human Rights Protection Instruments*, Mexican Law Review, 1, 2004.

I
Introducing and contextualizing the theme

Macau is a Special Administrative Region of the People's Republic of China (PRC), since the 20th December 1999, thus ending several centuries of Portuguese official dominance[2] enjoying a high degree of autonomy, as eloquently announced both in the international arena *ex vi* the Joint Declaration of the Portuguese Republic and the People's Republic of China on the Question of Macau, signed in Beijing in 1987 and, domestically in the Basic Law of the Macau Special Administrative Region (SAR). It possesses, along with Hong Kong, a singular status in both the comparative constitutional law approach and in the dominions of international law posing new and demanding challenges in both perspectives.

We believe that it might prove useful to provide a brief explanation on the contents of this paper. In choosing the title we intended to identify the perspective of approach that we are going to bring to this exercise on one of the fundamental rights themes – the judicial protection machinery of the fundamental rights. In truth, following in the line of the title, it properly delimits the road that is going to follow, assuming that the stressed points of analysis reside (still) - in the perspective of the transition of the exercise of sovereign powers over Macau, and thus particularly with the emphasis in the principle of continuity on one side and, on the other, the principle of autonomy of Macau.

On the other hand, the opening reproduced sentence aims to stress that the effectiveness of the protection of fundamental rights goes beyond the normative discourse, as, in a fullness of meaning words, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO warns us.

We will address two main topics - autonomy and continuity –that in the rationale of this paper will shape the analysis of the main target of the paper – the fundamental rights system, including the judicial protection mechanisms – hence they will operate in the fashion of scouts of the road ahead.

In the fashion of an historical evolution of Macau in a very small nutshell, one should bring to mind that for the last half millennium, Macau, a tiny enclave in south China inhabited largely by Chinese people, has existed in a strange state of individuality and disconnection vis-à-vis greater China. China is its natural source of both *Imperia* and *Dominium*, although it was at the same time separated from China through its connection to a small far away country—Portugal. For several centuries until the last days of 1999, Macau has been ef-

2 No matter now under what juridical title neither its scope and theoretical justification.

fectively separated from China, and connected to Portugal, but as an autonomous entity. It has had many identities: a commercial outpost, a colony with special capacities, a territory artificially lumped together with other Portuguese possessions in Asia, a territory leased from China, a territory offered by China, and, ultimately, a «territory under (transitional) Portuguese Administration».

Some have referred to the history of Macau as a history of anomaly[3] and this anomalous history provides some clues as to why a miniscule piece of land has achieved such extensive autonomy within one of the giants of the world.

Three main periods may be identified in the evolution of Macau's political status. The first, from the establishment of the Portuguese in the territory until the end of the 18th century, was a «*system of mixed jurisdiction*», with both Portuguese and Chinese authorities exercising jurisdiction. The Portuguese had jurisdiction over the Portuguese community and certain aspects of the overall territory's administration, but no real sovereignty.

The second period began at the end of the 18th century and was a considerable change from the previous situation just mentioned. Macau's importance among Portuguese possessions was growing, Portuguese sovereignty over the territory was strengthened, and in a formal sense Macau became part of Portuguese territory,[4] as a Portuguese colony.[5]

And the third period followed the Portuguese democratic Revolution of 25 April 1974. This brought about a radical rejection of colonial policy and Portugal and China established diplomatic relations in 1979. Both countries expressed interest in finding a mutually-agreeable solution to Macau's status; negotiations began in 1985, a year after the signing of the Sino-U.K. Joint Declaration, and in 1987 the Sino-Portuguese Joint Declaration was signed agreeing that Macau would become a 'Chinese territory under Portuguese

3 JOHN WILLS and PAUL VAN DYKE, *Strange shores: 442 Years of anomaly in Macau, and counting* ..., Harvard Asia Pacific Review, summer 2000, p 1. NORMAN MACQUEEN speaks about a pragmatic anomaly in international relations in *Macao: end of a special case?,* The world today, vol. 41, 1985, p 167. EDUARDO CABRITA goes further, speaking of «absurdity» in *International and constitutional limitations on the autonomy of the Macau Special Administrative Region,* Macau Law Journal, special issue 2002, p 154.

4 For instance, the 1822 Portuguese Constitution declared in Art 20, IV, that the territory of the United Kingdom of Portugal included Macau.

5 In 1972, the PRC formally stated, in a memorandum dated of 8 of March, at the United Nations that it did not consider Macau and Hong Kong to be colonized territories, and thus they should not be covered by the declaration on the granting of independence and later, the UN General Assembly at its 27th session held on November 8 adopted a resolution containing a list of colonized territories which did not include either Macau or Hong Kong. On this, see, for example, PAULA ESCARAMEIA, *O direito internacional público nos princípios do século XXI*, Almedina, 2003, pp. 82-83.

administration'.[6] This new state of affairs was reflected in the Portuguese Constitution.[7] Macau was *not* considered to be part of Portugal. Macau is only referred to in Article 292[8] in relation to the transitional rule, so as to recognize the Joint Declaration.[9]

From a domestic law point of view[10], only one thing seemed certain: Macau was no part of Portugal; it was *Ausland*,[11] some sort of appendix to Portuguese territory. As to what refers to the identification of Macau's constitution the mystery was still a key note. Most concluded that the Portuguese Constitution did not apply to Macau, at least *in toto*. Besides, Macau had an Organic Statute of constitutional origin and stand that performed most functions of a formal constitution.[12] So the constitutional order of Macau comprised part of the Portuguese Constitution that applied directly to Macau, a constitutional law called the Organic Statute of Macau and other parts of the Portuguese Constitution that

6 The formal recognition of this status can be seen in: Law 1/76 dated 17 Feb 1976, Macau Organic Statute; the Portuguese Constitution of 1976; and the Joint Declaration on the Question of Macau signed in Beijing on 13 April 1987 and approved by the Portuguese Parliament.

7 This article 292 stated that *While under Portuguese administration, the territory of Macau shall be subject to a statute that is appropriate to its special circumstances. Approval of such statute shall be within the competence of the Assembly of the Republic, with the President of the Republic carrying out the acts set out therein., the statute of the territory of Macau embodied in Law 1/76 , shall remain in force. Upon the proposal of either the Legislative Assembly of Macau or the Governor of Macau, who shall take the opinion of the Legislative Assembly of Macau, the Assembly of the Republic, which shall take the opinion of the Council of State, may amend or replace that statute. The President of the Republic shall not promulgate a decree of the Assembly of the Republic, where the proposal is approved with amendments, unless the Legislative Assembly of Macau or the Governor of Macau, as the case may be, gives a favourable opinion. And, the territory of Macau shall have its own judicial system that is autonomous and adapted to the particular circumstances of that territory, as provided by law, which shall give full effect to the principle of the independence of the judiciary*.

8 The formula used in Article 292 is ambiguous. We do believe that this is not due to a deficient *mens legislatori*, but reflects the la of clarity about Macau's status which was often different from how it appeared on paper. Macau was thus something strange to the Portuguese territory and definitely not a part of it, an anomaly, as mentioned before.

9 However, even before the Joint Declaration, Macau was referred to in Art. 5 not as being part of Portugal, but instead as being administered by Portugal. The 1989 revision moved the provision to the last chapter, Art. 292, and reinforced the transitional character of the arrangements by adding the phrase 'while under Portuguese administration'. On this, see for example, GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p 1076.

10 On an international law stance, Macau has been characterized by western scholars as a territory on a lease, a union community with Portugal enshrined in and by the Chief of State, condominium, a territory under an internationalized regime, a territory under a special situation, an autonomous territory without integration connected to a special international situation, a dependent community subjected to a dual distribution of sovereignty powers (in other words, China held the sovereignty right but Portugal was responsible for its exercise). Without doubt, it was an atypical situation. Since the Joint Declaration took effect, Macau was until 19 December 1999, an internationalized territory by international law standards, despite the absence of such a label in the treaty itself. For further information and references, see PAULO CARDINAL, *Macau: The internationalization of an historical autonomy,* forthcoming, Comparative national experiences of autonomy: Purpose, structures and institutions*,* Yash Ghai (editor), UHK, Oxford University Press.

11 AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* Lisbon: 1976, p 379.

12 With the exception of establishing and protecting fundamental rights, it should be noted.

were indirectly applicable to Macau—that is, through the Organic Statute and in the measure dictated by it.

Borrowing from JORGE MIRANDA, the constitutional and legal order of Macau constituted thus a juridical order *a se*.[13] The key norm in this atypical juridical construction was Article 2 of the Organic Statute which stated that the territory of Macau constitutes a juridical person of public law and enjoys administrative, economic, financial, legislative, and judicial autonomy, provided the principles and the guarantees for rights and freedoms established in the Constitution of the Republic and the Organic Statute are observed.[14]

II
The transition process – from territory under Portuguese Administration to SAR of the PRC

A first note is to clarify that by transition process we do not mean, nor it should be equivalent to the, resumption of full sovereignty by the PRC emanated in the transfer act proper.

On 20 December 1999, Macau went from being a territory under Portuguese administration to the resumption of full sovereignty by the People's Republic of China as a Special Administrative Region, in accordance with the Joint Declaration. This international treaty specifies that the SAR will enjoy a high degree of autonomy and will incorporate the basic policies stated in the Joint Declaration into a Basic Law.

The Joint Declaration describes the process leading the conclusion of the treaty[15] in its preamble and states, namely that the two countries agreed that a proper negotiated settlement by the two Governments of the question of Macau, which was left over from the past Thus Macau was a question left over from the past, both for Portugal and for China, an anomaly, then.[16] The Joint Declaration was thus concluded with the apex purpose of al-

13 *Funções, órgãos e actos do Estado*, Lisbon: 1990, p 260.

14 Thus, as long as these principles and these fundamental rights were being respected, the autonomy enjoyed by Macau was virtually untouchable. Note that the Portuguese autonomous regions, however, did not have (nor has today) a separate constitutional order, as the Portuguese Constitution is fully applicable.

15 See, on the process leading to the JD, FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, *O processo negocial da Declaração Conjunta-uma abordagem preliminar*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, Vol. 11, 2001, p 63 and ff.

16 From the perspective of China, Macau had never ceased being part of China, but had been occupied by Portugal, Basic Law, Preamble.

lowing China to resume the exercise of sovereignty over Macau in a peaceful and in *pacta* way, very in fashion in the late 20th century[17]. The Joint Declaration has been deposited at the United Nations by both contracting parties and is undoubtedly an international treaty proper[18] with all the legal consequences that implies.[19] It sets out the fundamentals of the process of transfer of sovereignty (with implications for the legal system, public administration, exercise of sovereignty powers, political structure, judiciary, and fundamental rights, among others) as well as a transition framework that works attached to the act of transfer of sovereignty itself.

The signing of the Joint Declaration initiated a transition period that served the process of the transfer. The first sub-period reached its end on 19 December 1999. Then a second phase of the transition started that will last for 50 years. During this latter period, the PRC has undertaken to uphold a set of binding principles, policies, and provisions that are included in the Joint Declaration and that impose limitations on China's sovereignty over Macau.[20]

This self-limitation on sovereignty is articulated in the 'One Country, Two Systems' strategy. Without question, the Joint Declaration constitutes a limitation on the exercise of sovereignty over the enclave. It is, however, a limitation freely created and desired by the two sovereign states in the normal exercise of their international legal powers[21], or, in other words, «*Under the Joint Declarations (JDs), the PRC was reduced in its sovereign compe-*

17 Just before the Sino-Portuguese negotiations began, a similar process was unfolding, regarding Hong Kong. The Macau outcome was strongly influenced by that example. China employed the now-famous 'One Country, Two Systems' formula coined by Deng Xiaoping in order to achieve the reunification of China. Of course the principle was originally designed for Taiwan, not Macau and Hong Kong. The ultimate goal is still the reunification of Taiwan, but that task was postponed—in a very Chinese fashion—to wait for a better moment. And, in the meantime, the idea was that Macau and Hong Kong would serve as good examples for the compatriots of the other side of the Straits.

18 On this, RUI MOURA RAMOS, *A Declaração Conjunta Luso-Chinesa na Perspectiva do Direito Internacional*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 74, 1998; CHEN ZHI ZHONG, *The Joint Declaration and the International Law,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, No. 11, 2001, p 89 ff. For Hong Kong, HURST HANNUM, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, UPP, 1996, p136, RODA MUSHKAT, *One Country, Two International Legal Personalities,* Hong Kong: Hong Kong University Press, 1997, pp 140-1.

19 FRANCES LUKE stresses this quality of the JD in *The imminent threat of China's intervention in Macau autonomy: Using Hong Kong's past to secure Macau's future*, American University International Law Review, Vol. 15, 2000, p 3.

20 On these issues on the idea of transition periods, see PAULO CARDINAL, *Macau: The internationalization of an historical autonomy, cit, passim*, especially pp 10-13.

21 The obligations created by the Joint Declaration vary according to whether they deal with Portugal or China. First and foremost is the obligation to transfer the exercise of sovereignty over Macau from Portugal to China. Other obligations arise as a result of this. These are provided for in the various sections of Point 2, in which the PRC government 'declares' that China 'will pursue the following basic policies regarding Macau'. There follows a list of eleven important 'policies' which will define the future Macau SAR. The list closes with a twelfth, which, while reiterating the text of Article 2 of the JD stresses that «*The above-mentioned basic policies… will be stipulated in a Basic Law… and they will remain unchanged for fifty years*».

tences, these purporting only to external sovereignty: defence and foreign affairs.».[22]

In conclusion, the Sino-Portuguese Joint Declaration envisages a transition period stretching from its implementation to the last day of the 50 years following China's resumption of sovereignty over Macau. One might well ask transition to what? The transition from Portuguese to Chinese exercise of sovereignty powers was accomplished in December 1999. But for a period of 50 years following the transfer, the Joint Declaration will remain in force, establishing a number of obligations on China.[23]

The Joint Declaration will remain a prominent source of law for the Macau SAR.[24] Its norms, characterised as 'policies' embodying China's post-99 obligations, may genuinely constitute 'material limits' on the legislative power responsible for drafting as well as amending the Macau Basic Law. The continuing validity and efficacy of the Joint Declaration is in fact assumed by the Basic Law itself.[25] In a sense, the Basic Law *does no more* than detail the policies stated in the Joint Declaration,[26] as foreseen in Point 12: «*The above stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this Joint Declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China by the National People's Congress of the People's Republic of China, and they will remain unchanged for 50 years.*». Thus, GOMES CANOTILHO sees the Joint Declaration as playing

22 ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework for legal co-operation between the "Two Systems" of the "One Country": the case of Macau*, Conference on Mutual Legal Assistance under 'One Country, Two Systems', Faculty of Law of the University of Hong Kong, 1999, p 2.

23 After the 50 years, then, China will be free of any obligations stated in the Joint Declaration and could, theoretically, for example, abolish the SAR, change its nature, eradicate the high degree of autonomy, transform it into a municipality, revoke the Basic Law, eliminate the use of Portuguese language, restrict fundamental rights, demolish the current social-economic system, get rid of independent judicial power, including that of final adjudication, abolish the free port and separate customs status, alienate Macau, grant independence, etc. etc.. JORGE GODINHO, *Macau SAR Business Law and Legal System*, forthcoming, Lexisnexis, states, «*Macau is now in a period of Chinese Administration under the conditions agreed between Portugal and China (1999-2049), and from 2049 it will commence a period of unrestricted Chinese Administration*» and, later on, «*The Sino-Portuguese Joint Declaration will then cease to apply and therefore the Chinese Administration of Macau will no longer have to follow its requirements*.». pp 2 and 5.

24 See, JORGE COSTA OLIVEIRA*, A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial,* Revista Administração, No. 19/20, pp 24-5; PAULO CARDINAL, *O sistema político de Macau na Lei Básica — separação e supremacia do executivo face ao legislativo*, Revista Administração, No.s 19/20, p 80; ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, paper presented to the 4ª Comparative Constitutional Law Standing Committee Conference, Bangkok, 27-29 May 1999, ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, p 14, 93.

25 Preamble and in Art. 144 by stating that the basic policies of the People's Republic of China regarding Macau have been elaborated by the Chinese government in the Sino-Portuguese Joint Declaration and that no amendment to the Basic Law shall contravene the established basic policies of the PRC regarding Macau.

26 In *The Joint Declaration and the International Law*, CHEN ZHI ZHONG writes that the Basic Law codifies the 12 points in JD Art. 2, p 92. In the decision on process 96/2002, the TSI (Court of Second Instance) a reference is brought to the densification of the Joint Declaration made by the Basic Law.

a role in guaranteeing, directing, stimulating, and interpreting the future Macau SAR.[27]

In short, we can say that the Joint Declaration works as a *grundnorm* for the Basic Law and consequently for the Macau's autonomic constitutional, legal, political, social and economic system[28] until 2049.

All the obligations created by the international treaty emanate guarantees that are proclaimed in the Joint Declaration and, in accordance with the *pacta sunt servanda* principle; none of those guarantees might be violated within the timeline prescribed by the international treaty. Of course, the Joint Declaration contains no mechanism for its enforcement[29], but respect for that *jus cogens* principle is a strong element and the international community in general and Portugal in particular should have a say in case of a breach.

III
The continuity principle as a master guarantee

A paramount principle in general, as well as in the fundamental rights area, is the principle of continuity.[30] «*The current social and economic systems in Macau will remain*

27 J. J. GOMES CANOTILHO, *As palavras e os homens—reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, O Direito, Oct. 1994, pp 7-8.

28 See, for example, ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework for legal co-operation between the "Two Systems" of the "One Country": the case of Macau*. It is important to note again that the Basic Law must nonetheless follow the provisions of the Joint Declaration, although in some cases it has failed to do so; see for example PAULO CARDINAL, *O sistema político de Macau na Lei Básica — separação e supremacia do executivo face ao legislativo*, Revista Administração, No.s 19/20, passim; for Hong Kong, YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional Order*, Hong Kong: HKU Press, 1999, p 146.

29 See, for example, ARNALDO GONÇALVES, *Les implications juridico-constitutionelles du transfert de la souveraineté de Macao a la République Populaire de Chine*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1993, p 838. MARIUS OLIVIER, *Hong Kong: An exercise in autonomy?*, p 88, states, for the similar Hong Kong situation, «*The true sovereign and the final authority will be the PRC itself. It remains accountable to the United Kingdom, however, to the extent that it may be found to be in breach of the… provisions of the Joint Declaration.' He notes, however, that a 'major problem, however, is the fact that no provision is made for the independent settlement or adjudication of disputes arising from the terms of the JD, a problem which is complicated by the PRC´s reluctance to accept the jurisdiction of the International Court of Justice*», p 62. One could add the fact that, contrary to general practice, the international treaty was not written in a third neutral official language. But none of these impair the validity of the JD up to 2049. As CHEN ZHI ZHONG writes in *The Joint Declaration and the International Law*, the obligations stipulated in the JD cannot be changed by either party unilaterally even by reason of its own national laws, cit, p 91.

30 On this principle, among others, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial,* Revista Administração, No.s 19/20, 1993, PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia no Contexto da Lei Básica*, AAM, Macau, 1992, pp 71 - 77, *idem*, *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*

unchanged, and so will the life style.[31] *The laws currently in force in Macau will remain basically unchanged.*».[32] Continuity of the social system and of the economic one and also continuity of the normative acts basically unchanged, also referred to as the principle of the inalterability of the essential. One of the main pillars of the transition is thus clearly proclaimed in this normative discourse, the principle of continuity,[33] thus reinforcing the idea of it being based on the previous special identity of Macau. In other words, the contents of the autonomy should not be less than that enjoyed by the Territory of Macau under Portuguese administration.[34] The Joint Declaration points to this and in addition, effectively serves to extend the Macau autonomy, such as by mandating a self contained judicial system.

However this principle do not affirms itself as absolute, such meaning that the principle of the continuity does not have to be faced as meaning intangibility. It does not claim as synonymous of intangibility inasmuch as contracting parties they had intended to prevent an undesirable sclerosis of the legal system.[35] In the truth, this characteristic of elasticity, though limited one must point, of the principle of the continuity consists itself as an added guarantee to the effective survival of the legal system since it allows it, without abdicating however of its essential characteristics,[36] to adapt it to the natural and unexpected evolving

ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, paper delivered to the 4th Comparative Constitutional Law Standing Committee Conference, Bangkok, May, 1999, pp 46 ff. For the Hong Kong case, YASH GHAI, *The continuity of laws and legal rights and obligations in the SAR*, Hong Kong Law Journal, Vol. 27, 2, 1997, where the authoritative Author clearly stated that *«These issues need careful consideration when there is a change of sovereignty to ensure certainty and clarity in the new legal regime and that the vested rights are maintained… These considerations are particularly important in Hong Kong where the basic intention as reflected in the Sino-British Joint Declaration and the Basic Law is to maintain stability and prosperity by continuing most aspects of previous systems, particularly of the laws. »*, pp 136-137.

31 The maintenance of the life – style was considered by ANTUNES VARELA, as being the most precious of the values that the PRC solemnly promised to respect in the future half century, both in the Joint Declaration and in the Basic Law, *O domínio público e o domínio privado sobre as terras e as águas do território de Macau*, Revista Jurídica de Macau, special issue A questão das terras em Macau – Doutrina, 1997, p. 460.

32 Joint Declaration, Point 2 (4) and see also I and III of Annex I with some differences in the language of the late norms.

33 JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, elaborates on the continuity as a principle as well as on Constitution versus continuity and, among several other important reflections that may apply to the Macau *casu,* says that continuity does not suffer a bigger fracture with a new Constitution compared to the erosion that may happen due to the normal activity of the constituted powers.

34 VITALINO CANAS, *A extensão da autonomia de Macau na comunidade e na lei*, Boletim da Faculdade de Direito, 12, 2001, p 226.

35 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, 2006, p 32.

36 LIUTING WANG, *Macao´s return: Issues and concerns*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 22, 1999, No. 2, p 180 tells us about the necessity of the new sovereign to acknowledge the existence of a differentiated legal system in Macau and of the local social custom's. It worth's mention some of the following ideas: the creation of new legislation imposes that it should be prudently taken in consideration the relationship between the Basic Law and the laws previously in force, but also the maintenance of the European continental legal system characteristic as a way of underlining the typical style of Macau, and, it should be mentioned that one of the messages

of the social system where it is inserted. If it is the *veritas* that the legal system will have to be maintained although not in absolute terms, however it is not less true than it could only be modified in the respect to the limits established for and in the Join Declaration.[37]

The limit to the fullness of the principle of the continuity could not be reduced only to the thesis of the maintenance of the laws saved in that to oppose the Basic Law or in that it will be subject to posterior alterations, otherwise that will simply mean carrying out the emptiness of that apex principle and consequent uselessness. To us, one has to admit the possibility of introduction of those alterations not being, however, permissible that these alterations consubstantiate basic changes.[38] With this we intend to mean that the general principles that characterize/shape the Macau legal system cannot be disregarded as well as diverse legal regimes - for example of the fundamental rights in general and of each right in itself - they cannot have its ratio deviated or overwhelmed. In other words, the essential content of a given juridical regimen will have to be respected and kept.[39]

Thus, the principle of continuity - of the present social and economic systems, and, in order to secure this, the laws currently in force will remain basically unchanged - constitutes itself as the master guarantee of the transition process as we envisage it. This principle is reinforced in Annex 1, III, of the Joint Declaration, which states that following the establishment of the Macau SAR the laws, decree-laws, administrative regulations, and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained unless they contravene the Basic Law or are subject to any amendment by the Macau legislative body. The Macau Basic Law contains an identical provision. One has to assume and to print in these lines that we firmly disagree with those that wish to analyse the concept of laws previously in force inserted in the Joint Declaration as excluding the normative acts that were originated externally that is in Portugal. With effect, nothing in the international treaty, its wording or its spirit, allows to amputate in this way the principle of the continuity.[40] As one also does not accepts doctrine that it intends to still impose more fracture on the principle of the

contained in the One county, two systems is the admissibility of a regime left by a foreign State in the condition that it is not in violation of the Basic Law, SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, No. 13, 2002, p 54.

37 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, 2006, p 32.

38 LOK WAI KIN seems to be purporting a somehow similar idea by proposing a difference between the *spirit* of the laws and its basic value as opposed to the specific writing of the normative rules. This later ones would be changeable. One can assume that those firstly mentioned would not, *Impacto da Lei Básica da RAEM na concepcção do Direito de Maca*u, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, No. 13, 2002, p 61.

39 PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia cit*., pp 74-75.

40 See, for further elaboration and references, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, Mexico, 2006, p 33-34.

continuity by reverting this guarantee only to the legislation approved prior to the Joint Declaration.

Besides the general principle of continuity, the Joint Declaration, and the Basic Law, states that all fundamental rights and freedoms will be ensured thus ensuing an autonomic dimension of the principle of continuity thus reinforcing it in this field. The continuity principle is the guideline; hence, the idea of 'permanent' fundamental rights in spite of the transition of the legal system.[41] We will return to the subject of continuity specifically referring to fundamental rights later on this paper.

III
An internationally plugged autonomy breaking the traditional boundaries of subnational units

To really understand the autonomy of the SAR one must resort again to the Joint Declaration. For the 50 years that started on 20 December 1999, the Joint Declaration will be the genesis, the anchor, and the guarantee of Macau's autonomy.[42] That is why we can affirm that the S.A.R. autonomy is a *plugged* one. Plugged to an international treaty, thus this autonomy, in contrast to the most known models, does not rely upon solely a domestic act, be it a Constitution be it a Basic Law. It does not rest freely and unlimitedly on the sovereign power the legitimacy of, and the disposal of, the Macau autonomy which are due to the Joint Declaration guarantees and from it, Macau *receives its superstructure conduit*. Referring to Hong Kong, it was written by ZHU GUOBIN that *«The power of autonomy enjoyed*

41 Our, *Permanent fundamental rights in a legal system in transition*, Lawasia, Seoul, 1999.This apparently paradoxical relationship—transition versus continuity—can be defined as a political and diplomatic formula created to ensure some balance between the resumption of sovereignty by a sovereign state and respect for the history, culture (including the legal culture), and specific identity of Macau. It also acts as a vote of confidence in the future by respecting the past. So, if it is true that we faced a change in the landlord in Macau, it is also true that the transition will not eliminate what existed before December 1999, but on the contrary it will maintain it, or continue it.

42 Making the same point, MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, *A Região Administrativa Especial de Macau e o Direito Internacional,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, No. 13, 2002, p. 203. Although the SAR is founded on the basis of the One Country, Two Systems policy, ZHU GUOBIN asserts, «*This political structure is, however, a result of the Joint Declaration even if an invention of the Chinese government*», in *Redefining the Central-Local Relationship under the Basic Law,* paper given at One Country, Two Systems: Theory and Practice international conference, 1997. Arguing that the HKSAR is a creation of international law, RODA MUSHKAT, *Hong Kong as an international legal person,* Emory International Law Review, No. 114, page 110; arguing against this view, among others, MARIUS OLIVIER, *Hong Kong: An exercise in autonomy?* One country, two systems: Theory and practice international conference, Hong Kong, 1997, p 88.

by the HKSAR does not derive from a delegation by the Central People's Government, but from an international arrangement based on the realpolitik and reasonable separation of power between the Central and SAR governments. We should not ignore the function of the ´twelve items of policy´ included in the article 3 of the Joint Declaration… ».[43]

The Joint Declaration is, thus, the genesis and anchor of Macau autonomy That is, in our view, the appropriate conclusion. The assertion that Chinese institutions and the Chinese Constitution are the primary source of Hong Kong and Macau's autonomy[44] leads to the denial of any role post-transfer for the JD. The PRC Constitution opens the door in Art. 31, the NPC may even be the key to that door, but the creators and delivers of the autonomy institution, or the parents, are the signatory parties, Portugal and China, through a bilateral agreement. Both states are the parents even though the guardian and the parent that directly cares for the child—MSAR—is China. Thus the Joint Declarations present a framework for Macau's autonomy that has two main characteristics: the autonomy is internationalized and is temporary, and for the duration of the 50-year period covered by the Joint Declaration[45] it operates under the principle of continuity.[46]

Something is written differently. Article 2 of the Basic Law states: «*The National People's Congress authorizes the Macau Special Administrative Region to exercise a high degree of autonomy*», with the inference being that the NPC is the source of the autonomy which is bestowed as a gift to Macau. As a proclamation of sovereignty to an audience that includes the Chinese diaspora and the Chinese inhabitants of the SAR this view have a certain appeal, but on juridical grounds alone, immune from any political influence, it is incorrect.[47]

In truth, this concrete autonomy vis-à-vis the PRC is possible only because Macau *fully* returned to the motherland, but this return happened due to the international agreement and, the reunification came with a package of prices, as described above. The estab-

43 *Redefining the Central-Local Relationship under the Basic Law,* paper given at One Country, Two Systems: Theory and Practice international conference, 1997, p. 6.

44 Among many others, see ZENG HUAQUN, *Hong Kong's autonomy: Concept, development and characteristics*, China: An international law journal, 1/2, 2003, pp 320 ff.

45 If after those fifty years autonomy remains unchanged it will have a different legal foundation guaranteed in a different way.

46 The Joint Declaration first stipulates that the government of the People's Republic of China will resume the exercise of sovereignty over Macau with effect from 20 December 1999 thus allowing for the accomplishment of reunification of Macau with China, and consequently the establishment of an entity integrated with, but separate from, the PRC: The SAR is the juridical person that embodies the new autonomic reality within Chinese sovereignty.

47 Where the Joint Declaration is silent but the Basic Law grant powers to the SARs it should be considered a situation of delegation, especially if they are not derived from general principles stated in the Joint Declaration.

lishment of a SAR and endowing it with a high degree of autonomy represented a bilateral will and not the single will of one of the parties. Moreover, the competences—and the duty—to establish these arrangements were set by the international treaty, not by China and even less by one of its political institutions.

Saying that 'the NPC authorizes' is legally untrue and unrealistic since it does not have the power to do this. At the most one can concede that the NPC is mandated by the parties[48] to act in this fashion and acts, in a sense, in accordance and within that internationalized mandate. But the NPC could only act after the JD, since if the NPC already had the power to give such authorization one would have to conclude that the JD was not necessary at all. One can confirm this assertion with some Joint Declaration norms: *The above-stated basic policies and the elaboration of them in Annex I will be stipulated in a Basic Law by the National People's Congress of the People's Republic of China,* 2, 12, JD and, *The National People's Congress of the People's Republic of China shall enact and promulgate a Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China, stipulating that*…, I, Annex I. One can see that it was decided in the international treaty that the domestic competent body would be the NPC and, more, that its competence would be predetermined in the sense that it would have to enact a law (no choice either to enact or not) and the contents of that law would have to, at least to a certain extent, respect previous and superior basic rules and principles set forth bilaterally.

The Joint Declaration presents a framework for Macau's autonomy that has two main characteristics: the autonomy is internationalized[49] and temporary, and for the duration of the 50-year period covered by the Joint Declaration[50] it operates under the principle of con-

48 FRANCES LUKE, says «*In order to implement the Declaration, China and Portugal selected China's National People's Congress to legislate a Basic Law for Macau*», *The imminent threat of China's intervention, cit*, p 4.

49 The case of South-Tyrol is a point of reference and comparison for the autonomies of Macau and Hong Kong. Surprising as it may seem, that case shares more of the 'uniqueness' of the Macau and Hong Kong autonomies. In fact, they have in common a transfer of sovereignty—at least to a certain degree—from one sovereign state to another sovereign state; that transfer was agreed and laid down in an international legal agreement; those agreements were deposited at the UN; thus, the foundation of the autonomy is primarily internationally based; the level of autonomy enjoyed is of a greater range than other autonomous regions that exist only by means of domestic law; in these cases one finds that there are at least two official languages within the juridical boundaries of the autonomies, the language of the 'new' sovereign as well as the language of the previous one. On this, see OSKAR PETERLINI, *The South-Tyrol autonomy in Italy: Historical, political and legal aspects,* PETER HIPOLD, *Aspetti internazionali dell´autonomia de´ll Alto Adige*, pp 89 ff, in L´ordinamento speciale della provincial autonoma di Bolzano (cura, J. Marko, S. Ortino, F. Palermo), Cedam, 2001. On the internationalised origins of autonomy, see also MARKKU SUKSI, *The self-government of the Aland islands in Finland: Purpose, structures and institutions* .In general and providing several examples and nuances, both historical (such as Memel) and contemporary (such as South-Tyrol), see YORAM DINSTEIN, *Autonomy (International guarantees of autonomy*), pp 243 ff, in Beyond a One-Dimensional State: An emerging right to autonomy? (ed Zelim A. Skurbaty), Martinus Nijhof, 2005.

50 If after those fifty years autonomy remains unchanged it will have a different legal foundation guaranteed in a different way.

tinuity or unchangeability.[51] It first stipulates that the government of the People's Republic of China will resume the exercise of sovereignty over Macau with effect from 20 December 1999 thus allowing for the accomplishment of reunification of Macau with China, and consequently the establishment of an entity integrated with, but separate from, the PRC: 'The People's Republic of China will establish a Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China upon resuming the exercise of sovereignty over Macau.'[52]. The SAR is the juridical person that embodies the new autonomic reality within Chinese sovereignty, *The Macau SAR will be directly under the authority of the Central People's Government of the PRC, and will enjoy a high degree of autonomy, except in foreign and defence affairs, which are the responsibilities of the Central People's Government. The MSAR will be vested with executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication.*[53] This paragraph vests the SAR with the traditional trinity of normal statehood functions, while at the same time establishing the limits of its autonomy.

While the Joint Declaration works as a *grundnorm* for the Basic Law and consequently for the Macau's autonomic legal system,[54] there is sometimes a significant discrepancy between them, as one can see later. In that sense, the so called constituent power of the Chinese body concerning the SAR has limitations and it is not absolute[55].

Macau enjoy a high degree of autonomy, except in foreign affairs (with however significant exceptions) and defence. And «*despite the use of the adjective 'administrative', its autonomy is political given that the scope is not merely administrative, but it also holds powers of a state nature, in what interests us here, legislative powers*.».[56]

The package of powers allocated to the SARs is huge and in a general view cannot be found even in formal and dynamic federated states.[57] For example, in the area of foreign

51 FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, *Accommodating diversity: Macau under China's Constitution*, in *Macau on the threshold of the third millennium*, Macau, Instituto Ricci, 2001, p 107.

52 Point 2 (1) and reafirmed on point I of Annex I.

53 Point 2 (2) and I of Annex I.

54 *Macau's legal system will have a new constitutional Grundnorm: the JD itself, which is the body of principles and rules defining its autonomy as an SAR and limiting Chinese sovereignty*., ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework for legal co-operation between the "Two Systems" of the "One Country": the case of Macau*, *cit.*, p 3.

55 JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, warns that even though the constituent power can shape the contents of the constitutional law as freely as it wishes however this absolute power in terms of defining the scope of applicability is restrained externally – international law - up to the existence of limits that reduce the absolute to impotence, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, p 54.

56 FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy,* paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

57 For an analysis of the SARs autonomy and comparative study, see MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative*

relations they can conduct or by having formal borders and customs controls inside the same country. But also in many other areas such as in the enjoyment of a range of powers: executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication. Or, in a most unique fashion, a virtual total formal exclusivity on the area of fundamental rights. There are some limits imposed on the subnational entities scope of autonomy and mechanisms envisaged for or that can operate as limitation clauses such as, for example, via the interpretation complex procedures and, ultimately, by the fact that the power to revise the Basic Laws rests with the center not with the periphery entities, albeit with some – relevant – constraints upon the center.

Let us start by the external affairs sphere. Using the name 'Macau, China', (or Hong Kong) the Macau SAR may on its own maintain and develop economic and cultural relations, and in this context, conclude agreements with states, regions, and relevant international organizations. It may issue its own travel documents. The establishments of these guarantees are of a particular significance if comparisons are made between the SAR and other examples of autonomy around the world. In fact, even states in federations are not granted such a degree of independent interaction in the international legal order as the SAR.[58] It is expressly provided with an international legal capacity either to conclude international treaties or to join international organizations.[59] Thus the limitations on autonomy concerning foreign affairs are, in fact, qualified, making the autonomy in some ways more extensive than others elsewhere.[60] *Perhaps the most distinctive feature of the agreement is the extensive authority granted to the (…) SAR in the area of foreign relations and participation in international organizations*, says HURST HANNUM.[61] Where else are there formal borders and customs controls inside the same country as there are between the MSAR and the rest of China?

Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach,* FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy,* papers delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007

58 WANG SHUWEN, *As características da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau,' Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, No. 1, 1997, p 46, concludes that some of the powers enjoyed by the SARs cannot be seen in federal systems.

59 Annex 1, VIII.

60 , XIAOBING XU / GEORGE D WILSON*, The Hong Kong Special Administrative Region as a model of regional external autonomy, Case Western Reserve Journal of International Law, Winter, 2000* pp 2-5, stress that Hong Kong (and Macau) arguably enjoys, in real terms, more far-reaching external autonomy than any other region in the world, historical or current.

61 *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, UPP, 1996, p 140.

The principle of autonomy is extended not only to the rules but also to the people of the autonomy; the Joint Declaration states that both the government and the legislature of the Macau SAR will be composed of local inhabitants. Another principle is autonomy of decision-making. Macau will, 'on its own', decide policies in the fields of culture, education, science and technology, and protection of cultural relics. This is among several areas on which the SAR is given the power to decide by itself.

The international treaty granted an unprecedented autonomy and incorporated a wide range of detailed guarantees. It resulted from the free will of two sovereign states that converged and were legally formalized in the Joint Declaration—not as a result of any unilateral will, either of China or Portugal. On the other hand, and again in accordance with the JD, it was necessary to further detail the contents of those policies/principles, thus the necessity of a domestic legal act—the Basic Law.

The Basic Law states that Macau is *authorized* to exercise a high degree of autonomy. As in the Joint Declaration, this is to be realized through the MSAR's enjoyment of a range of powers: executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication; the power independently to conduct, in accordance with the Basic Law, 'relevant external affairs', to use the Portuguese language as an official language of the SAR ; to exercise immigration controls over the entry, stay, and exit of foreign nationals ; and to maintain public order in the SAR. To this end, the socialist system will not be practiced in Macau, and the SAR is to keep its own system. The fundamental Law provides for the system to be used in Macau: including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, the executive, legislative and judicial systems. In addition, the PRC's national laws will not apply, apart from those listed in Annex III to the Basic Law. In order to protect Macau's autonomy, the Law specifies that «*No department of the Central People's Government and no province, autonomous region, or municipality directly under the Central Government may interfere in the affairs which the MSAR administers*.» These are just some of the items from an enormous list that is presented in the chapters on the economy, culture and social affairs, and on external affairs.

A point to underline is that the Basic Law seems to contain the possibility of expanding the SAR´s autonomy. It states, that *the MSAR may enjoy other powers granted to it by the National People's Congress, the Standing Committee of the National People's Congress or the Central People's Government.*».[62] Such powers, one would assume, would not be

62 Art. 20. VITALINO CANAS, *A extensão da autonomia de Macau na comunidade e na Lei*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 12, 2001, p 244, makes this point despite considering the article an enigma.

those dealing with the already existent autonomy, but ones that cross the boundaries of autonomy and deal with reserved subject matters like, for example, external relations.

As to the limits of autonomy one has to say that the autonomy envisaged by the Joint Declaration has certain natural limits, and the Basic Law also expressly provides for certain other limitations that were initially expressed the treaty.

First of all, Macau is Chinese territory, and the government of the People's Republic of China has resumed the exercise of sovereignty over it. Sovereignty now resides solely in the Chinese state, both in its title and in its exercise,[63] and the form of the autonomous entity is that of a special administrative region while the legal domestic document is a basic law enacted by the central authorities and not by the autonomous entity (although as seen, the external *pacta* source must be complied with meaning that sovereignty resides solely in China and in no other but it is delimitated by the JD). Second, there is a temporal limitation: the principle of the internationalized autonomy (and of continuity) will remain in force for fifty years, hence it is guaranteed only for that period of time. Finally, the SAR will enjoy a high degree of autonomy, except in foreign affairs and defence, which are the responsibilities of the CPG. However, as mentioned above, there are exceptions that allow for the SAR to exercise extensive autonomy in external affairs.

The first and third of these limitations can be considered as inherent in any phenomenon of autonomy, while the second is directly connected to the internationalized nature of the granting process. Several further limitations on Macau's autonomy that are specific to this instance are laid out in the Joint Declaration and in the Basic Law.

One should bring a couple of examples of some limits of autonomy established by the Basic Law.[64] Article 18 states that the NPC Standing Committee may add to or delete from the list of national laws applying to Macau in Annex III, it can do so only after consulting the Committee for the Basic Law of the MSAR and the SAR government. This process attempts a certain balance between the centre and the autonomous unit. Furthermore, laws listed in Annex III are confined to those relating to defence and foreign affairs, as well as other matters outside the limits of Macau's autonomy, 'as specified by this Law'. Especially when read in conjunction with point 2, second paragraph of the JD stating that Macau will enjoy a high degree of autonomy, except in foreign and defence affairs, this restriction appears to presuppose that the residual powers not expressly allocated to Macau or the PRC

63 On this point, MARIUS OLIVIER, *Hong Kong: An exercise in autonomy?*, *passim.*

64 For further elements, PAULO CARDINAL, *Macau: The internationalization of an historical autonomy, Macau – the internationalization of an historical autonomy,* forthcoming *in* Comparative national experiences of autonomy: Purpose, structures and institutions*,* Yash Ghai (editor), UHK, Oxford University Press.

should be considered to be vested in the SAR, as the promised 'high degree of autonomy' will be only limited in foreign affairs and defence matters, leaving the rest, all the rest, in the hands of the SAR. That is to say, regarding limitations on subject matters, the mechanism is one of a closed list composed of only two areas, and notably the list is one of exceptions and not one of devolved matters as is the case in so many autonomies. Besides, if this is not so, we can ask how could one expect the SAR fully to explore the guarantees in the Basic Law[65] aimed at ensuring that the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years?[66]

Certainly that way of life and its maintenance over its several fields presupposes that action can be taken in all the areas specified in the Basic Law, but not only those. If there is no provision in the Basic Law concerning the protection of endangered wild life, or agriculture, fisheries, urban planning, weights and measurements standards, should that mean that the SAR cannot act, for instance by means of legislation, in those areas? Would the PRC have to take care of such matters? We do not think so and believe that the spirit and extent of a high degree of autonomy does not point that way either.[67]

Article 144 establishes that the power of amendment of the Basic Law shall be vested in the NPC. This is the corollary of the above-mentioned limitation on the form and the source of the domestic legal instrument which is to detail the autonomy structure of Macau. The NPC Standing Committee, the State Council, and the Macau SAR have the power to propose bills amending the Basic Law. Although the fact that the MSAR may propose amendments does reflect some degree of autonomy, in this specific aspect Macau enjoys less autonomy than before.[68] Before a bill can be put on the NPC's agenda, the Macau Committee for the Basic Law must study it and submit its views to the NPC. No amendment may

65 VITALINO CANAS, *A extensão da autonomia de Macau...*, pp 242-3. For a different perspective, see among others, YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional Order*, 1997 edition, pp 146 ff, with detailed analysis, examples and references to official Chinese doctrine against the allocation of residual powers to the SARs. The issue of sovereignty is a powerful one indeed but it cannot, alone and by itself, stand against the vesting of residual powers on the SARs and, it is important to note once more, sovereignty is limited in pacta by the JD for the period of fifty years, thus the relevance of this argument is softened.

66 These questions were already put forward in ours *Macau: The internationalization cit*.

67 Even if the common rule in autonomous regions points in the opposite direction, one must remember that the SAR autonomies do not fit into any classical autonomy model. This SAR autonomy is different and goes beyond traditional boundaries in many ways, even exceeding the level of autonomy of local units in federated states (for example in having its own currency, establishing formal frontiers and customs control with the rest of the country, issuing autonomous passports, as seen above), thus challenging the claims of those who would put a restrictive gloss on the powers of the SARs by citing the fact that formally they are not states in a Chinese federation. Article 20 of the Basic Law should also be interpreted in this light.

68 Although the revision of the OS was vested in the Portuguese parliament, it depended exclusively on the impulse of the local autonomy bodies as mentioned above. See FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, *Portugal, a China e a Questão de Macau*, Macau, IPOR, 1995, p 140.

contravene the 'established basic policies' of the PRC regarding Macau. This last statement is of critical importance in the maintenance of autonomy, since these policies are those that were the object of agreement and were thus detailed in the Joint Declaration, hence we find here a clear assumption of the necessity of respecting the JD, at the very least to what is part of the said basic policies.[69]

Finally, Article 143 could potentially serve either as a threat to autonomy or create possibilities for its expansion.[70] We will come back to the issue in correlation with fundamental rights.

IV
Is comparative constitutional law faced with an *anonymous* new federalism?

To be aware of this singular constitutional concrete status constitutes a necessary condition a full understanding of an attempt to apply a branding. In truth, without grasping it, we believe any analysis would be incomplete and inadequate. For instance, the *blind* application of federal models or regional autonomy ones to the SARs would prove inconsistent, with a deficit and probably incorrect in finding an answer. Not that we are refusing the importance and use of the constitutional comparative law; on the contrary. What we advocate is a *modern* «*open mind*» and comprehensive approach in which one we will find that, in some areas, *traditional* autonomy solutions are identified in Macau whereas, in other areas, federal ones are clearly in place and, in some other spheres, perhaps other territorial organizatory models will come to hand. As emphasized by MARCO OLIVETTI,

69 This circumstance is not new in constitutional law, as JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS states that the constituent revision power is radically limited, in its existence and in its definition and scope of its capacity, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, pp 101 ff.

70 That is if there were a trend in interpretation friendlier to the autonomy and its expansion than one that favours the centre. This may not be likely but, in theory, the potential for broadening is there or as said, «*This power can be used to limit Macao's autonomy or as a simple safeguard of Peking's competences. Time will tell which tendency has more weight*», FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy,* paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007. As for Hong Kong, «*Unfortunately, the constitutional problems have not been resolved by this modus vivendi. The Basic Law is not self-contained – it has not established a complete constitutional "firewall" around the HKSAR. There remain several means by which China's laws – and legal mores - may cross the border and mingle adversely with Hong Kong's common law regime. The most detrimental conduit has been and remains Article 158 of the Basic Law, which allows the Standing Committee of the NPC to interpret the Basic Law*», FU HUALING and RICHARD CULLEN, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: But Hong Kong Should Seek A Better Way…*, Hong Kong Journal, 2006, II, http://www.hkjournal.org/archive/2006_spring/rao.html.

«Placing the two SARs in a comparative perspective is (…) highly problematic. This model of autonomy includes elements typical of the regional, the federal, the unitary and the confederal arrangements but it does not correspond to anyone of these».[71]

Besides the above particular local circumstance, in a general plane, it is now truly undeniable that even when faced with classic federal or regional autonomies models, there is not a crystal clear separation between them. It is a given fact the multitude of specific solutions in existence in composite states, be it federal or regionalist ones. In contemporary times the once clear cut division between federations versus regionalized states has become a tenuous blurred even intermixed borderline.[72] It is not needed to point out significant differences at various levels among the federal legion, for example between Germany and Argentina,[73] nor between the regionalized states, as between Portugal and Spain. And it is not necessary also to advice on the strong powers enjoyed by Italian and Spanish autonomous regions (irrespective of their designation, which also varies considerably) that make some author placing them in the federalism path. It is also well know that for several reasons that both federal and regionalized forms are gaining much ground and becoming more topical than ever.[74]

However, none of the above has posed a more complex challenge to the theorization of the composite state forms as the SARs of the People's Republic of China. In truth, it seems that is clear that one can, obviously, find elements of regionalism but also of

71 *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models,* paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007. ALBERT CHEN, for example, states that «*this autonomy is quite innovative», O conceito de um país, dois sistemas e a sua aplicação a Hong Kong, Taiwan e Macau*, Revista Jurídica de Macau, special issue, 1999, p. 253

72 FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy,* paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007, says, that «*In recent decades, doctrine has shown a confluence between the concepts of federal state and regional state due to the centralisation processes undergone in the first, and the qualitative and quantitative increase in the powers of the second.*», and, «*Many of the criteria defined as essentials of the federal state are also present in the states classified as regional (power of self-organisation, exercising of state powers), others have been 'demystified' (originating nature of the federated communities as well as their state and/or sovereign nature) or have been relativised (existence of their own legal power, participation in a second chamber of the national parliament and participation in the reform of the common constitution) . The majority of criteria that theoretically separate the federal state from the regional state are elements with a historic connection that explain how the federal state was formed (…), Transferring historical determinants to legal reasoning entails the inoperancy of the notion of federal state beyond its simple nominalism in certain countries.*»; see also, for example, GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, UNAM/SEPS, Mexico, 2004, pp 326ff .

73 An example among others. ANTONIO HERNANDEZ tells us of a deep process of centralization in Argentina contrary to the federal model envisaged in its Constitution, *El federalismo a diez anos de la reforma constitucional de 1994*, Cuadernos de federalismo, 2005, pp 65 ff.

74 PETER HABERLE, *Current problems of German federalism*, in Federalism and Regionalism in Europe, (ed) A.D´Atena, Napoli, 1998, pp 119 ff. In this work one is given several reasons for this advance of the composite state, such as the «Europe of the Regions» factor.

federalism,[75] «*No federal state of which I am aware would tolerate a similar degree of separateness or autonomy on the part of any one region within the same country*.».[76] Bearing in mind what was written supra, namely on the powers of the SAR, some characteristics can be deemed as almost federalistic or as incorporating a proto-federalistic phenomenon[77] but that does not seem to worry the PRC as long as it is still labeled as a normal unitary state and the formula works.

It has been proposed that Macau should be named an *Exceptional* Administrative Region, rather merely a 'special' one, since 'special' is insufficient to describe the nature of the SAR's status and the dimension of the powers that it enjoys.[78] This argument seems persuasive, given the nature of the autonomy outlined above, which does not fit into any category of existing autonomous entities or even states within federations – in truth, it seems that the SARs are vested with characteristics that go beyond any substate entity[79] and resemble a (non integrated) State in some circumstances.[80]

And that is why we ask if the S.A.R. autonomy incorporates a sort of «new» federalism although anonymously. Do we have here *an anonymous federalism*? One does not forget the inexistence of some classical features of federalism, such as the *Kompetenz-Kompetenz.* As someone said, the regime of the SAR under the one country, two systems framework brings to the centralized state system some federalist characteristics, concluding that China

75 For example, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach cit.*.

76 DANIEL FUNG, *Foundation for the survival of the Rule of Law in Hong Kong: The resumption of Chinese sovereignty*, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, 1, 1996-7, p 292.

77 JOSÉ CASALTA NABAIS describes a high degree of complexity and originality that does not fit any previous models, *Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo?,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, Vol. 12, 2001, pp 33-34. Or, as MARCO OLIVETTI, puts it, «*In the case of the SARs, the lack of homogeneity not only is allowed or tolerated, but it is directly imposed to the Regions be their Basic Laws, up to the point that they couldn't even reduce or remove it (e.g. adopting a socialist system). Here lies in my opinion the core problem of every attempt to classify the SARs using the models created in the literature over territorial distribution of powers. None of these models and none of existing experience allows such a difference of political structure, of socio-economic model and of fundamental rights regulation between the centre and the autonomous entities like the one foreseen by the Hong Kong and Macao Basic Laws*.», *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models,* paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

78 JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau—Contributo para uma compreensão de direito constitucional,* Boletim da Faculdade de Direito, No. 13, 2002, p 195, asserts this position, on the basis of a schematic analysis that divides the juridical norms into general, special, and exceptional ones. «*Of course, I am not seriously proposing changing the designation, since such a change would also call into question the use of 'administrative' in 'administrative region'*». As explained by XU and WILSON, the problem was that he term 'autonomous region' had already been allocated in the Chinese system. *The Hong Kong Special Administrative Region…*, p 7.

79 JOSÉ CASALTA NABAIS, *Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo*?, p 32.

80 VITALINO CANAS, *A extensão da autonomia* cit, p 240.

now has a combined system of federalism and unitary state.[81] One will try to elaborate a listing, non exhaustive, of characteristics that point to the different forms. Due to lack of time and due to what is written elsewhere in this paper one will not present extensive explanations on most of the listed elements – therefore one asks to bear in mind the other parts of the paper.

Macau enjoys a high degree of autonomy, except in foreign affairs (with however significant exceptions) and defence. And «*despite the use of the adjective 'administrative', its autonomy is political given that the scope is not merely administrative, but it also holds powers of a state nature, in what interests us here, legislative powers*.».[82] The package of powers allocated to the SARs is huge and in a general view cannot be found even in formal and dynamic federated states.

The center Constitution has little to say besides a somehow enigmatic and empty norm, article 31 that declares, «*The state may establish special administrative regions when necessary. The systems to be instituted in special administrative regions shall be prescribed by law enacted by the National People's Congress in light of specific conditions*. ». Truly little can be retained from this legal narrative.[83] Why is this so? In the Preamble to its Constitution, the People's Republic of China proclaims itself to be a unitary multi-national state, thus not allowing—at least from a formal point of view—any kind of federalism[84]. It also prescribes socialism as the system practiced by the PRC. The scheme of administrative divisions it establishes also does not accommodate the idea of the SARs[85]. Thus the

81 IEONG WAN CHEONG, *One China, Two Systems and the Macao SAR,* Macau, University of Macau, 2004, pp 233-4.

82 FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy,* paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

83 MARCO OLIVETTI says, «*there is no constitutional foundation of the autonomy of the SARs at the central level. Art. 31 of the Chinese Constitution is of course the constitutional base for the formation of Special administrative Regions, but in this article there is neither a list of these kind of Regions, nor is the objective situation in which a SAR must be created (these Regions can be created "when necessary") described in a way that can limit the discretionary power of the NPC.*», *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models,* paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

84 As ALBERT CHEN warns, «*The People's Republic of China (PRC) has always insisted that it is a unitary state and cannot accept a federal structure. The concept of a special administrative region (SAR) within the PRC with a high degree of autonomy, and the related concept of "one country, two systems", represent a substantial modification of the original model of a highly centralised unitary state*», T*he theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong*, paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

85 The PRC Constitution incorporates significantly different approaches to regional autonomy, and even establishes different constitutional norms for the "domestic" autonomies and for the SARs in articles 30 and 31 respectively. Article 30 lists the administrative divisions of the state, including the autonomous regions, but not the special administrative regions which are provided for, as seen, in article 31. The PRC Constitution further develops the essentials of the

existence of the Special Administrative Regions, and the wide scope of autonomy that they enjoy, do not fit into the scheme the Chinese Constitution establishes so, in order to accommodate their creation, Article 31 was created and somehow artificially implanted being surrounded by a context that does really not match so well and virtually isolated hence not to be surprised on the absence of a set of center constitutional rules establishing methods of policing boundaries.

The PRC took a highly pragmatic approach towards the questions of Macau and of Hong Kong:[86] the point was to resolve these issues and allow reunification, even if that meant actually *forgetting* the stipulations of the PRC Constitution to a certain extent. In formal terms, it created Article 31 as a sufficiently vague device to allow the incorporation of the SARs into the Chinese state as a 'second system' enjoying a 'high degree of autonomy'. Article 31 was the necessary step to accommodate the constitutional framework to the international binding obligations that were to come. On the other hand, the center-subnational relationship machinery is, again with a flavor of originality, mostly laid in the Basic Laws rather than in the national constitution.

This augmented set of powers makes us lean to the idea that in a sort of counter balance exercise one *rearranges* the whole picture and push up the framework of the SARs from a formal *mere* region lacking some characteristics connatural to federations to something else. And that is why we ask if the S.A.R. autonomy incorporates a sort of «new» federalism although anonymously. Do we have here *an anonymous federalism?*[87] As already said, the regime of the SAR under the one country, two systems framework brings to the centralized state system some federalist characteristics, concluding that China now has a combined system of federalism and unitary state.[88]

domestic autonomy regimes in articles 112 to 122, whereas the framework for the SARs is established in their respective Joint Declarations and Basic Laws. One of the legal consequences of this formal differentiation is that the rules regarding domestic autonomies may be amended in any way the constitutional *legislatori* see fit, thus the legal status of those autonomies is basically dependent on the constitutional rules and does not derive from other norms such as, for instance, laws governing each autonomous entity. A simple *quantity test* comparison between the SARs and the other autonomy model in China reveals that the SARs enjoy a much wider scope of autonomy. Besides this quantitative aspect, other important differences shape the nature of the SARs: their foundation in an international agreement, the limited timeframe, and the set of 12 policies agreed bilaterally. Thus the difference between the autonomous power enjoyed by the SARs and the autonomous areas is not only one of degree, but most importantly of their nature.

86 LIU GAOLONG, *O estabelecimento das Regiões Adminsistrativas Especiais traduz-se num grande desenvolvimento estadual,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, Vol. 12, 2001, writes that in a unitary country the position of the SARs enjoying such a high degree of autonomy is unique, thus it constitutes a new departure in the organization of the state, p 93.

87 Our, *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, *cit.*.

88 IEONG WAN CHEONG, *One China, Two Systems and the Macao SAR,* Macau, University of Macau, 2004, pp 233-4. MICHAEL UNDERDOWN uses the interesting expression 'federalism Chinese style', *Legal Issues in a Federal State:*

In brief one can propose the following melting pot on the characterization of the SARs status:

***Less* than (political) regionalist elements**: The Chief Executive – as well as the principal officials of the government and the Procurator General- is appointed by the centre and shall be accountable to the Central People's Government.

As for the **regionalist elements of the SAR**: The formal label of both the SAR and of the PRC, the first stating to be a region, this proclaiming it is a unitary state. The lack of power of the SAR to decide on its own on its constitutional law, as the competence to enact and change the Basic Law is deposited outside the SAR – although, as seen, in a limited way by reason of an international treaty and the impossibility of secession from the SARs. *Authentic* interpretation of the autonomy chart residing outside the SAR.

Federal elements of the SAR: The existence of a political system and organizational framework with its own legislative, executive and judicial power.[89] Both defense and, as rule, foreign affairs resting in the centre. Existence of a constitution, at least in a material sense, named Basic Law.

Statehood elements of the SAR: Among others, existence of judicial power including that of final adjudication, hence non possibility of any competence, be it *prima facie* be it by way of appeal mechanisms of any court of the mainland.[90] A self contained system of fundamental rights and non application of the centre Constitution. The non application of the Chinese Constitution to the *private sphere* in Macau, residents of Macau as such are not under the scope of application of the Chinese Constitution be it in the fundamental rights sphere, or as tax payers, etc. The non application of the centre laws as a rule and the exceptions are subjected to the regime contained in the Basic Law. Hence, as in above, the basic rule is that the Macau residents are in no way subjected to mainland laws thus meaning that the issue of supremacy of centre laws vis-à-vis regional ones is not even an issue.[91]

Protecting the Interests of Macau, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, Vol. 12, 2001, p 55. MICHAEL C: DAVIS, *The case for Chinese Federalism*, Journal of Democracy, vol. 10, 2, April 1999, poses the question of federalism in China and of confederacy and proposes a concept of economic federalism already in force but unaccompanied by a formal constitutional one, pp. 128 ff..

89 See, for example, MARCO OLIVETTI, *Federalismo e regionalismo in Europa*, in T. Groppi, L. Ammannati, M. Olivetti (a cura di), Nuevos rasgos de la administracion local en Europa, Fundap. Queretaro, 2005. However, as the author states, even in some federations, as in Austria and in Belgium, the judicial power rests only in the federation and is not shared with the federated units.

90 For example, in Germany, the Federation courts have a degree of competence by appeal to rule on decisions of the federated courts, see BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, p 661. Note, however, in the case of the SARs the political mechanism of interpretation.

91 See, MARCO OLIVETTI, *Federalismo e regionalismo in Europa* in T. Groppi, L. Ammannati, M. Olivetti (a cura di), Nuevos rasgos de la administracion local en Europa, Fundap. Queretaro, 2005.

The international law personality.[92] The existence of total separateness of finance and tax systems.[93] The issuing of its own currency. As well as of a separate customs. The separateness of its own social system.

What we call, in the lack of a better expression, ***uncategorized/unique*** **elements**: The measurement of international law capacity of the SARs that goes far beyond those present in autonomous regions, even more than «regions» with ***shared*** sovereignty such as New Caledonia,[94] and even more far than federated states.[95] However, it has less capacity than an independent State and has a domestically drawn line of what is it and what is not in its sphere. The accession of Macau to the centre is bilateralized, as in federations; however it was in a horizontal fashion,[96] rather than vertical (no matter in ascending move or descending). Besides, it was the result of an international treaty in which it took no part; instead it was not the subject of it but its object. The autonomy frame is internationally plugged/guaranteed, as in some known cases of regional autonomies, but in a more detailed manner on one hand however with a limited timeline on the other hand.[97]

All seen it is certainly possible one conclusion without *fear* of being contradicted: the SARs incorporate traditional characteristics of several models. After the easy conclusion one can try to reach another one far more difficult to attain: balancing all the elements, all the contradictory simultaneous characteristics one may ask if, in truth, we are looking at a new kind of federalism albeit imperfect (either for having less or having more than federated states), faceless. Anonymous.

As for the ***dynamics*** **of the SAR autonomy**, as in *opposition* to the previous legalistic fashion, the focus of our attention has been on the words of autonomy, that is to say the norms that create and regulate it, both in the Joint Declaration and in the Basic Law.

92 See, for example, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2nd Almedina, 2004, pp. 456-457, PAULO CARDINAL*, International Law Notes*, Universidade de Macau, 2006, passim.

93 Articles 104 and 106 expressly use the word «independent» to characterize these systems.

94 See, among others, DANIEL DORMOY*, Les relations extérieures*, in La souverainité partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit compare, (dir. Jean-Yves Faberon/Guy Agniel), La documentation Française, 2000, pp. 350 ff., VALÉRIE GOEESELLE BIHAN, *La participation des departments et regions d´outre-mer à la conclusion des accords internationaux: essai d´analise générale*, RFDC, 65, 2006, pp3 ff.

95 See, for example, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo?* SUSAN J. HENDERS, *Region-States and the world: China pushes the envelop*, Policy Options, January-February, 2000, pp 87 ff, namely the data provided compiling the nonstate actors activity in international law and both Macau and Hong Kong are high in the rankings and in the case of Hong Kong it is surpassed only by a will be State - Palestine - and an associated one.

96 JOSÉ CASALTA NABAIS, *Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo?*, p 31.

97 Others add to this melting pot some characteristics of confederations. MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models,* paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

But, as said elsewhere,[98] a norm is not a proper norm solely as words; a juridical norm only becomes so when interpreted and applied. For these operations people are necessary. It is necessary to look at the dynamics of the system, to the way it is applied, to the way it is operated in the day-by-day breathing of the Hong Kong and Macau's autonomy, in other words the way that the factual dimension shapes in concrete the Macau's SAR autonomy sphere.

It seems undeniable that the actual destiny of the SARs's autonomy rests in the hands of the people who govern it. Given the regulatory construction, how it functions is then up to those who operate it, elaborate it, and shape it. In this exercise the scope of autonomy will be constructed. The dialectic tension inherent in autonomy phenomena—the central entity and its leaders will tend to push back the boundaries of autonomy, while the autonomous entity and its leaders will tend to enlarge its boundaries—will inevitably come into play. Borrowing a curious formulation, one could see this as 'one countryers' on one side and 'two systemers'[99] on the other—the proponents of sovereignty versus the proponents of autonomy.

V
The Basic Law as the (major component of the) Macau SAR Constitution

One must ask that not being China a formal federal state it makes any sense at all to refer to a principle of having a Constitution for the Macau region. One should not refer to a constitutional autonomy in its full sense, namely the power to produce its own constitutional text.[100] It should be enough to apply the Chinese Constitution in its entirety and, on a lower level ordinary legislation, be it centralized one or local one. This choice however was putted aside as we all well know. China's attitude towards the questions of Macau and Hong Kong *legated by the past* was extremely pragmatic (and innovative) thus imposing a similarly impregnated analysis. It was said that «*Constitutional autonomy is also the pos-*

98 PAULO CARDINAL, *Macau: the internationalization cit.*

99 BENNY TAI, '*One Country Two Systems: the two perspectives*,' *Macau Law Journal*, special issue, 2002, p 150 ff.

100 One does not forget the inexistence of some classical features of federalism, such as the *Kompetenz-Kompetenz.* JORGE BACELAR GOUVEIA warns that, in spite of the extraordinary scope of autonomy and the existence of powers that not even federated states have, the Macau SAR cannot be deemed as something similar to a state in a federation since it lacks an essential power, that is the power to enact its own constitution, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau—Contributo para uma compreensão de direito constitucional,* Boletim da Faculdade de Direito, No. 13, 2002, p 197.

sibility of an autonomous territorial being – state, region – granting itself a "constitution" ("statute", "basic law") in order to stabilise its own organization and define its identity. In the case of Macau there was no real constitutional autonomy in this sense (and, wherever it exists, it is always limited), but the Joint Declaration and the Basic Law aim at finding the essential dimensions of organizational stability and the political, historical, economic and social identity of the territory.».[101]

On the other hand, the Joint Declaration stated that the above-stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau SAR. One more emanation of the above mentioned principle of obedience to the Joint Declaration basic policies. Along with this, one must underline that the constituent power of the sovereign was not unlimited and unrestricted but, on the contrary, owes allegiance to the international treaty it signed with a counterpart sovereign state. In this sense, the so called constituent power of the Chinese body competent to enact the SAR Basic Law has limitations and it is not absolute. This is one of the several imaginative operative schemes envisaged to the SARs being functionalized, we believe, to contribute to the success of the formula even if meaning a contained rupture of the domestic absolute domain of the Chinese Constitution.

The above potential point of critique clarified, we hope, it must be said that the Basic Law constitutes the formal domestic legal instrument that details the constitutional organization of the SAR, including its political system, its autonomy, as well as the non-organisational constitutional frameworks such as in the fields of fundamental rights, economy, and social issues. This legal document has the appearance and the structure of a formal constitution and has been called a «mini-constitution» or a «para-constitution». To us, the main point to stress, with or without «mini» or «para» or other similar qualification expressions, is that the Basic Law is, in the S.A.R. legal system, a (the) constitutional law. It is a material constitution if not even a formal one.[102] In fact, if one looks at the legal order of the Macau SAR, the Basic Law is the highest source of the domestic legal system Besides, as GIANCARLO ROLLA putted it, «*Further evidence of the constitutional nature of Basic Law is provided by the fact that its revision may be carried out only by way of a special procedure, a "reinforced" procedure, (…) which cannot be amended by the national People's*

101 GOMES CANOTILHO, *The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance,* paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

102 JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau,* paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007. «*The constitutional nature of the Basic Law derives also from its content. Many of the topics it covers are materially constitutional*».

Congress except following specific procedures.».[103]

One must refer again to the Joint Declaration and its *twelve commandments* that are mandatory and must be lay down in the Basic Law and cover several main features as known. We are faced with a relationship between these two preeminent sources of law of an exceptional nature, that might together be considered as forming the constitutional block of the SAR (along with article 31 of the PRC Constitution and some other norms on competence), sewing special links and cross-references.

In a general view functionalized to the densification and guarantee of the constitutional system of fundamental rights, as to what relates to the constitutional order of Macau one can bring in here a tentative list of principles at work in the SAR:

At the above light, we can address the following, the principle of obedience to the Joint Declaration basic policies, the principle of a constitution, the principle of continuity, the principle of the second system within the one country, two systems one, the principle of autonomy, the principle of democratization, the principle of a own and distinct legal system, the principle of constitutionality, the principle of legality, the principle of separation of powers, the principle of independent judiciary. In other words, the principles that add to the protective web of the fundamental rights system and that, along with the ones of the fundamental rights system proper, shape it into a *pro libertate* one. Listing that is done from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the stand of the subnational unit, not from a center point.[104]

V

An overview of the constitutional fundamental rights system principles – *reinforcing the other side of the Great Wall*

We will deal with *benign* principles rather than malignant ones in the perspective of a *good,* reinforced, *pro libertate* system.[105] This means necessarily that the list to be pre-

103 *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach*, paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

104 This explains, for example, why we elected the «two systems» segment and not the «One country» counterpart. We are not in any way diminishing the paramount importance neither of this one nor questioning the idea of Chinese sovereignty.

105 On the Macau system of fundamental rights, our *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição:*

sented is an incomplete one. At this light we will not address, for example, the principle of minimum content in the constitutional normative text. In fact, the text of the Basic Law concerning fundamental rights is extremely economical not opting for an immediate densification of the given right – much in contrary to the previous constitutional order. On the other hand we will address the principle of effective judicial protection in the next section.

In general we can say that, as demanded by the Joint Declaration, commanding that all rights and freedoms of the inhabitants and other persons will be ensured in the Macau SAR, the local constitution established a wide catalogue of fundamental rights and several principles of guarantee impregnated with a *westernalized* approach thus contributing to one more ground of differentiation vis-à-vis the sovereign besides the usually more adulated group of economy differentiations. The maintenance of capitalism was undoubtedly one of the driving forces of the new constitutional order of the SARs[106] but also the democratic principle (the question remains only as to its extent and scope,[107] not its existence) and the continuity of the fundamental rights *guarantistic* and pre existent system in its general delineation such as wide listing, enforcement, guarantees, high value of, no unconditional submission to the collective, *local* rather than center methods and ideology of interpretation and application as to be seen.

algumas considerações, Cuestiones Constitutionales, UNAM, Mexico, 14, 2006, VITALINO CANAS, *The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments*, paper presented at the Conference One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, 2007, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Fundamental Rights in the Macau legal system*, paper presented at the above conference. For Hong Kong, for example, YASH GHAI*, Hong Kong´s New*, *cit.*, SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong*, Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, and *The Basic Laws and the fundamental rights in the S.A.R.s*, paper presented at the above mentioned Conference.

106 For a critique see, GOMES CANOTILHO, «*the basic idea of "one country, two systems" does not have to be interpreted in a strictly functional sense. The autonomy of the Macau Special Administrative Region is not an organizational skeleton exclusively directed at the maintenance of a capitalist system. It is an organizational autonomy (regarding the horizontal distribution of power) structural-internal (regarding the division of power among the different levels of government) and structural-external (regarding the competence in external affairs) that allows for a legal and political support to the substantive constitution of Macau (and not just the capitalist system).*», T*he autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance,* paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

107 Referring to Hong Kong, ALBERT CHEN, says «*Here it must be pointed out that the domestic political system of the HKSAR falls short of international standards of democracy*», and «*I would characterize the present political system of Hong Kong as one with constitutionalism but only partial democracy*», thus meaning that although without a very high degree the fact remains that democracy is present, *The theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong*, paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007. The author further states that « *On the other hand, the Basic Law does provide for the possibility of further democratization of the SAR*». Noting that there are however still legal and political limitations to a full democracy.

One can easily read in article 11, 1 of the Basic Law, the preeminent values that, following in the steps of the Joint Declaration, were the driving force in shaping Macau's constitution once the resumption of sovereignty was effected under the one country, two systems principle: the systems and policies practised in the Macau SAR, including the *social and economic systems*, the *system for safeguarding the fundamental rights and freedoms* of its residents, the *executives legislative and judicial systems*, *and the relevant policies*, shall be based on the provisions of this Law (emphasis added). Those comprise the contents of the constituent decision for the Basic Law for the Macau SAR.

The principle of safeguarding

Article 4 of the Basic Law solemnly states that «*The Macau Special Administrative Region shall safeguard the rights and freedoms of the residents of the Macau Special Administrative Region and of other persons in the Region in accordance with law*.». This normative principle is in line with provisions of the Joint Declaration as well as other norms of the Basic Law such as article 11.[108] It is definitely commanded an *idea* of safeguarding the rights and freedoms, most especially the fundamental ones thus not allowing policies that will undoubtedly position itself as anti fundamental rights ones. The safeguarding of fundamental rights is a mandatory general principle of conduct.

Its connection with the continuity principle is self-evident and together they form a structural rector principle (and philosophy) of respect of fundamental rights, in line with the legate transferred to the new juridical person – the SAR – in the new constitutional order.

Some corollaries of this principle of safeguarding can be for example the *popularization* of fundamental rights as well as some legislative provisions for example, in non procedural guarantees norms as well as in adjudicative ones such as in the Civil Procedure Code and in the Administrative Procedure one. There is an evident intimate relation between this principle and the one of effective judicial protection.

The principle of continuity of fundamental rights

Besides the general principle of continuity, the Joint Declaration, and the Basic Law,

108 It is emblematic, and some substance must arise from it, that in the Chapter I of the Basic Law on general principles two of them expressly address the fundamental rights issues in general. There is one more on a specific fundamental right of private property, art. 6. IEONG WAN CHONG, says that this circumstance means that the Basic Law wished to underline the important status of the rights at stake in a democratic policy, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Macau, 2005, p 39.

states that all fundamental rights and freedoms will be ensured thus ensuing an autonomic dimension of the principle of continuity thus reinforcing it in this field. The continuity principle is the guideline; hence, the idea of 'permanent' fundamental rights in spite of the transition of the legal system.[109] This principle constitutes itself as a true cushion on the fundamental rights and as VIEIRA DE ANDRADE states « *the imperative of maintaining the laws previously in force basically unchanged is an imperative of the maintenance of the system (that is, of its essential norms, those that constitute its characteristic core including, for example, a norm that forbids the death penalty) and subsequent prohibition of an unjustified downgrading via legislative act*.».[110]

Glancing in general the principle of the continuity of the legal system and advancing to what refers concretely to the fundamental rights, we borrow words from the Joint Declaration on the question of Macau, *passim*, The laws currently in force in Macao will remain basically unchanged, all rights and freedoms of the inhabitants and other persons in Macau, including those of the person, of speech, of the press, of assembly, of association, of travel and movement, of strike., of choice of occupation, of academic research, of religion and belief, of communication and the ownership of property will be ensured by law in, the MSAR shall, according to law, ensure the rights and freedoms of the inhabitants and other persons in Macau as provided for by the laws previously in force in Macau.

It seems, in this way, legitimate to conclude for the existence of a will of the two signatory sovereigns of the Joint Declaration in keeping, in obedience to the continuity, a certain *status quo*[111] and, thus, irradiate a reliable capital in the people of Macau, after all, the main addressees of these fundamental rights .Being true that there was a transfer of sovereignty powers, it also is true to affirm that with the consumption of this transference, it was not proceeded to the elimination of the past but, rather the opposite, it was assumed this past, respected this legacy and is intended, inside some coordinates, to keep it.[112]

109 Our, *Permanent fundamental rights in a legal system in transition*, Lawasia, Seoul, 1999. This apparently paradoxical relationship—transition versus continuity—can be defined as a political and diplomatic formula created to ensure some balance between the resumption of sovereignty by a sovereign state and respect for the history, culture (including the legal culture), and specific identity of Macau. It also acts as a vote of confidence in the future by respecting the past. So, if it is true that we faced a change in the landlord in Macau, it is also true that the transition will not eliminate what existed before December 1999, but on the contrary it will maintain it, or continue it.

110 *Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM.

111 VITALINO CANAS say, «*we can support the existence of a Macau unwritten law acquis, comprising a set of rules on the restriction of the fundamental rights that go beyond the ones expressed in the Basic Law and the ones withdrawn from the exegesis of the own ICCPR by their authors. Nowadays, in Macau, those rules have not any written expression. Certainly, it would be safer if they had it*.» *The general regime cit*.. As for the later need we concur, see our *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, 2006, p. 56

112 JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV,* 2nd, p 191.

At this light of continuity, it matters to survey if the current situation mirrors integrally what would be the ideal picture and find out if there are issues of discontinuity. The reply to give it is that the current situation does not mirror the previous one in a total satisfactory form[113]. With effect, and without forgetting the general director principle[114] decreed in the article 4 of the Basic Laws establishing that the SAR assures, in the terms of the law, the rights and freedoms of the residents of Special the Administrative Region and other people in the Region, and article 11, in which, beyond the cited general rule it finds consecrate, the internal constitutional platform of the Basic Law as norm parameter of all other, there are some issues that the Basic Law did not address, like the right to life and some rights and guarantees vis-à-vis the administrative bodies, among others, or it delineated solutions substantially divergent of that that were in force in the territory of Macau as in the measure of densification borrowed immediately in the constitutional norm to a given fundamental right.

Focusing on the wording of the Macau Basic Law and of the Joint Declaration, the Basic Law reproduces almost integrally, the list that pre-existed but whilst before 1999 the constitutional rules developed and detailed the fundamental rights,[115] thus construing a protective web of constitutional standing around each right. Differently, the Basic Law seldom goes beyond the simple establishment of the rights.[116]

Very importantly, one of the most outstanding gaps refers to the regimen of exercise of fundamental rights[117] that is, how and with design can be introduced restrictions to the

113 PINHEIRO TORRES, *Interesses públicos e interesses privados – A perspectiva da transição,* BFDM, 11, 2001, p 206. Some tell us *of provisions that are problematic*, HURST HANNUM, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, UPP, 1996, p 147.

114 YASH GHAI, *Hong Kong´s New Constitutional Order,* 2nd HKU Press, 1999*,* p 423.

115 GIANCARLO ROLLA, *Garantía de los derechos fundamentals y justicia constitucional*, Porrúa/IMDPC, Mexico, 2006, pp 65 ff. proves us exactly that the trend is going on the way of creating extensive and detailed catalogues of fundamental rights in the new constitutional texts, pp 2-3.

116 To illustrate this thesis, we reproduce some of the constitutional norms. Basic Law, Article 27 «*Macau residents shall have freedom of speech, of the press and of publication; freedom of association, of assembly, Of procession and of demonstration; and the right and freedom to form and join trade unions, and to strike*.». The equivalent rights are, in the Portuguese Constitution settled by, and in, articles 37, 38, 46, 45, 55, 56, 57, among others, that are connected to or develop aspects of those fundamental rights. It would be inadequate to reproduce all those constitutional norms. Anyway, these examples seem to be enough to substantiate our conclusion on the different density levels of both constitutional laws. SIMON YOUNG says «*The statement of rights in terse, vague and non-descriptive language is another commonality*», *The Basic Laws and the fundamental rights in the S.A.R.s*, paper presented at the Conference One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, 2007.

117 As SIMON YOUNG say, «*the Basic Laws are silent on many significant issues that relate to the actual enjoyment of the rights provided*», *The Basic Laws and the fundamental rights in the S.A.R.s*, paper presented at the Conference One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, 2007. Echoing similar worries and pointing out, namely, issues of interpretation and application, LIUTING WANG, *Macao´s return cit.,* p 203.

rights and freedoms guaranteed for the Basic Law?[118] And, what principles discipline these restrictions? Which are the restrictions to the restrictions? Which rights and freedoms will not ever be able to be suspended?[119] Let's proceed by listing some of the *vexata quaestio* not constitutionally decided currently in the Basic Law:[120] Are there in the Basic Law, other fundamental rights besides those not enrolled in Chapter III? In other words, does the system admit the existence of analogous fundamental rights in constitutional *headquarters*? Does it admitted equally for analogous fundamental rights with international law rules source? And, how about with legislative act *headquarter*s? As one can verify the simple enunciating of questions allows perceiving that, in this issue, many uncertainties still hang, or in other words, many grey zones subsist.

The principle of self containment and of exclusivity

This principle of a self contained system of fundamental rights and of exclusivity constitutes one of the key characteristics of both the Macau constitutional system and of the fundamental rights one.[121] It is intimately connected with others, such as the principle

118 On this JORGE BACELAR GOUVEIA, *Lei Básica, cit.,* pp 187-188 where he points out the existence of a single mention to the regimen of fundamental rights, precisely on the restrictions – article 40 second paragraph – stating that, «*in its simplicity that is a rule rather limited since being necessary in some cases, the fundamental rights restrictions naturally presupposes material intrinsic limits, that may guide the restrictions normative power and place it under parameters superiorly defined such as the principles of protection of the essential nucleus or of the proportionality.» The scope of the article 40 is however, in our view, a bit vaster in the sense that* those restrictions cannot go beyond what is established in the covenants. On this, also LUO WEIJIAN, *A Lei Básica – garantia importante dos direitos e liberdades dos residentes de Macau,* Administração, No. 19/20, p 113. As for the counterpart norm in Hong Kong, YASH GHAI, *ob. cit.,* p 445, SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong,* Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, stating at p 111 «*the only sensible and coherent approach is to treat all Basic Law rights as autonomous ones having the potential to bloom beyond the minimum standards of the ICCPR.»* e *« it is noteworthy that these two restriction clauses are framed in the negative, rather than in the positive or permissive form (…) the two restrictive clauses should be seen as constitutional safeguards providing a safety net for, rather than a ban on, human rights standards».*

119 We are making reference to the regimen, established namely in articles 18 and 19 of the Portuguese Constitution. Just as a memory exercise we will briefly remind the regimen set out in these articles by the time they were fully enforceable in Macau. article 18 states that the constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees are directly applicable to, and binding on, both public and private bodies; those rights may be restricted by law (hence not by an administrative regulation) only in those cases expressly provided for in the Constitution and restrictions shall be limited to the extent necessary to safeguard other rights and constitutionally protected interests and laws restricting these rights shall be general and abstract in character, cannot have retroactive effect nor limit, in extent or scope the essential content of the constitutional provisions. Article 19 provides, namely, that it's not possible to suspend the exercise of those rights, except where a state of siege or a state of emergency has been properly declared; the proportionality principle must be applied and, in any case should not be possible to suspend the exercise of, among others, the rights to life, personal integrity, defence of accused persons, freedom of conscience and religion.

120 For a more extensive list, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, UNAM, pp 57-58.

121 As we stated, for example in, *Macau: the internationalization cit*.. See also, «*A first approach reveals the nuclear character of the positive legal sources of the fundamental rights, as a result of their recognition being totally*

of autonomy, to which is one of the master components, and with the one country, two systems one, existence of a constitution and of a charter of rights, etc. On the other hand, it presents to the fields of comparative constitutional law a challenging and unique case study. Thus, we should first pose the issue in context, which is to say with the federal and regional autonomy models.

In composite states the system delineated for the fundamental rights establishment and guarantee is in normalcy anchored in two different complementary domains: the center constitution on one hand and, on the other, the subnational one.[122] A particularly true assertion in formal federations but also in some regionalized states even if the techniques used vary in a great manner.[123] When, however, one is faced with a monolithic source, that role rests upon the center and never on the subnational units thus being the center the superstructure source of fundamental rights in an exclusive manner and not the other way around. That is, with the remarkable exception of the SARs of the PRC, at least to a very great extent, hence the idea-principle we tried to convey immediately in the title of this paper: non duality of domains (composite plus component) and exclusivity principle benefiting not the center but instead the subnational units. Exclusivity both in the sense that the national constitution does not apply – but, instead, a basic law that even if approved by the center cannot be shaped freely and has to obey an international treaty – and in the sense that only the regional courts are competent to intervene even in final adjudication.

As specifically dealing with autonomous regions bills of rights, MARC CARRILLO stated on the controversial issue of creating an autonomous region bill of rights in Catalo-

autonomous with regard to the constitutional law of the People's Republic of China», JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau cit*.

122 «*Hence a double security arises to the rights of the people*», JAMES MADISON, *Federalist, No 51*, The Federalist Papers, Hamilton/Madison/Jay, Signet Classic edition, 2003, p 320.

123 Even within the same federal composite entity, as for instance the case of Mexico, in which three methods of subnational fundamental rights system cohabit, a) a general clause of incorporation stated in the local constitution establishing that the inhabitants of that state enjoy the rights enshrined in the federal constitution, b), with or without the general clause of incorporation the local constitutions reproduce the federal catalogue or part of it, c) the arid way by which one does not found the general clause of incorporation, neither a comprehensive catalogue but sparse references to given fundamental rights. On this and for further development, JORGE CARMONA TINOCO, *La incorporación de los derechos humanos en las Constituciones locales mexicanas, Derecho y seguridad internacional*, in Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados; Ricardo Méndez Silva, (Coord); UNAM, 2005, pp 366 ff. Or even in terms of timing as in the case of the United States where some local units preceded the federal one in establishing fundamental rights as, among others, Pennsylvania, Vermont and Maryland; on this, see, for example, DOROTHY TOTH BEASLEY, *Federalism and the protection of individual rights: the american state constitutional perspective*, in Ellis Katz/G. Allan Tarr, Federalism and Rights, (Ed), Rowman & Littlefield, 1996, pp 102 ff. For a concise view of the historical evolution in the United States until the so-called new judicial federalism, DANIEL BARCELÓ ROJAS*, Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, UNAM, 2005, pp 75 ff.

nia[124] *«the contributions of comparative law, in which the decentralization of the political autonomy have allowed declarations of* (fundamental*) rights and freedoms of sub state entities, incorporate at its constitutional or statutory legal texts bills of rights as a form of expressing their own political identity. Thus, and assuming the superior guarantee provided by the Federal Constitution or the State Constitution to the fundamental rights, the institutional norm of the sub state entity (Lander, State, Province, Autonomous Community or Region) specifies and develops the scope of the fundamental rights preexistent . . . .».*[125]

We know that even in sub state entities such as autonomous regions, it is possible to find a detailed chapter on fundamental rights incorporated in the autonomy act. But, it also shows us that those *regional* rights are connected to, and owe obedience to, the fundamental rights inserted in the sovereign constitution. They share a scope of application and they do not preclude one another. In federal states one find similar situations whereby a given citizen is the recipient of a double origin set of fundamental rights – the state constitution and the federal one. In some cases, the state constitution does little more than to declare that the *federal* fundamental rights are received by the *subfederal* constitution,[126] in other cases the local constitutions provide for a rich catalogue of fundamental rights but still open the door for the application of the federal based fundamental rights. Naturally, in regionalist states the absence of fundamental rights in the local basic law is more widespread and evidently the rule of the application of the fundamental rights established in the (centre) Constitution is intangible. In view of all this one can thus talk about a domestic

124 See a critique in, for example, VICTOR FERRERES COMELLA, *Derechos, deberes y principio sen el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluna*, in Derechos, Deberes Y Principios en el nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluna, Foro, CEPC, Madrid, 2006, pp 9 ff.

125, *La declaración de derechos en el Nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluna: expressión de autogobierno y limite a los poderes publicos*, in Derechos, Deberes Y Principios en el nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluna, Foro, CEPC, Madrid, 2006, p 70.

126 For example, in federal Mexico the Constitution of Coahuila in which is stated in its article 17 that *the residents of the State have, besides the rights conferred in the general Constitution of the Republic, the following*: (...). On the Mexican federated constitutions new tendency in establishing mechanisms of protection, see, for example, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO / SALVADOR VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional Mexicano y comparado*, 4th ed., Porrúa, 2005, pp 924 ff. In varying degrees these state constitutions establish some fundamental rights and with an important ratio being occupied by *local-cultural-language based* rights. In Germany, some states do not establish a fundamental rights catalogue at all, for example Hamburg, see on this MATTHIAS HARTWIG, *Los derechos fundamentals en la República Federal de Alemania y sus Lander*, in Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, p 149, for the USA, see, for example, G. ALLAN TARR, *Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos*, in, *in* Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, telling us of the role of both sources, federal constitution plus state constitutions, pp 42 ff. In Belgium, the federated units do not have a charter of fundamental rights, on this and the explanations for it, MARC VERDRUSSEN, *La protección de los derechos fundamentales en el Estado Federal Belga,* in *idem*, pp 170 ff.

multilevel protection in fundamental rights.[127]

Very differently is the situation of the Chinese SARs as already mentioned. The center constitution simply does not have a say in establishing fundamental rights in the regional level. Again, we resort to article 11, 1 of Basic Law the systems and policies practised in the Macau SAR including the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, shall be based on the provisions of this Law. This principle proves, beyond doubt that at least in the referred areas of article 11, in the case at stake concerning the system of fundamental rights, there is no place at all for the Chinese Constitution in the Macau or the legal system. In this sense, the SAR example is unique and embodies quite the opposite stance to known examples of composite states, and its fundamental rights system mirrors more a sort of *fundamental rights declaration of independence* rather than of a declaration of autonomy, when compared to the above mentioned situations, both in federal and non federal states, where the rule is the applicability of the Constitution of the sovereign State, in spite of the existence of substate charters of fundamental rights nor of its contents and extension. In short, there is not in the SARs a domestic multilevel system of fundamental rights – in sharp opposition to any known model of composite States.

Specifically concerning the issue of fundamental rights Macau enjoys statehood like fashion situation or status, be it in its establishment in constitutional terms as seen before because the Basic Laws are not the product of an exclusive an unrestricted will of the sovereign, its detailing in legislative fashion, its application, both in administrative and judicial terms, its popularization, its changes, its ideology.

This self-contained system constitutes one of the most important and distinctive features of the Macau subnational entity in which, contrary to known examples, in federated states – such as, for example in Germany, Mexico, or the USA - and in autonomous regions – namely the Portuguese, Spanish and Italian ones -, there is no available place for the application of the central constitution nor for the central courts machinery. And this is not even due, as in Quebec for example, trough a fashion like derogation temporal specific clause, the override clause.[128] The fundamental rights articulated in the Chinese Constitution do not extend into Macau's *new* legal order.

127 JOSEP CASTELLÁ ANDREU, *El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades en los Estados compuestos. Una aproximación comparada, in* Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, p 13.

128 On this, for example, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach, cit.* a method expressly sanctioned by Article 33 of the Canadian Charter of Rights and Liberties.

Some Chinese constitutional norms are *applicable* to Macau, namely those dealing directly with the SAR (organizational-competence norms) but the subjects towards those rules are Chinese bodies rather than SAR ones.[129] However, that is not the case in relation to fundamental rights[130] due precisely to the autonomous character of the SAR, therefore neither Chinese constitutional norms nor the nature and spirit of their interpretation in the PRC system may be used to reduce or to enlarge the scope and content of the rights system or of any given right in Macau.

Thus on these matters the Basic Law shields Macau from the correlative norms of the PRC Constitution. At least in the field of fundamental rights one has crystal clear water divisions in excluding the applicability of the Chinese Constitution. In other words, the system of fundamental rights is self-sufficient and concedes to outside norms only to the extent properly allowed, such as regarding the international covenants and also to ensure concurrence with the stipulations in the Joint Declaration, namely by establishing a mandatory catalogue of fundamental rights and establishing several general principles. The establishment of these is to be part of the norm-building of the Macau SAR.

There can be, however, a couple of possible exceptions thus a window that can, in a certain way, be opened to the reception of the Chinese legal order including laws. One is the mechanism of interpretation of article 143, the other, the proviso inserted in article 18 on state of war and of emergency.[131]

The mechanism of interpretation may, indeed, have the potential to *export* to Macau namely certain postures of the centre vis-à-vis the fundamental rights. The issue is extremely complex. Article 143 could potentially serve either as a threat to autonomy and its contents or create possibilities for its expansion.[132]

129 And also with sovereignty and its limits but in a way of reception operated by the Basic Law and in accordance with the scope of that reception.

130 As in many other areas. See, among others, WU XINGPING, *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, 13, 2002, p 74; XU QING, *A Natureza e o estatuto da Lei Básic, – uma tentativa de abordagem, paper given at the Seminário intitulado Linhas de Evolução do Direito da RPC – Reflexos em Macau,* 1994*,* p 22 and 23.

131 Making this point concerning article 18, MICHAEL C. DAVIS, *The Basic Law and Democratization in Hong Kong*, Loyola University Chicago International Law Review, vol. 3, issue 2, 2006, p180, says that this article (and 23) elevate concerns over mainland intervention.

132 That is if there was a trend in interpretation friendlier to the autonomy and its expansion than one that favours the centre. This may not be likely but, in theory, the potential for broadening is there. As for Hong Kong, «*Unfortunately, the constitutional problems have not been resolved by this modus vivendi. The Basic Law is not self-contained – it has not established a complete constitutional "firewall" around the HKSAR. There remain several means by which China's laws – and legal mores - may cross the border and mingle adversely with Hong Kong's common law regime. The most detrimental conduit has been and remains Article 158 of the Basic Law, which allows the Standing Committee of the NPC to interpret the Basic Law*», FU HUALING and RICHARD CULLEN, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: But Hong Kong*

This provision established that the power of interpretation of the Basic Law is vested in an external body, the NPC Standing Committee. This is a political institution, not a judicial one, and thus this means the imposition of a method that is foreign to Macau. The new system goes against the idea of autonomy proclaimed for Macau.[133] Regarding provisions of the Basic Law that relate to issues within Macau's autonomy, the NPC Standing Committee 'shall authorize the courts of the Macau SAR' when adjudicating cases 'to interpret [them] on their own'. However, if the cases involved are within the scope of the autonomy as in the case of fundamental rights, the question arises why it is necessary for an external body to authorize the local courts to interpret these provisions. Since there is no express provision for judicial review, of course the power of interpretation vested in the Macau courts is potentially important in protecting fundamental rights.[134]

As for article 18, 4, it states that in the event that the Standing Committee of the NPC decides to declare a state of war or, by reason of turmoil within the Macau SAR which endangers national unity or security and is beyond the control of the government of the Region, decides that the Region is in a state of emergency, the Central People's Government may issue an order applying the relevant national laws in the Region. One has to note the absence of a listing of rights that may not be suspended and in what terms[135] as well as the absence of any set of rules prescribed by the Basic Law.[136]

In that norm it is allowed the implementation, in our view temporarily only, of centre laws directly affecting fundamental rights thus making an exception on the self contained system and the principle of exclusivity. One must point the necessity of an extraordinary situation arising[137] thus in normalcy it would be illegitimate to apply the national

Should Seek A Better Way..., Hong Kong Journal, 2006, II, http://www.hkjournal.org/archive/2006_spring/rao.html.

133 For example, EDUARDO CABRITA, *International and Constitutional*..., p 184.

134 FERNANDO ALVES CORREIA, *A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica de Macau, Vol. 4, No. 3, 1997, p 26. The negative impacts of the use of this procedure in Hong Kong are already well known. In the case of Macau, the mechanism has so far not been activated.

135 See VITALINO CANAS, *The general regime cit*.

136 Although in a somehow different presupposition, JORGE BACELAR GOUVEIA defends the «*drafting of balanced rules for the suspension, in view of the BLM's silence in that respect. The rules could flow directly from the constitutional principles or from existing norms enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights and in the Inner Security Law of Macau*.», T*he fundamental rights cit*. We have voiced doubts on the procedure contents *maxime* its non normativization in the Basic Law, *Os direitos fundamentais cit*., p. 58

137 HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, in *States of emergency and defending the Constitution,* Mexican Law Review, 7, 2007, provides a historical account and warns of excesses that were practiced in several latitudes thus mandating comprehensive constitutional regimes about states of emergency saying, for example, «*the Constitutions promulgated in the late 19th century included guidelines on the states of emergency. These guidelines required mandatory intervention from the Legislative branch to authorize and supervise the declarations of exception or of emergency to be exercised by the Executive*» and that a tendency that «*has become stronger in recent years is characterized by the fact*

laws and, on the other hand, that procedure must be made with extreme caution in order to safeguard the international and constitutional guaranteed autonomy and, as said, the effects can only be temporary which leads us to say that we are faced with an exception to the principle of exclusivity that is, redundantly saying, exceptional and temporary.

The principle of a charter of rights

Being self contained then the fundamental rights system primarily must have a charter of fundamental rights to begin with.[138] In this light, one must point that the Basic Laws contain a substantive catalogue of fundamental rights (or an inventory of) which is quite satisfactory given the type of instrument,[139] particularly when compared with provisions made in other legal orders in the region.

On the other this inclusion of a charter of fundamental rights in the Basic Law adds to its consideration as a constitution. Besides, from the formal point of view the self-contained system of fundamental rights embodied primarily in its own charter of rights represents an augmentation of the autonomy of Macau as compared with the situation prior to 1999, since before the transfer of sovereignty, the system relied mostly on the importation of norms and principles from the Portuguese Constitution.

The principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular

Concerning the question to survey if there is a reservation of law (meaning that only laws from the Legislative Assembly are adequate and proper to address this issues), the reply is positive, *maxime* in what respects to the reserve of restrictive law[140] – the rules that are envisage to impose restrictions on fundamental rights.

---

that situations of emergency or of exception are instituted according to the procedures established by constitutional provisions, precisely for the purpose of upholding democratic constitutional provisions.».

138 As VITALINO CANAS recalls, the Basic Law enunciated itself a charter of rights, *The general regime of fundamental rights cit.*.

139 MICHAEL C. DAVIS, *The Basic Law and Democratization in Hong Kong*, Loyola University Chicago International Law Review, vol. 3, issue 2, 2006, p180, JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau…*, p 187; FRANCES LUKE, *The imminent threat of China's intervention…*, p 2.

140 On this relevant problem and its dimensions and upholding the principle of reservation of law, VIEIRA DE ANDRADE, ob. e loc. *cit.*; WU XINGPING, *O sistema, cit.* página 84., PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit.* p 59, JOÃO ALBUQUERQUE, *Ensino* no Curso de Produção Legislativa, 2003,. Also affirming this reservation see for example, Parecer 3/II/2005, 3ª Comissão Permanente, Legislative Assembly.

This is correct in spite the absence of a general clause rule allocating an express reservation of law to the Legislative Assembly. Firstly, it is a general principle transferred to the new constitutional order by the continuity principle, secondly, various norms of the Basic Law on fundamental rights expressly affirm so, for example, article 32, «*in accordance with the provisions of the law*», article 33, «*unless restrained by law*», among several others. Last but not least, in accordance with article 40, 2, «*The rights and freedoms enjoyed by Macau residents shall not be restricted unless as prescribed by law*.».[141]

One point should be made clear, the regime sustained by article 40, 2 cannot be reduced to be applied only to the rights contained in the mentioned international instruments and not to any other fundamental right constitutionally established but out of the international treaties. With VITALINO CANAS, «*As for the others, that is, those rights of freedom tat expressly are consecrated by the Basic Law, there are arguments that lead to an identical application of ICCPR regime. The main argument is the one of the congruence and balance of the system. It would be a bit nonsense if the rights directly consecrated by the Basic Law, those which this para-constitutional law wanted to recognize as having a superior systematic importance, giving them a plain consecration, would benefit from a regime of restrictions less secure than the rights only enunciated in ICCPR and in force in MSAR. Thus, the better orientation is that both the freedom rights incorporated in MSAR legal order, by reception of ICCPR rules, made by the Basic Law and the freedom rights specifically enunciated in the Basic Law, benefit from the limitative regime of restrictions deriving from ICCPR*.».[142]

The meaning of Law in the above mentioned norms cannot be other than, in accordance with the constitutional order of Macau, law in the sense of a true legislative act emanated by the legislative body of the SAR[143] or formal laws previous to the transfer of sovereignty. At this light, one must conclude that, for example, any restriction imposed on a given fundamental right by way of an administrative regulation is illegitimate.[144]

The principle of *local philosophy* in the interpretation and integrative methods

This principle is intimately connected to several others such as the autonomy one and the exclusivity one. In fact, having its constitution and having a mandate to address the issue

141 As said by VITALINO CANAS, «*it consecrates the principle of the reserve of the law in the field of the restrictions of rights», The general regime cit.*.

142 *The general regime cit*..

143 Referring to laws of the Legislative Assembly, see for example, IEONG WAN CHEONG, *Anotações cit.*, p. 93.

144 In this sense, see, for example, the decision of the Second Instance Court, 223/2005.

of fundamental rights in an exclusive matter must signify also that the system is impregnated with its own set of values and philosophy[145] that must came in hand when interpreting and implement fundamental rights as well as when integrating lacunae – filling gaps.

An intense debate has arose in several composite jurisdictions on whether the interpretation of a given fundamental right inserted in a local constitution should be made in *obedience* to the centre – e.g. federation – or instead in line with the *local* reality and set of values. In the United States, for example, there is a tendency to resort to a localized interpretation of the subnational constitution since, even when faced with the similar normative texts, federal and state, the local rule has its own history and singularity[146]. Thus even in a situation of a dual system of protection one can find a tendency for a periphery rather than central interpretation so, with much more justification one can do the local interpretation in a system of exclusivity as seen.

Warn us JORGE MENEZES OLIVEIRA that, « *resorting to the interpretation of protection of rights' provisions according to Chinese principles and tradition would very likely turn out to be a self-defeating undertaking. Bearing in mind the three main purposes of the Basic Law, I believe that one can find reasonably safe grounds in the Basic Law itself to claim that it is to be interpreted according to the techniques and principles characteristic of Macao's autonomous legal system*».[147] Thus in order to comply with this autonomic fundamental rights system, there is to be no importation of rules, methods of interpretation, methods and theories of fundamental rights that are observed in the PRC, on the

145 VITALINO CANAS, *The general regime of fundamental rights cit*. says «*it is important to mention the essential aspects of the conception that was in force in Macau until 19th December 1999, which is subjacent to the ICCPR and to the CFREU, and that in principle ought to be the one of BLM. This is about the democratic and liberal conception of fundamental rights. The acknowledgement of the fundamental rights lies on the dignity of the human person, which is the beginning and the end of the organization in society; on the individualistic and humanistic idea of free development of the human beings personality; on the creation of conditions for a full citizenship and on the definition of the respective collective destiny by the communities in which they are integrated. The contents and the exercise of these rights benefit from a general principle of favor libertatis and their delimitation, suspension or restriction is subject to strict rules of grounding, controllability, plainness, specification, temperance and proportionality».*

146 See, for example, G. ALLAN TARR, *Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos*, in, *in* Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, telling us of the role of both sources, federal constitution plus state constitutions, p. 59. On the Mexico case and the emergence of the *judicial federalism*, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Relaciones entre los tribunales locales y federales, in* Las entidades federativas y el derecho constitucional, Máximo N Gámiz Parral (Coord), UNAM/IIJ2003, pp 126 ff. See also, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO/ SALVADOR VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional Mexicano y comparado*, 4th ed., Porrúa, 2005, pp 920 ff.

147 *Interpretation of the Basic Law*, paper given at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007. JORGE BACELAR GOUVEIA says «*We should bear in mind, when analysing these issue, that the system of fundamental rights in Macao is rooted in a concept that derogates from the socialist system of the Constitution of the People's Republic of China. (…) With regard to the BLM, the picture is quite different. It is not, as the reading of various indices proves, a case of incorporation of a socialist-inspired notion, of the fundamental rights. Here, the dominant concept is a western, liberal and social idea of the fundamental rights*.» *The fundamental rights in Macau cit*..

contrary the matrix must be the western idea of fundamental rights fully embodied in the Macau legal order before 1999. This is particularly important as these embody an extremely different general approach to the subject matter when compared to that of the SARs.

The principle of proportionality

The principle of proportionality presents itself as a triple patterned one, adequacy, necessary and proportionality *stricto sensu,* of the restrictions that are to be imposed in a fundamental right. We already noted that, contrary to the situation in force before 1999, there is no general clause on restrictions thus no general clause imposing the principle of proportionality as a limitation to the restriction process.

On this, the decision of the Macau Court of Second Instance, process 1284, 2002, in which, promisingly, it is mentioned the principle of proportionality as a necessary tool of analysis of admissible restrictions to fundamental rights.[148]

On this rector principle and its survival in the present constitutional order it was said that «*the proportionality principle was not received by the Basic Law on the same categorical way, however that omission does not mean that the Basic Law is totally indifferent to it*.[149] In fact, see, for example, mentions in articles 28 by forbidding *arbitrary* arrest, 129 tell us about *impartiality and rationality*.[150] From these, along with again the continuity, one can extract the maintenance of the proportionality principle regarding restrictions to the fundamental rights.

The principle of *overture* to other rights in the Basic Law

In what respects to know if it exists, in the text of the Basic Law, other fundamental rights that are not established in Chapter III, that is to say, if this constitutional law admits other dispersed or not branded fundamental rights the reply is affirmative;[151] immediately

148 From the same second instance court references to the proportionality principle in varying degrees of assessment with acceptance, 166/2003, 22/2002. In legislation one finds references to proportionality and its dimensions on a (general) norm on restrictions, article 8, Law of internal security, 9/2002, a positive aspect underlined by ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, p 111.

149 LINO RIBEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, unpublished, p. 125. One can add that, for example in the Portuguese case, the existence of the proportionality principle was already considered even before it managed to find an express space in the constitutional text.

150 See LINO RIBEIRO, *A Lei Básica e os princípios conformadores da acção administrativa*, Boletim da Faculdade de Direito, 14, 2002, pp. 71-72.

151 VITALINO CANAS, *The general regime cit*, VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos Cit.*, JORGE BACELAR GOUVEIA, *The*

by calling for an interpretative criterion (integrator) rooted in the Joint Declaration, such as GOMES CANOTILHO considers.

When the Joint Declaration presents an exemplifying catalogue of fundamental rights[152] is forcible to conclude that these rights addressed by the treaty still subsist as fundamental even in the event that they have not deserved such label in the Basic Law (or are absent from it). For example, the rights of the praised religious confessions in article 128, which in the Joint Declaration finds shed in it finishes paragraph of point V of the Annex I of that international treaty. The same goes to the property right,[153] article 6 of the Basic Law and its guarantees, article 103. Equally the International covenants serve as a mandatory reference for this. Other rights not only have to be qualified as fundamental because foreseen in the Joint Declaration - even if in other paragraphs - and by its own nature. And some more others dispersed throughout chapters V and VI of the Basic Law.[154]

The principle of *overture* to other rights outside the Basic Law

Given that the Macau Basic Law already provides for a charter of fundamental rights and that, undoubtedly, establishes other fundamental rights outside chapter III we may ask if it allows for other rights, fundamental ones that are established in international norms and in ordinary legislation.

At this light, what is the *opening* scope of article 41 stating that Macau residents shall enjoy the other rights and freedoms safeguarded by the laws of the SAR. Does this only mean that other rights are recognized albeit not with a fundamental nature, meaning they are merely *ordinary*? Or, considering that is formally inserted in the Fundamental rights chapter of a constitutional law and uses a terminology akin of fundamental rights, such as «freedoms», pretends to open the door to the existence of other fundamental rights besides those already established in the Basic Law?[155] We believe that the second answer - in spite of a not so crystal wording - should be the correct one considering what was just said plus

fundamental rights cit..

152 HURST HANNUM, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, UPP, 1996, p 142 in reference to the Hong Kong Joint Declaration citing explanatory notes to the international treaty.

153 In this same sense, for example, XIAO WEYUN, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, APLBM, pp. 126-127.

154 XIAO WEYUN, *Conferencia sobre a Lei Básica de Macau*, APLBM, ob and loc *cit.* Also in this sense the Court of Final Appeal of Macau, at decision 22/2005 clarifies that there are more fundamental rights in the Basic Law, for example in article 98, even if they are not expressly branded as fundamental.

155 The case at stake is not, evidently, to promote to the fundamental category all and every right established in infra-constitutional sources but only those that have an intrinsic fundamentality , JORGE MIRANDA and RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2005, p 138.

the anchor of the continuity principle; in a manner somehow similar to the pre-existing technique applicable in Macau constitutional order before the handover.[156]

As to fundamental rights with an international law origin we do believe that not only those created by the international instruments alluded to in article 40 of the Macau Basic Law, are to be called into the inner circle of the fundamental being constituionalized ones[157] but also many more namely embodied in the classical human rights conventions[158] even in the absence of the integrative bridge process established in article 40 of the Basic Law.[159]

Concerning rights established in legislation, one asks is the right to life – expressly guaranteed in ordinary legislation in Macau – e.g. Civil Code – a fundamental right or not?[160] We believe that some rights established in ordinary legislation are fundamental rights,[161] such as the referred right to life.

As to the importance of these overture clauses one must clarify and concur with crystal words that «*The purpose of this clause open to the incorporation of atypical fundamental rights cannot be – as was also the case with the clause referring to "extradocumentary" fundamental rights – solely to identify materially the mentioned rights, viewing them as mere fundamental rights in a material sense and leaving them to their status as international rights or legal rights, but not as constitutionalised rights incorporated into the BLM. Its purpose is quite different since, should the constitutionalisation of said rights not take effect by virtue of that provision, then the provision would purely and simply be useless. It would only serve the purpose of putting a label on the fundamental rights thus in-*

156 Article 16, 1 of the Portuguese Constitution, *The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law*. This type of clause is gaining the favors of many constitutions. For this Portuguese (before also a Macanese one) constitutional norm, see, among others, GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, 4th ed., Coimbra Editora, 2007, pp 364 ff (this is followed by another pillar of the fundamental rights system, article 17, stating, that *the set of rules governing rights, freedoms and guarantees shall apply to those set out in Title II and to fundamental rights of a analogous nature*).

157 SIMON YOUNG, *Fundamental rights cit.*

158 For example, Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention on the Rights of the Child, just to mention some that are applicable in Macau and, as easily seen, norms of these conventions embody far more reach and importance than some norms of the ILO conventions from the stand of fundamental rights. ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, considers that the fundamental rights in a formal sense are those established, namely, in the Basic Law, in the Joint Declaration, in International Covenants and in the ILO conventions, p 94.

159 In this sense, JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights cit,* via the so-called open clause for atypical fundamental rights.

160 The past of Macau, along with the apex nature of life, should provide us the answer.

161 JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights cit* concurs and considers the principle enshrined in article 41 one of the most significant in the matter of fundamental right but also warns that the rule is not entirely unambiguous.

corporated. And that is certainly not what is expected of it: on the contrary, it is expected that the BLM, in case it has eventually failed to declare other equally relevant fundamental rights, takes this opportunity to reach towards those other rights, engendered under different circumstances. In this manner, under the mentioned provision, such other rights can acquire the constitutional value of the rights formally enshrined in the BLM.».[162]

In discussing the **principle of non discrimination** and the **principle of safeguarding human dignity** we will claim attention to differences between the Macau Basic Law and the Hong Kong counterpart. This does not mean that the above principles cannot be extracted at all from the constitutional text in Hong Kong much less it presupposes a negative judgment to Hong Kong practice vis-à-vis Macau. One thing is certain though, compared to Hong Kong one can find some relevant differences in the Basic law that add to the level of Macau display.[163] Macau has a more comprehensive list of fundamental rights than Hong Kong. In some cases the words of the Macau Basic Law reflect the particular characteristics of Macau. The reinforcement of fundamental rights listing is one such example.[164]

A rather emblematic and significant difference moves within the sphere of a transversal principle – of equality and non-discrimination. In truth, whereas in Hong Kong the Basic Law states in article 25 that *All Hong Kong residents shall be equal before the law*, the correspondent one of Macau states the same principle, *densifies* it and enlarge it to cover the non-discrimination clause stating that *all Macau residents shall be equal before the law, and shall be free from discrimination, irrespective of their nationality descent, race, sex, language, religion, political persuasion or ideological belief, educational level, economic status or social conditions*.

Another cornerstone of unquestionable importance in defining, interpreting, ap-

162 JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau cit*.

163 JAMES COTTON, for example, tell us about a «*greater precision*» on the norms concerning the fundamental rights, in the Macau Basic Law, *The retrocession of Macau and the limitations of the Hong Kong Model*, Pacific Focus, vol. XV, 2, 2000, p 50. It seems possible to assert that one good reason that allows to explain the enrichment of the Macau Basic Law vis-à-vis the Hong Kong one is, besides a better constitutional background provided by the Portuguese constitutional norms, the fact that the Macau Basic Law was drafted and enacted after the its Hong Kong sister thus allowing to learn with the mistakes of this one and permitting an evolution in the constitutional construction of the normative texts as well as providing an added level of trust in the way of legislating *westernalized* style. See also, YASH GHAI, *The Basic Law of the Special Administrative Region of Macau: Some Reflections* 2000, 49, ICLJ, 183-184.

164 The MSAR «*shall protect, according to law, the interests of residents of Portuguese descent in Macau and shall respect their customs and cultural traditions*», or, «*shall establish consultative co-ordination organisations composed of representatives from the government, the employers' organizations and the employees' organizations*», are only two examples, articles 42 and 115 or the rights to habeas corpus, and of privacy. For an extensive listing SIMON YOUNG, *Fundamental rights cit.* The author also provides a list of fundamental rights that are addressed in the Hong Kong Basic law but not in the Macau Basic Law. A comparison proves, anyway, that the Macau case is far more complete than the Hong Kong one.

plying and limiting restrictions to the fundamental rights is the following principle, *the human dignity of Macau residents shall be inviolable,*[165] article 30 continues by saying, *humiliation, slander and false accusation against residents in any form shall be prohibited. Macau residents shall enjoy the right to personal reputation and the privacy of their private and family life.*

This principle constitutes a standard of universal protection, a *pre-condition* and basis of the *Republic* and the basis of consecration of many fundamental rights endowing them with an inherent *personcentricity*, among other functions.[166] In an extremely brief and simplified way one can resort to GIANCARLO ROLLA when he affirms that the normative value of the principle of human dignity operates as an interpretation clause, a *qualificative* value of the constitutional system in a whole, as a criterion of balancing fundamental rights and other relevant constitutional values.[167]

VI
The fundamental rights judicial mechanisms of protection – between continuity and discontinuity

In general, one can say that speaking about fundamental rights guarantees one should be able to identified all mechanisms devised to protection, be it judicial or non judicial, but also as to regimen general substantive rules, such as rules on restrictions, suspension, to the depth of the constitutionally drawn norms of each and every right, to the international law avenues of connection, to the popularization of the rights,[168] a system of free and independent lawyers, a *de jure* and *de facto* independence of the judicial

165 On this apex principle structuring a fundamental rights system (and the organizatory one) it is not possible to provide a comprehensive list of bibliography namely in the continental legal systems. PETER HABERLE, tells us that the human dignity is a *anthropological-cultural premise* of the Constitutional State, *El Estado Constitcional*, UNAM, 2003, p169, «*The constitutional democracy is not considered viable id it does not adopt as permanent criteria of guidance the dignity of the human person*…», LUIS DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2nd ,Thomson, 2005, p 68.

166 GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA *Constituição Anotada*, 4th ed., Coimbra Editora, 2007, pp 198 ff.

167 *El valor normativo del principio de la dignidad humana*, passim.

168 In Macau, this issue has been putted in the political agenda and has been practiced, for example, HO HAU WAH, CE, stated *the juridical publicizing is intimately connected with the formation of the spirit of Justice. That is why that the public departments have been promoting it* Speech to the Legislative Assembly de 2001. SUSANA CHOU, Forward *to Colectânea de Leis Regulamentadoras de Direitos Fundamentais*, Assembleia Legislativa, said In publicizing the Law, the legislator, *in casu*, the Legislative Assembly, promotes not only its knowledge but as well as the concretization of one of the sides of a fundamental right enshrined in the supreme law of Macau, the access to Law, article 36.

system and of the judges, among many other *facts*, juridical or political.

One should mention before in a very briefly manner the non judicial mechanisms. The following lines describe a couple of the existing means for reacting in the event of any breach of rights by administrative bodies:

If subjective rights or legally protected interests are damaged by an administrative act, a complaint against it can be filed to those responsible by the interested person, requesting its revocation or modification. An administrative appeal can be made against any administrative act engaged in by organs subject to the hierarchical powers of another organ. Note that appeals can be made on the basis of illegality, failure to observe the principles of equality, proportionality, justice, impartiality or inconvenience of the act, according to the Code of Administrative Procedure. The petition right, a fundamental right in itself recognized by the Basic Law (article 50, 18 and 71, 6), serves to defend rights by petitioning, in several modalities, to any political body or public authority, in accordance with Law 5/94/M. A complaint lodged with the Committee Against Corruption. Given its investigative powers in protecting the rights, freedoms, guarantees and the legitimate interests of the residents, the CAC Commissioner acts as Macau's 'Ombudsman' to promote the protection of rights of individuals assuring, through informal means, justice, legality and the efficiency of the public administration.

In designing the judicial machinery for fundamental rights application, the principle of effective judicial protection – and its corollaries[169] - is of utmost importance in this field, and it was well dictated before the transfer of sovereignty and it seems to have survived relatively well, at least as for example, to what concerns the opinion of the Second Instance Court, in ruling 166/2003, where it is stated, namely that it is not difficult to see in article 36 of the Basic Law the establishment of the principle of plenitude on the judicial guarantee, and, it is established a general principle of effective judicial protection to safeguard all subjective juridical positions as well as a special principle that guarantees all the access to the administrative justice. It proceeds, by stating that it is expressly guaranteed the access to Law, the access to courts and the access to juridical information.[170]

169 See a listing in, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Effectiveness of Human Rights Protection Instruments*, Mexican Law Review, 1, 2004, in which is presented several principles or sub principles that cooperate in the aim of an effective protection of fundamental rights such as, access to Justice, the right to procedural action, due process of law, competent, independent and impartial Judge or Court, simple and brief procedure, reasonable term and undue delays, compliance and enforcement of International decisions about rights protection and fundamental freedoms.

170 It is true, however, that the Basic Law does not provide express indications on fundamental rights remedies. «*While both the HKBL (Article 35) and the MBL (Article 36) protect the residents' right to judicial remedies, it is rather odd that both documents are silent as to remedies available where there has been a breach of a fundamental right*.»,

One can conclude for the existence of a general principle of effective judicial protection in paragraph 1 of 36 whilst the second paragraph points to a specific effective judicial protection in the field of administrative justice,[171] a field, needless to say, very prone to litigation on fundamental rights. One should point that by effective judicial protection we do not refer merely to the guarantee proclaimed to allow the access to the courts, it must be an (potential) effective protection provided by the courts thus involving, namely an intrinsic connection between substantive rights and procedural, instrumental ones.[172]

As stated before, our *parcours* is to be done under the focus of continuity and of autonomy and it is at that light that most of the following should be understood. In the principle of autonomy one must bear in mind, for instance, the non applicability of Chinese rules, of Chinese techniques and ideology in the fundamental rights fields namely in adjudicating cases, as seen before. The continuity lighthouse implies that one has to resort to the analysis of what was previously in force, its scope, its idiosyncrasy, its correlation within the system – procedural versus substantive.

It is deposited however in the courts the ultimate and perhaps the noblest function of defending the fundamental rights especially when other mechanisms failed or are simply insufficient. A fundamental right is after all a right and it will have no less protection than those normal ordinary rights such as, for example, the normal machinery established in a Civil Procedure Code.

With the continuity light one can find a rupture with the previous system concerning the judicial mechanisms protecting fundamental rights.[173]

Among that small army of procedural institutes one had the amparo and, operating indirectly but effectively, the constitutionality appeal. However, the year 2000 revealed itself, as the *annus horribilus* for and from the courts competences on both fields. In fact, with a few and short rulings,[174] the Court of Final Appeal in the aftermath of the transfer drew a deadly blow to both institutions. It was the understanding of the court that neither the amparo neither the compatibility of norms with the constitutional order

SIMON YOUNG, *Fundamental rights cit*..

171 LINO RIBEIRO, *A justiça administrativa no contexto da Lei Básica da RAEM*, Boletim da faculdade de Direito, 13, 2002, p. 225.

172 Cfr. namely, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição cit*., p. 416.

173 See, for the system before the transfer of sovereignty, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau cit.*, pp 38 ff.

174 Basically, 8/2000, 4/2000, for the constitutionally review and 1/2000, 2/2000, for the amparo.

could be exercised – in this last situation one even had the case in which a given norm was allegedly both in violation of the previous constitution and the present one, as in the 1/2000!

One must consider that the Court of Final Appeal drew a blow to its mandatory role of safeguarding the constitutionality principle – and to the effective judicial protection as well. It was the understanding of the court that the compatibility of norms with the constitutional order could not be adjudicated. The commands exposed before, namely in articles 11 and 145 of the Basic Law on the supremacy of the Basic Law over any ordinary norm surely plus the principles of justice and of the effective protection proclaimed in article 36 of the Basic Law demanded a different attitude– one that could easily be reached in Hong Kong – even in the absence of a branded and expressly established judicial procedure.[175] Besides, as stated in article 83 of the Basic Law the courts shall be subordinated to nothing but law, well the first law is the Basic one. On the other hand one should bear in mind a crucial principle applicable in the Macau legal system and enshrined in article 7 of the Civil Procedure Code stating that, in the absence of adequate procedural machinery the judge shall determine the practice of the necessary acts that are more adequate to the goal of the process.

On the amparo appeal one need not to underline its reputation worldwide as well as its expansive move to new legal systems.[176] «*We can declare, without any exaggeration, that the amparo in its several modalities and designations (…) presents itself as a contribute to the human rights procedural law (…) of the same magnitude as the habeas corpus, the constitutional courts and the ombudsman.*».[177]

On adjudicating the amparo appeals, the Court demonstrated it lends more weight to formalistic aspects – the revocation of the Law where the amparo was inserted – than to constitutional principles such as the continuity one, the prohibition of recession, and of the effective protection, as well as other elements as the functional nature of the am-

175 VITALINO CANAS states, «*On the contrary, in the context of the Basic Law, there is no possibility of judicial review of the constitutionality by a Constitutional Court. But we may consider whether MSAR ordinary courts can, under BLM, Article 143 and 11, 2nd paragraph, refuse the application of rules in conflict with that same BLM. It is relevant to underline that in Hong Kong, in spite of the English tradition of the Parliament sovereignty, and the law sovereignty, and of the impossibility of the courts to review the constitutionality of laws, there is a doctrinal and jurisprudential opening to the possibility for the courts not to apply rules in the grounds of "breach of the Basic Law", very much in line with north American tradition of Marbury vs. Madison.*», *The general regime cit.* Also our *Os direitos fundamentais cit.*, pp. 62-63.

176 See, for all, *El derecho de amparo en el Mundo*, (ed Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor), Porruá/UNAM, 2006.

177 HÉCTOR FIX-ZAMUDIO *Amparo y tutela*, in Ensayos sobre el derecho de amparo, Porrúa/UNAM, 3 ed., Mexico, 2003, p 696.

paro norm, the nature of fundamental right of the amparo, and the existence of specific scope amparo appeals in Macau. On the other hand, it seems, from the subtext that the court mistakenly took the amparo as a mechanism of judicial review, in the sense of a procedure envisaged to attack norms. It is clear that that's not the amparo philosophy, particularly in Macau. As JORGE MIRANDA clearly affirms, *on the light of the Joint Declaration the institution subsists in the Macau legal system*.[178]

One of the most significant component of the Macau's legal system individuality, in other words, a component of the «second system» was thus in a very simple manner putted overboard, at least in the eyes of some courts.

In this sense we affirm the rupture, both in the amparo - although not totally as to be seen - and in the constitutionality appeal.

It seems relevant to bring in here some general considerations on the amparo and its impact on constitutionality and on fundamental rights. «*The constitutional complaint (Article 93 Section 1 Subsection 4 of the Basic Law): it turns the Federal Constitutional Court into a "citizens' court". The access granted by the Federal Constitutional Court to everyone (…) has profoundly increased the awareness of the citizens of the role of the Court vis-à-vis public authority*.»,[179] or, in the Latin American model of constitutional justice it takes preeminence the amparo as a privileged mechanism of judicial guarantee of constitutional rights.[180] In South Korea, it is well underlined the importance of the constitutional petition (an amparo model) in strengthening the fundamental rights, curving abuses of public powers and fulfilling the effective implementation of the fundamental rights.[181]

One is not unaware of the movements to revise the amparo but, in no place

178 *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 2001, VI, p 56. We also affirmed the survival of the amparo as technically sustainable, in spite of a in memorian de facto situation, *La institucion del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde*, in El derecho de amparo en el Mundo, pp891 ff and *O amparo macaense de direitos fundamentais vis-a-vis as decisões judiciais,* in O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado, Macau Law Journal, special issue, 1999, pp 353 ff. As did ARMANDO ISAAC, in, for example, *Do amparo da continuidade (constitucional) à continuidade do recurso de amparo em Macau*.

179 PETER HABERLE, *El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional*, Macau Law Journal, special issue on Amparo, p 182.

180 See, for example, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *El juicio de amparo Mexicano. Su proyección en Latinoamérica y en los instrumentos internacionales*, in Ensayos sobre el derecho de amparo, Porrúa/UNAM, 3 rd., Mexico, 2003, pp. 847 ff, JORGE ULISES CARMONA TINOCO, *Domestic and International judicial protection of fundamental rights: a Latin American comparative perspective*, paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

181 AHN KYONG-WHAN, *The Constitutional Court and Legal Changes in Korea: Post 1987 Development* , in Derecho comparado Asia-México Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, (ed) José María Serna de la Garza, UNAM, 2007, pp. 59 ff.

known, the aim is its eradication of the legal system, solely its adjustment namely to the demands due to its extreme popularity.[182]

The principle of effective protection is of utmost importance in this field, and it was well dictated before the transfer of sovereignty and it seems to have survived relatively well, at least as for example, what concerns the opinion of the Second Instance Court, in ruling 166/2003, where it is stated, namely that it is not difficult to see in article 36 of the Basic Law the establishment of the principle of plenitude on the judicial guarantee, and, it is established a general principle of effective judicial protection to safeguard all subjective juridical positions as well as a special principle that guarantees all the access to the administrative justice. It proceeds, by stating that it is expressly guaranteed the access to Law, the access to courts and the access to juridical information. This is what one can label as a *friendly* fundamental rights ruling in the well known sense used by, for example, GOMES CANOTILHO.

The continuity

The habeas corpus, Article 28 (2) of the Basic Law guarantees that no one shall be subjected to arbitrary or unlawful arrest, detention or imprisonment and assures, in the event of arbitrary or unlawful arrest, detention or imprisonment, the right to apply to the court for the issuance of a writ of habeas corpus.

In the field of administrative law one finds continuity also, for instance, article 100, 1, a) of the Administrative Process Code, whereby any person that has a fundamental right that was violated or fear that his right will be violated can address the court to order the public authorities to adopt a given action or stop adopting a given action in order to assure the exercise of the right at stake.

Significantly there are in force unlabelled/clandestine amparo appeals. In the laws regulating the fundamental rights of assembly and demonstration (Law 2/93) and that on data protection (Law 8/2005), establish reinforced judicial mechanisms of protection of those fundamental rights that are shaped in the amparo model as easily seen both from its normative text and from the preparatory works.[183] In this last case for example, the

182 For example, for the Spanish case, PABLO PÉREZ TREMPS (coord), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant Lo Blanch, 2004.

183 Respectively, Parecer No. 1/93, CACDLG, and Parecer 3/II/2005, 3 Committee, stating that the committee feels that in fundamental rights should be created rules that provide reinforced protection. For further elaboration see our *Os direitos fundamentais cit.*.

competence is given to the Court of Final Appeal, its restricted to the issue of violation of a fundamental right, urgent and *per saltum* and the above mentioned doctrine of article 7 of the Civil Procedure Code is applicable.[184]

The Civil Code *invisible* mechanism. It is known that the Civil Code of Macau contains a para chart of fundamental rights.[185] In it many rights are established, beyond the normal boundaries of classical personality rights thus being simultaneously fundamental and personality rights. Article 67 prescribes that everyone has the right to be protected and to demand for the necessary adequate measures to be taken in order to stop the menace on his rights as well as preventive measures. Since, as seen, at least several of those rights of the para chart are fundamental ones consequently this judicial process is also a fundamental rights one.[186]

The deficit

In a conclusion fashion, one may after this already long *voyage*, affirm that there is a deficit to the continuity principle with the eradication of the amparo and of the constitutional review. Not a total discontinuity however.

There is also a deficit to the rich catalogue of fundamental rights in the sense that the broad scope of enunciation of fundamental rights is not corresponded in the same measure to the judicial mechanisms available. However, the judicial mechanisms in force are more and better than a prima facie analysis could presuppose, namely by the existence of the *clandestine* amparo appeals and the obligation of courts to not allow normative violations of the Basic Law.

One wonders also if we can ask for borrowing to the Macau SAR of the PRC reality, and bearing in consideration namely the idea of transition, principle of continuity, the broad autonomy, the formal timeline and guarantees of the Joint Declaration, «*the second system*» in the «One Country, two systems» principle, the topical idea of PETER HABERLE[187] of *Time and constitutional culture – a dimension of the generation se-*

184 On this see also CRISTINA FERREIRA, *The Europeanization of Law*, placing the inominated amparo in the context of an institute created in that law «*to guarantee effective judicial protection*», paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

185 See, PAULO MOTA PINTO, *Os direitos de personalidade do Código Civil de Macau*, BFD, 8, 1999, and our *Os direitos fundamentais cit*, pp 42 ff.

186 On this, PAULO CARDINAL, *O amparo macaense cit*, pp 388-389, PAULO MOTA PINTO, *Os direitos de personalidade do Código Civil de Macau*, BFD, 8, 1999.

187 *A constitutional law for future generations – the «other» form of social contract: the generation contract, in*

quence of citizens in the constitutional state. We could introduce here a (small) *challenge*: why not (re)create the general amparo appeal - thus consolidating the access to justice and the right to a procedural action[188] - and initiate a *friendlier,* and with openness, *constitutional* review thus contributing to the consolidation of a *Rechtsregion,* in a similar sense of a *Rechtsstaat.*

Handbook of Intergenerational Justice (ed Joerg Chet Tremmel), EE, 2006, p 223.

188 Dimensions of extreme relevance as pointed by HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Effectiveness of Human Rights Protection Instruments*, Mexican Law Review, 1, 2004.

CONSOLIDAÇÃO E VIAS DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RAEM

ALGUMAS NOTAS

CONSOLIDAÇÃO E VIAS DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RAEM - ALGUMAS NOTAS - #/ *

I
Enquadramento

A Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China apresenta-se como uma entidade *subnacional* integrada no Estado Chinês dotada de «*um alto grau de autonomia*» plasmando o princípio «*Um País, Dois Sistemas*»; política, a um tempo, de

Texto elaborado originalmente para as Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução.

* O presente texto é da inteira responsabilidade do autor não podendo, de modo algum, ser entendido como repositório de eventuais posições de qualquer das entidades a que se acha profissionalmente ligado. Texto elaborado e fechado em 2008, razão pela qual não são referenciados e analisados alguns desenvolvimentos relevantes no âmbito da consolidação e evolução dos direitos fundamentais ocorridos desde 2009 até à data de publicação. Por exemplo, no plano legislativo, por iniciativa de Deputados, foram aprovadas duas leis que procederam à clarificação e reforço de garantia na legislação do direito de reunião e de manifestação e no acesso ao direito, a vertente de Provedoria de Justiça no seio do CCAC foi reforçada e dignificada, a sedimentação dos princípios da igualdade e não discriminação continuou a ser feita por via de legislação avulsa e sublinhada em vários Pareceres da Assembleia Legislativa, bem como a nível doutrinal, clarificação da reserva de lei no que respeita á totalidade do regime dos direitos fundamentais e não apenas no que toca a restrições, no plano judicial assistiu-se a um gradual reforço jurisprudencial *amigo* dos direitos de reunião e manifestação, a uma abertura progressiva da fiscalização judicial incidental no TUI da conformidade normativa com a Lei Básica, e, em outros domínios poder-se-ia assinalar, entre outros, a uma gradual pacificação de manifestações outrora caracterizadas por vezes com alguma violência e desmedida reacção policial, os relatórios internacionais sobre a situação dos direitos humanos em Macau continuam a afinar pelo diapasão de generalizada observância e respeito, continuação de surgimento de alguma doutrina relativa a direitos fundamentais, incremento de doutrina, quer em língua chinesa, quer nas línguas portuguesas e inglesa, defendendo a introdução no sistema jurídico de Macau de uma acção de amparo e/ou de processo de fiscalização de constitucionalidade (nomeadamente, mas não apenas, em comunicações e na Síntese a estas Segundas Jornadas da Assembleia legislativa), organização de diversos seminários e conferências subordinados a temáticas de direitos fundamentais, nomeadamente direitos sociais, organização de seminários pelo CFJJ, etc.. A análise da consolidação e da evolução mais recente dos direitos fundamentais em Macau vem sendo feita pelo autor em outros textos.

reunificação mas também de acomodação na diversidade de um território que, por força de circunstâncias históricas sedimentadas ao longo de vários séculos, preenche os desígnios previstos no artigo 31.º da Constituição da RPC[1].

A criação desta entidade territorial autónoma concretizada por actos normativos internos de soberania advém, no entanto, ao menos num plano formal *jurídico-diplomático*, de um trato internacional celebrado entre dois Estados soberanos, Portugal e a China: a Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a questão de Macau[2]. Este instrumento, pese embora a modéstia com que foi etiquetado é, sem reservas, um tratado internacional[3] achando-se depositado, por ambos os signatários, na ONU.

É neste tratado internacional que se delineia formalmente, em primeira instância e a dois, quer o estatuto de autonomia da RAEM, quer a promessa de elaboração de um estatuto – a Lei Básica de Macau[4] – quer ainda um conjunto de *políticas fundamentais* que, de imediato, traçam o figurino geral desta Região. Ao nível de estruturação política, do sistema judiciário, do sistema económico, do sistema financeiro ou do sistema de direitos fundamentais. Aí se positivam uma série de caracteres da então futura RAEM, e concomitante Lei Básica, num tom geral de garantias. Garantias de transição como, por exemplo, garantias de continuidade da «maneira de viver», da continuidade do sistema jurídico, da continuidade da moeda oficial, da continuidade dos direitos fundamentais.

1 «*Artigo 31º - O Estado pode criar regiões administrativas especiais sempre que necessário. Os regimes a instituir nas regiões administrativas especiais deverão ser definidos por lei a decretar pelo Congresso Nacional Popular à luz das condições específicas existentes*.».

2 Assinada por ambas as partes soberanas contratantes em Pequim, a 13 de Abril de 1987. Foi, em Portugal, aprovada para ratificação pela Resolução nº 25/87 da Assembleia da República, ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 38-A/87 e posteriormente publicada no Boletim Oficial de Macau, 23, 3º Suplemento, de 7 de Junho de 1988. Foi depositada por ambas partes nas Nações Unidas.

3 Que a Declaração Conjunta é um tratado internacional não deve restar sombra de dúvidas nem deve pairar a mínima reserva, ainda que porventura motivada em elementos de ocasião ou em considerações de pura política. Veja-se neste sentido, entre tantos outros, JAMES CRAWFORD, *Rights in One Country: Hong Kong and China*, Hochelaga Lectures, Faculty of Law, HKU, 2005, pp. 3 e 4, RUI MOURA RAMOS, *A Declaração Conjunta Luso-Chinesa na Perspectiva do Direito Internacional*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. 74, 1998; pp. 671 e seguintes, CHEN ZHI ZHONG, *The Joint Declaration and the International Law,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, 11, 2001, pp. 89 e seguintes.

4 Adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e promulgada pelo Decreto nº 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999 e publicada no Boletim Oficial de Macau, 1.ª série, a 20 de Dezembro de 1999.

Em reverso, promete-se na Declaração Conjunta e cumpre-se na Lei Básica que: «*Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes.*»[5]. E mais se proclama na Lei Básica que «*De acordo com o artigo 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei.*»[6].

Destarte, deparamo-nos com limitações de exercício de soberania que são *autoimpostas* e vertidas num instrumento convencional internacional, as quais se reflectem numa refracção de exercício de um feixe alargado de poderes por parte do *novo* soberano face a Macau, indiscutivelmente parte integrante da China. Com efeito, durante cinquenta anos, a China reservou para si o exercício de apenas alguns poderes, nomeadamente relativos a defesa nacional, relações externas, interpretação oficial da lei fundamental de Macau, nomeação de alguns titulares, repousando (quase) todo o restante nas mãos dos órgãos locais[7] como expressão do forte esquema de autonomia de que goza Macau.

Atrevemo-nos a afirmar que, por esta via pactícia, formal, *amistosa* e de concessões mútuas de alto relevo com impacto em questões de soberania, a resolução de um problema de cariz colonial legado pela História - sempre susceptível de motivar dificuldades gravosas e transversais como em tantos e tantos exemplos a história contemporânea tem demonstrado - Portugal e a China contribuíram para a dignificação do direito internacional – em tempos tão conturbados e de alguma falência do direito das gentes – e, porventura, revisitaram, e reavivaram, o espírito que perpassa a *Paz Perpétua Kantiana*[8] fornecendo um

5 Artigo 5º.

6 Artigo 11º.

7 Ver, por exemplo, WANG ZHENMIN, «*Um País, dois sistemas» e a Lei Básica de Macau,* comunicação apresentada na Assembleia Legislativa de Macau, Macau, 2007.

8 Veja-se, IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua – um projecto filosófico*, em *A Paz Perpétua e outros opúsculos*, Edições 70, 1995, pp. 119 – 171, e, desde logo, os *artigos* preliminares e definitivos para a paz perpétua e, nomeadamente, a afirmação que o a paz perpétua é uma tarefa e não uma ideia vazia, p. 171. No fundo, arriscamos dizer, em presença

exemplo de *Bem Fazer* aos seus parceiros na arena jus-internacional[9].

À RAEM, com o seu estatuto privativo especial e de diferença, é-lhe garantida uma vida – mínima – de 50 anos. Garantia esta estabelecida na Declaração Conjunta[10] e, como se viu, repetida na Lei Básica. Ou, pegando de empréstimo palavras de DENG XIAOPING, «*Even after 50 years our policy will not change either. That is, for the first 50 years it cannot be changed*»[11].

O estatuto de Macau e o acervo de poderes de que goza e, bem assim, as garantias arregimentadas, não encontram paralelo verdadeiro – isto é, para além do símile exemplo de Hong Kong – nem no direito constitucional comparado nem na sua história. Como também a sua posição e relacionamento *vis-à-vis* o direito internacional, em um punhado de questões, é singular. Destes *factos jurídicos*, corolários há que necessitam de ser tirados e que se traduzem, em não raras vezes, em soluções *prima facie* aparentemente inadequadas, anacrónicas e infundadas e, como tal, incompreendidas e objecto de resistências e negação; todavia, só na aparência é que essas soluções padecem daqueles tantos e tão graves vícios. Soluções inovadoras, arrojadas e diferentes não equivale a dizer soluções erradas.

O ineditismo e virtuosismo do princípio político-jurídico «*Um país, dois sistemas*» ditou soluções (compromissórias) que rompem com cânones e habituações, não se compadecendo com, por exemplo, concepções clássicas e ultrapassadas de soberania nem com teses de desconstrução ou despromoção do segmento «*dois sistemas*» daquela

esteve o ideal cosmopolita Kantiano de arbitramento pacífico de um (potencial) conflito internacional o qual, ademais, envolvia não só questões – sempre importantes - de orgulho nacional e de reclamação territorial como colocava em situação de interesses opostos não duas potências (como por exemplo no caso de Hong Kong) mas outrossim uma potência e um pequeno país distante, como também ainda contendo manifestações de *hospitalidade* e de reconhecimento de direitos diferenciadamente entendidos. A este propósito podemos recordar «*Quando todos os povos do mundo se amarem uns aos outros, então o forte não dominará o fraco, os grandes não oprimirão os pequenos, os ricos não ofenderão os pobres, os senhores não humilharão os humildes, os espertos não defraudarão os simples*», MO ZI, in *Crestomatia da literatura clássica chinesa*, JOÃO REIS, 2000, p. 240. Veja-se ainda *Mozi*, Hunan People's Publishing House, 2006, com prefácio de WANG RONGPEI/WANG HONG.

9 Exemplo que, diga-se, tem sido tentado concretizar em outros areópagos. Algumas tentativas simplesmente sem sucesso (por exemplo nos Balcãs), outras ainda em fase de (tentativa de) construção, (por exemplo no subcontinente indiano).

10 A qual, também por esta razão, apenas cessará a sua plena vigência em 2049. Esquecida que possa, por vezes estar, mantém-se todavia viva não tendo perecido à meia noite de 19 de Dezembro de 1999.

11 *On the Question of Hong Kong*, New Horizon Press, 1993, p. 61.

máxima orientadora.

De seguida daremos conta, com desenvolvimento moderado[12], de algumas questões que inexoravelmente se apresentam como necessárias e pré condicionantes ao sistema de direitos fundamentais em sentido estrito.

II
A autonomia

Macau, tal como solenemente proclamado pela Declaração Conjunta e pela Lei Básica, goza de um alto grau de autonomia. Esta proclamação não se limita a uma *bonita* narrativa ausente, no entanto, de conteúdo. Bem pelo contrário. O princípio da autonomia é vasta e ricamente preenchido de tal sorte que coloca sérias inquietações quando se pretende colocar a autonomia da RAEM num contexto de direito constitucional comparado[13]. E tal sucede quer por razões de apriorística análise quantitativa, quer por razões de qualificação. Por outro lado a sua relevância para Macau (e Hong Kong) é deveras enorme não faltando quem, por exemplo, enfileire o princípio da autonomia conjuntamente com o da continuidade e o da protecção de direitos enquanto os três fins principais que o conteúdo

12 As próximas páginas reproduzem, com algumas poucas alterações, o que escrevemos em *Fragmentos em torno da constituição processual penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana* -, a publicar, pela Coimbra Editora, em livro repositório das comunicações apresentadas às Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa.

13 «*Placing the two SARs in a comparative perspective is (…) highly problematic. This model of autonomy includes elements typical of the regional, the federal, the unitary and the confederal arrangements but it does not correspond to anyone of these*», MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models*, em One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer. Sobre estas questões e, em geral para o estudo da autonomia da RAEM, para mais desenvolvimentos, PAULO CARDINAL, *Continuity and autonomy – leading principles shaping the fundamental rights constitutional system in the Macau Special Administrative Region*, Derecho Procesal Constitucional - 50 años de desarrollo científico: 1956-2006, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México, 2008, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach,* em One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer. Epecificamente para Hong Kong, YASH GHAI, *The imperatives of autonomy: contradictions of the Basic Law*, in Hong Kong Constitutional Debates, Johannes Chan/Lison Harris (eds), HKLJ, 2005, ALBERT CHEN, *The theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong,* em One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer.

da Lei Básica revela e consagra[14].

Decorre ainda do princípio da autonomia, entre muitos outros aspectos, a concretização de um sistema jurídico também ele autónomo[15]. Próprio, distinto, e elemento de contraste *vis-à-vis* o do poder soberano, isto é, constitui uma componente do segmento «segundo sistema» do princípio «Um país, dois sistemas». É disto que daremos conta de seguida.

Como se viu já, Macau está dotado de um sistema jurídico próprio, com as consequência que daí se achem de retirar. O princípio geral é o da separação do sistema jurídico de Macau face ao sistema jurídico da China soberana, a excepção é a da intersecção de ambos os sistemas[16], facto que ocorre em apenas algumas limitadas circunstâncias[17].

O sistema jurídico de Macau é, destarte, composto por regras próprias[18], enformado por princípios que lhe são conaturais e historicamente sedimentados e que se apresentam,

14 Por exemplo, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation of the Basic Law by the courts of the Macau SAR*, em One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer.

15 Se é que não mesmo independente (ou quase), ao menos em algumas áreas, desde logo face à Constituição da RPC, *ex vi* do disposto no artigo 11º da Lei Básica, «*Ao abrigo do artigo 11º da LB, os sistemas e as políticas aplicados na RAEM (...), baseiam-se nas disposições da LB. Quer isto dizer que a Constituição é aplicável na RAEM, salvo as disposições respeitantes aos sistemas e políticas socialistas e as referidas no artigo 11º da LB*», WU XINGPING, *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, pp. 74. Veja-se ainda em sentido símile, WANG ZHENMIN, *Uma tentativa de abordagem sobre a eficácia da Constituição nas Regiões Administrativas Especiais*, Administração, 73, 2006, p. 973, XU QING, *A Natureza e o estatuto da Lei Básica da RAEM – uma tentativa de abordagem,* comunicação apresentada ao Seminário intitulado Linhas de Evolução do Direito da RPC – Reflexos em Macau, 1994.

16 YASH GHAI, *The intersection of Chinese Law and the common law in the Hong Kong Special Administrative Region: Question of technique or politics?*, Hong Kong Law Journal, 37, 2, 2007, pp 363 e seguintes.

17 YASH GHAI, *The intersection cit.,* pp. 372-373, identificando, por exemplo, a aplicação das leis nacionais (com um âmbito de aplicação deveras restrito), alteração da Lei Básica e sua interpretação. Especificamente quanto a Macau, LIU GAOLONG, *Leis nacionais a aplicar na Região Administrativa Especial de Macau*, in Repertório de Direito de Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, pp. 49-50, diz-nos que o âmbito de aplicação a Macau das leis nacionais tem um alcance muito limitado e uma baixa quantidade. CARLOS BLANCO DE MORAIS fala-nos, em comparação com o sistema anterior, de uma capacidade de penetração menor por parte da legislação soberana acompanhada de uma maior amplitude da legislação local. *A organização do poder politico-legislativo no Território de Macau – durante e após a transição para a soberania chinesa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2002, p. 147.

18 Note-se que, para além de poucas interferências ao nível das fontes do direito, o pouco que vem de fora, Lei Básica incluída, de algum modo *rearranja-se* ao sistema que vai incorporar. Quanto à Lei Básica, é mister ter presente que tem um conteúdo magno pré-definido pela Declaração Conjunta e dá concretização a vários princípios de *reforço local* como os princípios da continuidade e autonomia.

alguns deles, como pré condicionantes[19] – e aos quais não se lhes exige similitude ou conformidade com os que imperam na *mainland* – constitucional e jusinternacionalmente garantidos, um sistema específico de fontes, que se expressa numa língua característica *própria*[20], uma magistratura e uma maquinaria judicial exclusiva e excludente – donde não ser possível a intervenção de magistraturas externas e não haver sequer interferência em sede de recurso[21] - um ministério público também exclusivo e excludente e, por tudo isto, a imposição de uma interpretação com cânones e métodos *locais* e consequente arredabilidade de uma interpretação subordinada a critérios do *Meio*, quem quer seja que interprete, incluindo no que respeita à interpretação da Lei Básica[22].

Pode ainda afirmar-se que vigora um regime de *numerus clausus* quanto à conformação externa do sistema jurídico de Macau, seja nos meios, seja na legitimação[23], e no restante – maioria imensa – o sistema jurídico de Macau está dotado de uma garantia de imunidade *vis-à-vis* o sistema jurídico da China continental[24]. De outra perspectiva já se afirmou estarmos perante um sistema *auto-referenciado* e *auto-fechado*[25].

19 Atente-se em «*A elaboração de nova legislação (…) impõe ainda que seja atendida, prudentemente, a relação entre a Lei Básica e as leis anteriormente vigentes, mas também que sejam mantidas as características do direito continental europeu, de modo a assinalar o estilo típico de Macau.»,* SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, 2002, p. 54. LIUTING WANG, *Macao´s return: Issues and concerns*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 22, 1999, n.2, p. 180 fala-nos na necessidade de o *novo* soberano reconhecer a existência de um sistema jurídico distinto em Macau e bem assim do acervo dos costumes sociais locais.

20 ZHU LIN, *A situação da língua chinesa nas sentenças judiciais de Macau – duma perspectiva dos direitos fundamentais*, Administração, 75, 2007, p. 159.

21 Não se esquece aqui a possibilidade de intervenção na ordem jurídica de Macau, por parte de um órgão político, a pretexto do mecanismo de interpretação inovadoramente plasmado no artigo 143º (note-se que omissa qualquer referência na Declaração Conjunta). Não estamos, portanto, nem perante recursos propriamente ditos nem perante tribunais. Chamando a atenção para os possíveis efeitos de erosão na autonomia das RAEs (verificada em Hong Kong mas não em Macau) e considerando o preceito o calcanhar de Aquiles da autonomia, YASH GHAI, *The imperatives of autonomy: cit.*p. 40.

22 Assim, entre outros, PAULO CARDINAL*, Fundamental rights in Macau: from territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law, Professor Jorge Godinho (editor), LexisNexisMacau, JORGE MENEZES OLIVEIRA*, Interpretation of the Basic Law cit.,* VITALINO CANAS*, The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments*, em One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Springer.

23 PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit.*

24 MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions cit,* autor que afirma*, «It is a strict consequence of the principle "one country, two systems" that the Chinese legal order does not find application in the territory of the two SARs».*

25 ARMANDO ISAAC, *Autonomy and the Basic Law: Grundnorm, System and Autopoiesis*, comunicação apresentada à International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 2007.

Em consolidação destas linhas estruturantes importa sobressair a pertença de Macau à família jurídica continental em geral e – se assim se pode falar - à subfamília jus-lusófona[26]. Tal permite, desde logo, e sem dramas, obter um respaldo doutrinário e jurisprudencial do qual Macau bem carece, no fundo nada mais – apesar de em causa estar uma outra família jurídica, a *common law* bem mais propensa a estas operações – do que em Hong Kong se vem fazendo[27] - sem dramas e sem imputações de neo-colonialismo. A manutenção de Macau na órbita da Juslusofonia só pode acarretar vantagens para a solidificação e projecção do seu sistema jurídico[28], isto claro está, sem prejuízo da sua expressão e divulgação em adequada língua chinesa junto da comunidade da RAEM.

III
A CONTINUIDADE

O princípio da continuidade deve assumir-se omnipresente para quem proceda ao estudo do ordenamento jurídico de Macau.

Ele apresenta-se multidimensionalmente e, no que ao tema importa, de uma forma tríptica, isto é, enquanto:

a) princípio aglutinante de manutenção da maneira de viver[29] - «*Os actuais sistemas*

26 Subfamília assente, naturalmente, em padrões que são comuns, nomeadamente ao nível de direitos fundamentais; para mais desenvolvimentos, PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit,* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, in Ab Uno ad Omnes, Coimbra Editora, 1998, pp. 55 e seguintes, em especial p. 69.

27 Acentuando esta característica, por exemplo, ANTHONY MASON, *The place of comparative law in developing the jurisprudence on the rule of law and human rights in Hong Kong*, Hong Kong Law Journal, 37, P. 2, 2007, pp. 259 e seguintes., JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review: The first decade*, in *idem*, pp. 410 e seguintes.

28 Como dissemos já, «*In short, Macau is not an isolated legal system island surrounded and overwhelmed by strange legal systems to it bearing the risk of loosing its own legal system identity. Macau's autonomy road also passes by this asset and its core maintenance*.», *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit.,* veja-se, ainda, MANUEL ESCOVAR TRIGO, *Por um lugar para Macau*, Administração, 40, 1998, pp. 432 e seguintes.

29 ANTUNES VARELA, *O domínio público e o domínio privado sobre as terras e as águas do território de Macau*, Revista Jurídica de Macau, número especial, A questão das terras em Macau – Doutrina, 1997, p. 460, considerou este o mais «*precioso dos valores que a República Popular da China solenemente prometeu respeitar no futuro próximo de meio*

social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver»[30];

b) princípio de inalterabilidade essencial do ordenamento jurídico previamente vigente - «*as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas*»[31]; e,

c) princípio de manutenção de todos os direitos fundamentais anteriormente existentes - «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau*»[32].

Pode, destarte, fazer-se aqui um apelo à *ideia* de *adquiridos constitucionais*. Sinteticamente posto, soluções constitucionais participativas da realidade constitucional de dado ordenamento jurídico e que já valeram no passado mas que também valem no presente e que se podem projectar para o futuro sendo constante e pacificamente aceites[33] e, neste caso, carreadas pela Declaração Conjunta e ancoradas no *jus cogens do jus cogens*: *pacta sunt servanda.*

Tratado internacional que, rememore-se, não impôs *ex novo* valores, modelos e princípios a Macau, antes os reconheceu, estabilizou e garantiu normativamente. Estes *ad-*

século».

30 Declaração Conjunta, 2, (4). Na Lei Básica, v.g., Preâmbulo e artigos 5. e 11º.

31 Declaração Conjunta, 2, (4). Na Lei Básica, v.g., artigos 8º e 18º mas também artigo 145º. Ver, por exemplo, PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit,* ARMANDO ISACC. *The constitutional framework for legal co-operation cit*..

32 Declaração Conjunta, V, Anexo I. Na Lei Básica, artigos 4º, 11º e 40º, os quais, não reflectem *expressis verbis* a totalidade da garantia dada na norma da Declaração Conjunta. Daí não resultando, todavia, e por razões jurídicas várias, a sua desconsideração. Veja-se uma aplicação concreta do princípio em COSTA ANDRADE, defendendo o autor, no silêncio da Lei Básica, a manutenção de uma garantia fundamental processual penal (extensão do princípio da legalidade às medidas de segurança) expressamente consagrada no direito constitucional anterior, *Constituição e direito penal cit*., p. 208. Sobre esta dimensão, ver nomeadamente, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais* cit e *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit,* VIEIRA DE ANDRADE*, Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM.

33 AFONSO DE OLIVEIRA MARTINS, *Para uma teoria dos adquiridos constitucionais*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2002, p. 1049 e 1050. Veja-se, a propósito, REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, especialmente pp. 123 e suas considerações sobre Consituição versus continuidade, afirmando que o ordenamento não é tanto a consequência de um poder que o constitui *ex novo* mas outrossim o resultado de uma articulação de poderes constituintes ao longo do tempo entrelaçados por um princípio de continuidade.

quiridos farão parte do que alguns autores apelidam de lado não aberto das Constituições, por contraposição evidente à chamada abertura constitucional que aquelas reclamarão necessariamente[34]. Afirmou-se já que estes adquiridos consubstanciam soluções jurídico-constitucionais que poderão mesmo deixar de ter acolhimento positivado em determinado texto constitucional que, ainda assim, não deixarão de se manter presentes no ordenamento jurídico e com validade, mesmo que em oposição à narrativa constitucional[35]. É curial aqui reafirmar que o princípio da continuidade e o processo de transição acolhem plenamente esta ideia estabilizadora de adquiridos constitucionais.

Continuidade é um valor bem presente e constante em diversos areópagos não se podendo, pois, afirmar que, em si mesmo, representa uma particularidade das RAEs surgindo, muitas das vezes *funcionalizada* ao valor estabilidade. E é abordada com particular ênfase na literatura constitucional[36], também aqui estreitamente ligada à estabilidade; por exemplo, JOSEPH RAZ *dá o pontapé de saída* ao tema expressando-se em *stability and continuity*[37]. Este mesmo autor fala-nos da grande importância moral que considerações de continuidade devem ter, constituindo-se mesmo como o tipo de considerações determinantes da contínua legitimidade da Constituição[38]. A continuidade na Constituição e consequente efeito estabilizador foi já apodada de continuidade *suprapessoal*[39]. Por outro lado, não pode deixar-se também de descortinar valorações de continuidade quando uma nova Constituição surge a encimar um dado ordenamento jurídico e se procura determinar a sobrevivência do direito ordinário pré constitucional[40].

34 Cfr. KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, pp. 19 e 20.

35 AFONSO DE OLIVEIRA MARTINS, *Para uma teoria dos adquiridos cit.,* p. 1051.

36 JORGE MENEZES OLIVEIRA*, Interpretation cit.*

37 *On the authority and interpretation of Constitutions: some preliminaries*, in Constitutionalism: Philosophical foundations, L. Alexander (ed.), CUP, 1998, p. 174.

38 JOSEPH RAZ, *On the authority and interpretation cit*., p. 178 adverte para a consideração de outros valores. Vide, JORGE MENEZES OLIVEIRA*, Interpretation cit.*, JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review, cit.,* p. 431, fala-nos, por exemplo, da «*tension between stability and certainty on the one hand and the need to make progress and adaptation to new challenges on the other hand*».

39 KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional, cit.,* p. 20.

40 Exemplo paradigmático o de Espanha e o labor do Tribunal Constitucional, REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales,* pp. 135 e seguintes.

Mas, como bem alerta JORGE MENEZES OLIVEIRA, o caso de Macau é diferente e situa-se bem mais além da continuidade que temos vindo a mencionar, descortinando-se uma clara directriz constitucional de preservação do antecedente, preservação essa que recebe prioridade normativa-constitucional[41]. Em outras palavras, pode-se afirmar que, no caso de Macau verifica-se não só *um alto grau de continuidade*[42] como é, desde logo, uma continuidade formalmente hetero-garantida[43] e, em certo sentido, impositiva por virtude do acordo internacional sobre a questão de Macau. Por conseguinte, não se reconduz somente a um resultado assente numa *policy* autónoma voluntarista preconizada e concretizada pelos órgãos locais competentes da RAEM.

No que à continuidade do ordenamento jurídico concerne, diremos, telegraficamente, que é uma imposição da Declaração Conjunta reafirmada *mutatis mutandis* na Lei Básica e que se entende que inalterabilidade essencial não se pode reconduzir por um lado, a uma absoluta manutenção, nem de outro lado oposto, continuidade sim mas apenas e somente até que as normas sejam alteradas pelos poderes locais. E não se postula como sinónimo de intangibilidade porquanto assim o pretenderam as partes contratantes por forma a evitar um indesejável esclerosamento do ordenamento jurídico de Macau. Na verdade, esta característica de elasticidade, ainda que limitada, do princípio da continuidade, constitui-se como uma garantia mais à efectiva sobrevivência do ordenamento jurídico já que lhe permite, sem abdicar contudo das suas características essenciais, adaptar-se ao evoluir natural e imprevisível do sistema social em que se insere.

Se é vero que o ordenamento jurídico se deverá manter embora não em termos absolutos não é, no entanto, menos verdadeiro que só poderá ser alterado no respeito aos limites estabelecidos na Declaração Conjunta. O limite à plenitude do princípio da continuidade não poderá reconduzir-se tão somente à tese da manutenção das leis salvo no que contrariar a Lei Básica ou no que for sujeito a alterações posteriores por via normativa, isto é pelas leis da RAEM por exemplo, sob pena de, como se pode antever, levar a

41 *Interpretation cit.*

42 JAMES CRAWFORD, *Rights cit.,* p. 29.

43 Assim propusemos este baptismo em *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit.*

um total esvaziamento daquele princípio reitor e consequente inutilidade. Há que admitir a possibilidade de introdução daquelas alterações não sendo, no entanto, admissível que essas alterações se consubstanciem em mudanças básicas[44] com isto se pretendendo significar que os princípios gerais de Direito enformadores da ordem jurídica de Macau não podem ser inobservados bem como os diversos regimes jurídicos – por exemplo dos direitos fundamentais em geral e de cada direito em si mesmo – não poderão ter a sua *ratio* desvirtuada ou aniquilada ou, por outras palavras, o conteúdo essencial de determinado regime jurídico terá de ser respeitado e mantido[45].

Por outro lado, é premente relevar que no que ao conceito de leis previamente vigentes diz respeito este deve ser entendido, como o faz LEONEL ALVES, num sentido lato, isto é compreendendo não somente o aspecto formal da lei escrita mas também o espírito do sistema jurídico, a sua lógica interna, a sua dogmática conceptual e tudo o resto que fornece vida e sentido ao ordenamento previamente existente à data da transferência do exercício de soberanias[46]. Isto é, a continuidade não se compadece com supostas hermenêuticas isoladas da essência do sistema, não se destina apenas a garantir normas despidas dos valores que as enformam. Também aqui há-se assumir especial relevo o intérprete.

Finalmente, referimos já uma terceira dimensão do princípio da continuidade expressamente vocacionada para a defesa dos direitos fundamentais. A protecção dos direitos fundamentais assume particular papel de contraste da ordem jurídica de Macau no contexto geográfico em que se insere. Esta particular vertente de continuidade, exclusivamente[47] dedicada aos direitos fundamentais permite falar-se em *«direitos fundamentais*

44 Defendendo tese próxima, afirma LOK WAI KIN «*A inalterabilidade básica das leis refere-se meramente à inalterabilidade do seu espírito e ao valor básico da legislação, que não à inalterabilidade (...) dos articulados concretos.», Impacto da Lei Básica da RAEM na concepção do Direito de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, 2002, p. 61. O autor parece, todavia, afastar-se em alguma medida desta sua tese em função de critérios temporais e de necessidade de alterar «*certos conceitos jurídicos originais da RAEM*». Veja-se, ainda, SUN WANZHONG, *A Lei Básica cit.,* p. 54.

45 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit*., pp. 32 e 33.

46 *A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 12, 2001, p. 207.

47 Exclusivamente para direitos fundamentais mas, naturalmente, não excludente das duas vertentes precedentes formando, antes pelo contrário, um todo harmonioso na e para a manutenção dos direitos fundamentais.

permanentes»[48] apesar da transferência de soberanias. A íntima relação continuidade *versus*. protecção de direitos apresenta-se bem nítida. A este propósito escreveu-se já que este princípio constitui-se como uma verdadeira almofada na temática dos direitos fundamentais no contexto da transição e «*O imperativo de manutenção das leis previamente vigentes em Macau basicamente inalteradas como um imperativo de manutenção do sistema (isto é, das suas normas essenciais, das que constituem o seu núcleo caracterizador, incluindo, por exemplo, a norma que proíbe a pena de morte) e a consequente proibição do retrocesso infundamentado por via legislativa*.»[49].

Há princípios das políticas fundamentais estabelecidas na Declaração Conjunta que se assumem «*como cláusulas de salvaguarda de direitos adquiridos (direitos às liberdades pessoais, direito à função pública, direito a vencimentos e subsídios).*»[50].

E por assim se considerar e dado que a Declaração Conjunta criou um catálogo (aberto ou exemplificativo e portanto não excludente) de direitos fundamentais, estes permanecem em Macau basicamente inalterados no ordenamento jurídico; como também seria de supor que alguns direitos não seriam despejados da sua morada constitucional e que o seu regime de exercício se manteria.

Assim é, quer com a guarida geral do princípio da continuidade do ordenamento jurídico, quer alicerçando-se na garantia específica de reforço de continuidade dos direitos fundamentais catalogados na Declaração Conjunta, pelo menos - mas não apenas - destes[51].

48 PAULO CARDINAL, *Permanent Fundamental Rights in a Legal System in Transition - The Case of Macau*, Seoul, The 16th Biennial Lawasia Conference, Collection of Papers, S 15 - 3, 1999, pp. 1 – 10, também disponível em East & Southeast Asia: An Annotated Directory of Internet Resources, University of Redlands, CA, US. Sobre esta concepção e seus corolários, nomeadamente quanto a situações de balanceamento em casos de conflitos de direitos fundamentais, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation cit*.

49 VIEIRA DE ANDRADE *Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM.

50 GOMES CANOTILHO, *As palavras e os homens — reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, pp. 341 e 342. ARNALDO GONÇALVES afirma, «*Macau residents will benefit from the rights and freedoms they are entitled to under Portuguese Law (and during Portuguese rule*)» sendo este um dos «*sequential set of guarantees set by Central authorities*» (of China), *Macau Basic Law and the future of the SAR*, paper apresentado na Universidade de Macau, Outubro de 2007.

51 Vimos já que o catálogo de direitos fundamentais da Declaração Conjunta é aberto recorrendo-se a expressões como «designadamente» precisamente para reforçar o entendimento de não exclusão de outros direitos não catalogados no texto do tratado internacional.

Não compreender a continuidade, quer parcelarmente *v.g.* nos direitos fundamentais, quer como um todo[52] equivalerá, a final, à negação do próprio princípio rector «Um país, dois sistemas» e torná-lo desprovido de sentido[53] «*O que merece ser referido também é que uma das mensagens contidas na política 'Um país, dois sistemas' é a admissão da continuidade de existência do regime deixado por um país estrangeiro.*»[54].

Por tudo isto, em jeito de remate à *vexata quaestio* da continuidade ousamos sugerir que todo e qualquer bom intérprete e aplicador da Lei Básica (sobremaneira, mas também de demais actos normativos), deve colocar sobre os ombros uma cabeça de Jano. Interpretando a norma com uma cara no passado e com a outra no futuro que vai reservar à norma logrando assim o *intérprete-porteiro* um *continuum*[55] desejado e erigido em imperativo categórico durante pelo menos 50 anos cinzelado na Declaração Conjunta e *debruado* na Lei Básica.

IV
A *ORDEM CONSTITUCIONAL* DE MACAU

Umas advertências prévias no sentido de considerarmos que o bloco constitucional de Macau é multicomposto porquanto assenta, em enunciados normativos que repousam em diversos instrumentos jurídicos diferenciados. Por outro lado, é mister desde já advertir que o que aqui se defende é objecto de profundas críticas muito particularmente (ou quase só) quanto à consideração da Declaração Conjunta como elemento constitutivo e consti-

52 Seja por força de reacções anti-colonialistas ou de neo-nacionalismos ou por qualquer outra demanda política de conjuntura.

53 Veja-se MAI MAN IENG, *Diploma legal administrativo e acto legislativo por autorização*, Revista do Ministério Público, *apud* SUN WANZHONG, *A Lei Básica cit.*.

54 SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM cit.*, p. 54.

55 Note-se que não se preconiza, destarte, qualquer tentativa de *passadismo* bacoco que meramente atente no passado, sem mais.

tuinte da Constituição de Macau[56].

Decorre ainda da multi-origem das normas de valor e função constitucional uma (quase necessária) *multilevel constitution*. Isto é, o bloco da constitucionalidade surge em uma ordenação diferenciada e não dotado de uma homogénea força jurídica. Por último, e também aqui já habituados aos dissensos, o documento normativo Lei Básica corresponde, ao menos em alguma medida, à Constituição, formalizada, de Macau[57]. Afirma-se a Lei Básica como a constituição a título principal de Macau, que não a título supremo, diga-se. Isto é, a principal fornecedora normativa – em termos de quantidade e de abrangência e, bem assim, de estruturação, articulação e estabilização de valores e princípios – da ordem constitucional de Macau. As outras fontes desta ordem superior são-no ou esparsamente (Constituição da RPC) ou dirigente e principiologicamente (com grande riqueza, diga-se) com, todavia, relativa escassez de densidade normativa (Declaração Conjunta). Se outras mais fontes contribuem para a composição da ordem constitucional, fá-lo-ão subordinada e fragmentariamente (por exemplo, Pacto Internacional sobre os Direito Civis e Políticos?).

A Lei Básica é uma Constituição? Esta uma primeira interrogativa a colocar. Apetece-nos, com JORGE MENEZES OLIVEIRA[58], afirmar que se assume, *with no further discussion*, que é um documento constitucional ou que, ao menos, desenvolve um papel constitucional[59]. Por razões que, as mais das vezes se prenderão ora com um purismo de formas estrito e radicalizante ora com concepções neoclássicas fundamentalistas assentes em considerações nacionalistas exorbitantes e bacocas, é por muitos apodado de quase pecado material a consideração da Lei Básica como constituição. Quanto a estas consideração não convocamos comentários para além de se dizer que a consideração da Lei Básica

56 Por norma especialmente politizadas e despojadas quase de argumentação de índole jurídica radicando muitas vezes, por outro lado, em concepções fundamentalistas e anacrónicas sobre a soberania.

57 Não enveredamos, aqui e agora, pelos ricos caminhos da indagação da Constituição instrumental, formal, material, entre outras.

58 E com JOSÉ FARIA COSTA, *A Lei Básica da RAEM*, cit, p. 218, «É óbvio que estamos, aqui, a fazer um juízo de similitude material entre a chamada 'Grundgesetz' – que é como sabemos a Constituição – e a Lei Básica da RAEM. Não obstante estarmos conscientes das diferenças que intercedem entre as duas realidades normativas que se convocam consideramos ser, juridicamente, sustentável e até salutar afirmar-se a pertinência de uma tal analogia material, que não estritamente nominal.».

59 JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation cit*.

como lei constitucional não vem beliscar a soberania da RPC face a Macau e, quanto aquelas não desconhecemos conceitos nem pressupostos (*Kompetenz-kompetenz, v.g.*) outrossim partindo da premissa de existência de um ordenamento separado e que cada ordenamento jurídico há-de ter uma lei constitucional[60], a que juntamos razões de *pragmatismo*, operatividade e, de densificação do alto grau de autonomia assumimos uma referência à Lei Básica enquanto realidade normativa constitucional. Por outro lado, é inescapável o comando expresso no artigo 11.º impondo a superioridade normativa interna da Lei Básica[61].

Poderíamos ainda convocar aqui o critério das *sete características* avançado por RAZ que permitem aferir se existe, ou não, constituição: definição da constituição e poderes dos principais órgãos de governo dos diversos ramos; é, e é suposto que seja, de longa duração; contém uma formulação em cânones, aqui significando que, normalmente, se acha esculpida em um ou em pequeno número de documentos; constitui uma lei superior, ou seja, dotada de valor paramétrico; existência de mecanismos judiciais de implementação daquela superioridade; as suas revisões, se bem que possíveis, obedecem a procedimentos que as tornam mais difíceis por comparação com as alterações à legislação ordinária; finalmente, as suas provisões incluem princípios de governo, tal como estatuição de direitos fundamentais, que reflectirão geralmente valores societais comuns[62]. Desta listagem, como se pode verificar, a Lei Básica diz presente a todos os critérios apenas encontrando algu-

60 ANDREI MARMOR, *Constitutional interpretation*, University of Southern California Law School, disponível em Interpretation and legal theory, 2.ª edição, Hart, 2005, «*if by 'constitution' we mean the basic political structure of the legal system, its basic law making and law applying institutions, then every legal system has a constitution.*».

61 «*The Basic Law has constitutional status and dominates all other Hong Kong laws. (…) The Basic Law dominates all local statutes of the territory, and enjoys constitutional status, namely, as a charter which cannot be defied and one that guarantees social stability and steady economic development. In light of this, all governmental institutions, organizations and individuals must strictly adhere to the Basic Law*.», RAO GEPING, *Two Views of Hong Kong's Basic Law:From Beijing, "One Country" Must Dominate the Two Systems…,* Hong Kong Journal, http://www.hkjournal.org/archive/2006_spring/rao.html. GIANCARLO ROLLA coloca assim a questão, «*Further evidence of the constitutional nature of Basic Law is provided by the fact that its revision may be carried out only by way of a special procedure, a "reinforced" procedure, (…) which cannot be amended by the national People's Congress except following specific procedures*.» . *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach*, a publicar em One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer.

62 JOSEPH RAZ, *On the authority and interpretation cit*., pp. 153 e 154. ANDREI MARMOR, por exemplo, fala-nos em supremacia, longevidade, rigidez, conteúdo *moral* e generalidade e abstracção, *Constitutional interpretation cit* sendo que em *Are Constitutions legitimate?*, Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 1, 2007, pp. 76 e seguintes expõe as características que se seguem, supremacia normativa, *judicial review*, longevidade, rigidez, *conteúdo dual* (organizatório com estabelecimento de divisão de poderes e direitos fundamentais) e, generalidade e abstracção.

mas dificuldades quanto à conformidade com a dimensão da existência de mecanismos judiciais – de todo o modo, para além do mecanismo político, certo é que, com ou menor expressão, a Lei Básica prevalece sempre perante qualquer norma ordinária devendo esta, em caso de conflito, ser, no mínimo, *desaplicada* pelos tribunais.

A rotulagem que tem vindo a ser feita pode resumir-se ao seguinte: mini constituição, acto cripto-constitucional, para-constituição, lei com natureza constitucional[63]. Nós, de nossa parte, *baptizamos* a dita como Constituição *lato sensu*[64].

Finalmente, convoque-se aqui, palavras de GOMES CANOTILHO, «*Constitutional autonomy is also the possibility of an autonomous territorial being – state, region – granting itself a "constitution" ("statute", "basic law") in order to stabilise its own organization and define its identity. In the case of Macau there was no real constitutional autonomy in this sense (and, wherever it exists, it is always limited), but the Joint Declaration and the Basic Law aim at finding the essential dimensions of organizational stability and the political, historical, economic and social identity of the territory*.»[65].

É tempo de, com a precedente citação, aproveitar a *ponte* aí feita para avançarmos para a identificação de mais uma das componentes da ordem constitucional de Macau. Isto é, a Declaração Conjunta.

Brevitatis causa, sendo vero que a Declaração Conjunta impõe, desde logo, a criação do suporte institucional terrritorial-político denominado RAEM no qual se estabilizará a concretização da política «Um país, dois sistemas», a «*República Popular da China estabelecerá, ao voltar a assumir o exercício da soberania sobre Macau, a Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*.», assim o prescreve o artigo 2.º, (1) daquele tratado internacional. Para além da criação desta pessoa de direito público é também exigido pela Declaração Conjunta no mesmo artigo 2.º, (12) a elaboração de

63 *Sumário* apresentado por CÂNDIDA ANTUNES PIRES*, The organization of justice in the legal system of Macau – statics and dynamics of the Macau SAR courts*, texto apresentado em 1st Seminar on Law and Social Sciences, Macau, Outubro, 2007.

64 Veja-se, por exemplo, *A panoramic view on fundamental rights cit.*

65 GOMES CANOTILHO, *The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance,* em One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Springer.

uma Lei Básica e, bem assim, predeterminado, no essencial, o seu conteúdo, «*As políticas fundamentais acima mencionadas e os respectivos esclarecimentos no Anexo I à presente Declaração Conjunta serão estipulados numa Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China pela Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e permanecerão inalterados durante cinquenta anos.*».

De tudo isto resulta o sobredito princípio de obediência às políticas fundamentais da Declaração Conjunta durante cinquenta anos[66]. Como, de resto, é *humildemente* assumido pela Lei Básica, quer no seu Preâmbulo, quer no artigo 144.º, como já antes visto. Ou seja, num certo sentido e numa *imagem fácil,* a Lei Básica será o documento legal de regulamentação da *legislação de bases* intitulada Declaração Conjunta[67] e, destarte a ela deve estar conforme. Se assim é, se a Declaração Conjunta é *a Grundnorm*[68] da Lei Básica, então naturalmente há-de constituir-se como elemento da ordem constitucional de Macau.

E ainda a Constituição da República Popular da China. Afigura-se inegável que a constituição chinesa terá alguma aplicação na ordem jurídica de Macau da mesma sorte que também inegável será que não terá aplicação integral, ou seja não beneficia de uma aplicação *in toto*. Se assim são as coisas, como nos parece que são, a questão sobrante é o da delimitação de linha de fronteira, isto é o preenchimento do escopo do que é de aplicação em Macau. Com efeito, não se recusa que haverá preceitos da Constituição chinesa aplicáveis a Macau, particularmente aquelas que radicam no substracto da soberania, e, bem assim, normas de carácter organizatório competencial, mas já assim não será no que vem bulir com o cerne da manutenção do modo de viver, *vg.* sistemas social, económico, direitos fundamentais[69]. Nestas matérias, nega-se pois a aplicabilidade – seja no sentido do

66 Donde, ARMANDO ISAAC afirma «*Under the Joint Declarations (JDs), the PRC was reduced in its sovereign competences, these purporting only to external sovereignty: defense and foreign affairs.*», em *The constitutional framework for legal co-operation between the "Two Systems" of the "One Country": the case of Macau*, Conference on Mutual Legal Assistance under 'One Country, Two Systems', Faculty of Law of the University of Hong Kong, 1999, p 2.

67 Em *The Joint Declaration and the International Law cit.*, CHEN ZHI ZHONG diz-nos que a Lei Básica codifica as doze políticas fundamentais da DCLC, p 92. No acórdão relativo ao processo 96/2002, o TSI, Tribunal de Segunda Instância, faz referência à densificação da Declaração Conjunta por parte da Lei Básica.

68 Ver, por exemplo, ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework cit.*

69 Como em muitas outras áreas, veja-se, entre outros, WU XINGPING, *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, p. 74, XU QING, *A Natureza cit.,* pp. 22 e 23.

alargamento, seja no do constrangimento. Seja no que se reporta a normas estritamente consideradas, seja no que respeita ao seu espírito.

Este entendimento está devidamente ancorado na Lei Básica – como já se apontava, de resto, na Declaração Conjunta – mais precisamente no seu artigo 11.º, já aqui citado. Donde, sobre as matérias ali inscritas recai uma blindagem de imunidade face às correlativas disposições da Constituição da RPC. Na verdade «*Ao abrigo do artigo 11.º da LB, os sistemas e as políticas aplicados na RAEM (...), baseiam-se nas disposições da LB. Quer isto dizer que a Constituição é aplicável na RAEM, salvo as disposições respeitantes aos sistemas e políticas socialistas e as referidas no artigo 11.º da LB*»[70].

É mister perguntar ainda se o regime do artigo 40.º da Lei Básica[71], na sua simplicidade profundamente inovador nos meandros do direito comparado[72], representa *apenas* uma estatuição de referência, por exemplo interpretativa, ou se vai mais longe.

Ao nível de direitos fundamentais podemos ensaiar desde já uma conclusão intercalar: é vero que há direitos que conquistaram um lugar ao sol na directa formulação textual da Lei Básica mas também é verdadeiro que outros direitos – e suas dimensões – há que possam ter ficado à sombra, por exemplo da Declaração Conjunta ou do Pacto Internacional sobre os Direito Civis e Políticos, mesmo com alguma penumbra quiçá, mas têm morada constitucional. Em seu apoio corre ainda, naturalmente, o princípio da continuidade nas suas várias dimensões.

70 WU XINGPING, *O sistema, cit.* pp. 74 e 76.

71 «*Artigo 40º - As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau. Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo.*».

72 O qual, note-se, é diferente da referência portuguesa da DUDH e também diferente da constitucionalização de tratados de direitos humanos, quanto a esta última, pelo menos quanto à tipicidade utilizada, por exemplo feita no Brasil ou ainda, de certo modo, na Argentina.

V
O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Interessa proceder a uma análise breve dos princípios estruturantes do sistema de direitos fundamentais de Macau e, bem assim, do sistema constitucional em que aquele se insere, porquanto os direitos fundamentais constituem uma das componentes essenciais da decisão constituinte formando um todo coerente com as restantes componentes, por exemplo, política, daquela decisão[73].

E, de novo, confrontados somos com conteúdos e omissões. De novo a continuidade. De novo a multicomposição da constituição como elemento de respaldo e de método de atenuação de fracturas e descontinuidades.

Escrevemos já: «*we intend to tentatively identify the several principles that preordain the constitutional system a whole, and thus also the fundamental rights constitutional subsystem or component. Our aim is to present the principles that have or may potentially have a contributive role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system. In other words, an integrated group of principles that constitutes the protective web of the fundamental rights system shaping it into a potential and formal pro libertate one, from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the stand of the subnational unit. In general, that is as to what relates to the constitutional system one can bring in here: The principle of obedience to the Joint Declaration basic policies, the principle of a constitution, the principle of continuity, the principle of the second system within the one country, two systems one, the principle of autonomy, the principle of democratization, the principle of a own and distinct legal system, the principle of constitutionality, the principle of legality, the principle of separation of powers, the principle of independent judiciary*.

As to what concerns the fundamental rights constitutional subsystem: the principle of safeguarding, the principle of self containment and of exclusivity, the principle of a charter

73 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 306.

of rights, the principle of continuity of fundamental rights, the principle of non discrimination, the principle of safeguarding human dignity, the principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular, the principle of reception of at least minimum international standards, the principle of self executing constitutional norms, the principle of local philosophy interpretation and integrative methods, the principle of effective judicial protection, the principle of proportionality, the principle of overture to other rights in the Basic Law, the principle of overture to other rights outside the Basic Law, the principle of extension to collective persons.»[74].

Não resistimos a dispensar algumas palavras breves especificamente referenciadas ao princípio da dignidade humana enquanto elemento modulador do sistema de direitos fundamentais da RAEM.

É, com certeza, indissociável da conceptualização da dignidade humana uma componente filosófica – como também histórica – que aqui não poderá ser levada a cabo. Todavia, é necessário convocar, com certeza de entre outros, KANT e toda a sua construção do Homem que é sempre um fim em si mesmo, nunca um meio. A dignidade é um valor interno absoluto e concretizador da igualdade do Homem. Todo um caldo cultural vem projectando, a Ocidente, uma certa síntese da dignidade humana e, bem assim, uma certa densificação normativa.

Primeira pergunta que poderá, aqui e agora ser feita: não será então a dignidade humana o produto de uma construção do Ocidente e para o Ocidente não cabendo, pois, nestas paragens[75]?

74 *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region,* 20th LAWASIA Biennial Conference, Hong Kong, Junho 2007, sessão sobre Public Law – Constitutional Protection of Human Rights.

75 RAIMUNDO PANIKKAR, conhecido defensor do diálogo intercultural, avisa a propósito de saber se os direitos humanos são uma conceito ocidental, «*devemos encarar este tópico com grande receio e respeito*». Em termos muito simples, ele acaba por concluir que o conceito de direitos humanos serão uma criação ocidental sim mas tal não deve ser impeditivo *per se* que o Mundo procure declarar e implementar os direitos humanos, *Is the notion of human rights a western concept?*, in Interculture, 82, 1984, pp 28 e seguintes. Uma outra ideia força que aqui pode ser convocada é a da um certo universalismo da comunidade internacional, um cosmopolitismo, logo também universalismo e cosmopolitismo dos direitos humanos, assente em princípios comuns como a dignidade humana, a democracia, e o respeito e tolerância sem colocar em causa aqueles radicais mínimos, traduzida e alicerçada em importantes figuras como KANT e a sua *Paz Perpétua*, JOHN RAWLS e o seu *Direito das Gentes* ou JURGEN HABERMAS, em, entre outras obras, *The Divided West e Kant's Idea of Perpetual Peace: At Two Hundred Years' Historical Remove.* Veja-se ainda, ACÍLIO ESTANQUEIRO ROCHA, *Direitos Humanos e Multiculturalismo*, em Justiça e Direitos Humanos (Acílio Estanqueiro Rocha coord), Universidade do Minho, 2001, pp 181 e seguintes, mas também, *last but not the least*, o filósofo chinês

Com muita brevidade se dirá – antes de posteriormente entrarmos em considerações de índole mais positivista – que a resposta é negativa. Com efeito, e pegando nos mais *destacados representantes*, KANT não surge como um *nemesis* de CONFÚCIO. A *Metafísica dos costumes* não se acha de costas voltadas aos *Analectos*. Pelo contrário, passos há, e muitos, que se projectam em comunhão – ainda que o estilo saia diferenciado. Naturalmente que há diferenças mas não se deve é, porventura por razões de outra natureza, hiperbolizar tais diferenças para daí apostar num radical relativismo que tudo, ou quase, poderá justificar[76].

E, se para além de CONFÚCIO, perscrutarmos outras figuras máximas encontraremos claras afinidades de pensamento com *a contraparte* ocidental, e suas ideias de dignidade humana, tolerância, igualdade[77].

Por muitas diferenças que possam existir, por diversas que sejam as realidades em que determinados conceitos e valores se inserem, no que toca à dignidade humana há, com certeza, um radical humano mínimo comum que perpassa o Homem, sem cuidar de geografias, políticas ou religiões. Dignidade Humana não é, pois, um corpo estranho na sociedade de Macau.

Por fim e ademais, e mudando de plano, importa afirmar a normativização constitucional da dignidade humana. Com efeito, independentemente de outras considerações, hoje, a dignidade humana está no sistema jurídico de Macau consagrada em forma de norma (e princípio) jurídica. Acresce, curiosamente, que esta normativização é uma *novidade* positivada criada pela Lei Básica de Macau – recorde-se, aprovada pela soberana ANP – e que, assinale-se, não se acha positivada na Lei Básica de Hong Kong.

MOZI, na sua obra homónima já aqui referida.

76 «*Our objective is simply to argue that the modern concept of human rights is not alien Chinese soil. This resists the argument that there is a cultural impediment to developing human rights (…) this essay will concentrate primarily on identifying the elements in classical Confucian thought that bear comparison to modern principles of human rights.*», DU GANGJIAN/SONG GANG, *Relating human rights to Chinese culture: the four paths of the Confucian analects and the four principles of a new theory of benevolence*, in Human Rights and Chinese values – legal, philosophical and political perspectives, Michael C. Davis (ed.), OUP, p. 36.

77 De novo, MOZI, in *Crestomatia da literatura clássica chinesa*, JOÃO REIS, 2000, p. 240, *MOZI*, Hunan People´s Publishing House, 2006, com prefácio de WANG RONGPEI/WANG HONG.

Enfaticamente se proclama no artigo 30.º da Lei Básica: É inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau. Imperioso dizer que tal não se reconduz a fórmula pomposa mas oca. Não pode admitir-se. É vero que, pelo contrário, se poderá concretizar como que um LEÓNIDAS DE TERMOPILAS na defesa dos direitos fundamentais perante *a invasão persa* mas sabemos bem que destino teve o Rei. Sob pena de uma eventual vulgarização poderá a dignidade humana resguardar-se ao jeito de uma última *ratio* na defesa dos direitos fundamentais. Não deverá ser uma *mão cheia de nada* mas também não sobreviverá como uma *mão cheia de tudo*.

Muitas outras directrizes, como a não discriminação e a igualdade[78], também superiormente consagradas na *Lei Maior*, poderíamos aqui convocar mas urge avançar.

Em jeito de síntese e de selecção magna podemos afirmar, nos termos anteriormente vistos, a autonomia e a continuidade como os sumos princípios do sistema de direitos fundamentais de Macau. E é dentro desta autonomia e desta continuidade que florescerão a dignidade humana, a não discriminação e a liberdade.

VI
CONSOLIDAÇÃO

Agora sim ao jeito de meras notas – e pelo escasso desenvolvimento nos lamentamos em primeira linha - podemos finalmente avançar para o cerne das questões que aqui nos trazem: a consolidação e as perspectivas de evolução dos direitos fundamentais. O nosso *time-line* reporta-se naturalmente ao estabelecimento da RAEM.

A abrir, afirmamos e apresentamos de imediato duas teses ou constatações :

78 Princípios rectores várias vezes abraçados em Pareceres das Comissões Permanentes da Assembleia Legislativa. Por exemplo, 3.ª Comissão Permanente - Parecer Nº 1/III/2008, 2.ª Comissão Permanente - Parecer Nº 1/II/2005, 1ª. Comissão Permanente - Parecer N. º 1/II/2003. Veja-se ainda na doutrina, por exemplo, IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, 2005, p. 76.

1.ª - A Lei Básica contem um catálogo substantivo de direitos fundamentais bastante satisfatório[79], ao nível da enunciação, mormente quando comparado com outros ordenamentos da região em que se insere[80].

2.ª - Regra geral, os relatórios elaborados por instituições especializadas, atribuem nota positiva ou mesmo bastante positiva, à situação dos direitos fundamentais, leia-se consagração legal e respeito, em Macau[81].

Perspectivamos que para uma cabal apreensão da consolidação dos direitos fundamentais em Macau não nos podemos refugiar numa óptica positivista redutora que se lance em análises de textos legais, somente. É também necessária, e incontornável, mas não é bastante.

Assim propomos, muito informalmente, o seguinte menu de análise da consolidação, ou não, dos direitos fundamentais na RAEM sob várias vertentes de apreciação:

- Consolidação legal.

- Consolidação política.

79 Neste sentido também JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de direito constitucional,* Boletim da Faculdade de Direito, nº 13, 2002, afirma, a pp. 187, «*Numa lógica substancial não se pode olvidar que a consagração de direitos fundamentais é feita com elevada abrangência, no respectivo leque se incluindo tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais*.» logo advertindo no entanto «*Isto não quer dizer, porém, que esse catálogo não contenha algumas deficiências».*

80 Nomeadamente face à sua homóloga de Hong Kong, veja-se, por exemplo, PAUL FIFOOT, *One Country, Two Systems – Mark II: From Hong Kong to Macao*, International Relations, 1994, pp. 51 e 52; JAMES COTTON, *The retrocession of Macau and the limitations of the Hong Kong Model*, Pacific Focus, Vol. XV, n. 2, 2000, p. 50. WANG SHUWEN, *As características da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, nº 1, 1997, p. 49 onde procede à identificação de vários direitos fundamentais consagrados na Lei Básica de Macau e que se acham ausentes da congénere de Hong Kong.

81 Veja-se, por exemplo, relatórios de comités que operam ao nível de, entre outros, o PIDESC, Relatórios do Departamento de Estado norte americano, relativos a Macau, onde, em 2001, se afirma que «*The government generally respects the human rights of its citizens*». O *Relatório do Parlamento Europeu sobre A União Europeia e Macau: após 2000*, relator MÁRIO SOARES, «*Macau assegura o respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, pelo menos na parte controlada pelo governo executivo da região*.», p. 9. Menos positiva – o que não surpreende – é a apreciação feita pela O.I.T., *Report for the WTO Council Review of Trade Policy, Macau, SAR*, 2001. Mais comedidamente, mas ainda com *nota global positiva*, o Freedom House no seu relatório MACAO, 2001. Especificamente sobre liberdade religiosa, o *International Religious Freedom Report, sobre a China* (com capítulo dedicado a Macau) 2002, «*There was no change in the status of respect for religious freedom (..) and government policy continued to contribute to the generally free practice of religion.».*

- Consolidação judiciária.

- Consolidação administrativa.

- Consolidação social.

É uma carta discutível, com certeza, e porventura de impossível estanquismo. A vertente política acha-se intimamente relacionada com a legal e, mais ainda sucederá com a administrativa, que dirige, de resto. Todavia, assentamos num modelo que, a final, nos possa permitir uma análise seccionada e, assim esperamos, mais explicativa e justificadora de sucessos ou insucessos.

Vejamos então as diversas vertentes.

- Consolidação legal.

Pela vertente legal entendemos somente a consolidação que se há-de projectar em actos legislativos. Isto é, averiguar *prima facie* se foram aprovadas leis de direitos fundamentais desde o estabelecimento da RAEM, sem olvidar, claro está, do catálogo de direitos fundamentais estabelecido na Lei Básica[82]. Neste domínio poderemos afirmar que, após um período de alguma inactividade em que ainda se experimentavam caminhos e formas de governação, a Assembleia Legislativa produziu uma lei sobre protecção de dados pessoais sob sua iniciativa legislativa, como também aprovou legislação relativa ao Estatuto de Residente ou ainda ao Estatuto do Refugiado.

Foi ainda aprovada legislação sobre segurança interna – com naturais impactos ao nível de intervenções restritivas de direitos fundamentais – mas na qual se afirma uma cláu-

82 O qual, embora em economia de redacção, é vasto. Sobre o sistema de direitos fundamentais de Macau, entre outros, JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau*, a publicar em One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Springer, VITALINO CANAS, *The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments*, em One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Springer, LEONG FAN, *Guia da Lei Básica de Macau,* 1995, IEONG WAN CHONG, Anotações à Lei Básica da RAEM, Macau, 2005, PAULO CARDINAL *Fundamental rights in Macau: from territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law, Professor Jorge Godinho (editor), LexisNexis, e *Continuity and autonomy – leading principles shaping the fundamental rights constitutional system in the Macau Special Administrative Region*, Derecho Procesal Constitucional - 50 años de desarrollo científico: 1956-2006, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México, T. IV, 2008, pp. 169 - 231.

sula geral de salvaguarda aí se estabelecendo, nomeadamente, «1. Em caso de emergência perante grave ameaça de perturbação da segurança pública interna e com observância do disposto no artigo 40.º da Lei Básica, o Chefe do Executivo pode decretar medidas de restrição do exercício de direitos, liberdades e garantias, *consideradas razoáveis, adequadas e proporcionais à manutenção da ordem e tranquilidade públicas, por período de tempo não superior a 48 horas.».*

Outras leis mais poderiam ser pensadas, nomeadamente com impulso legiferante interno, como por exemplo, uma clarificação de alguns aspectos relativos aos direitos fundamentais de reunião e de manifestação.

- Consolidação política.

Nesta vertente encaramos sobretudo juízos e posturas perante o tema que nos ocupa. Seja na participação no procedimento legislativo, ora iniciando, ora aprovando – e aqui remetemos para as linhas anteriores – seja em esforços de divulgação jurídica, nomeadamente promovendo publicações, técnicas e não técnicas, seja promovendo eventos de que estas Jornadas dão um excelso testemunho.

Em várias intervenções públicas formais também o Chefe do Executivo vem realçando a importância da divulgação jurídica e dos direitos fundamentais, porventura com mais vigor em anos mais recentes. Por exemplo, «É absolutamente fundamental que os nossos cidadãos (...) tenham uma consciência clara sobre os seus direitos e deveres, a construção da democracia e o Primado da Lei.»[83].

Não se notará uma posição de recusa nem de repressão perante os direitos fundamentais como, ao invés, se notam preocupações de seguir rumos de um Estado de Direito – diríamos de uma *Rechtsregion*- com o primado da lei como farol. Mais iluminado, ou menos, é uma análise que, como mero observador e, portanto, não um estudioso desta questão, seria exercício temerário.

83 Relatório das Linhas de Acção Governativa para o ano Financeiro de 2008.

Este é um plano onde, em qualquer areópago, sempre haverá o que fazer e nunca se concluirá por uma tarefa concluída e encerrada. Há dinâmicas próprias e constantemente reclamadas e a reclamar, concretizadas e a concretizar.

- Consolidação judiciária.

Não haverá verdadeiramente direitos fundamentais efectiváveis se ao nível da reacção a violações não possam os seus titulares socorrer-se de uma verdadeira máquina de justiça.

A Lei Básica impõe um conjunto de garantias como a independência de Juizes e de tribunais. Veja-se, artigo 83.º, «*Os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau exercem independentemente a função judicial, sendo livres de qualquer interferência e estando apenas sujeitos à lei.*» ou artigo 89.º, «*Os juízes da Região Administrativa Especial de Macau exercem o poder judicial nos termos da lei, e não estão sujeitos a quaisquer ordens ou instruções, salvo o caso previsto no parágrafo terceiro do artigo 19.º desta Lei. Os juízes não respondem judicialmente pelos actos praticados no exercício das suas funções judiciais. Os juízes em exercício não podem acumular nenhuma outra função pública ou privada, nem assumir qualquer cargo em associações políticas*.».

Isto é, ao nível do tecido normativo superior há uma perfeita consolidação. Questão diversa é a da actividade judicial. Vejamos alguns exemplos.

Como em outro local escrevemos[84], «*The principle of proportionality presents itself as a triple patterned one, adequacy, necessary and proportionality stricto sensu, of the restrictions that are to be imposed in a fundamental right. We already noted that, contrary to the situation in force before 1999, there is no general clause on restrictions thus no general clause imposing the principle of proportionality as a limitation to the restriction process. On this, the decision of the Macau Court of Second Instance, process 1284, 2002, in which, promisingly, it is mentioned the principle of proportionality as a necessary tool*

84 *Panoramic view cit.*.

of analysis of admissible restrictions to fundamental rights.[85] *On this rector principle and its survival in the present constitutional order it was said that «the proportionality principle was not received by the Basic Law on the same categorical way, however that omission does not mean that the Basic Law is totally indifferent to it*[86]*. In fact, see, for example, mentions in articles 28 by forbidding arbitrary arrest, 129 tell us about impartiality and rationality*».»[87].

Ou seja, verifica-se no exemplo citado um activismo judicial densificador de importante princípio operativo ao nível dos direitos fundamentais. Outro exemplo positivo é-nos dado no âmbito de processos *de habeas corpus*[88].

A consolidação não é todavia isenta de críticas nomeadamente em instâncias outras e sendo de algum modo uma surpresa uma quase total ausência, ao tempo em que apresentamos esta comunicação, da utilização de grandes princípios directores positivamente estabelecidos como a dignidade humana ou o princípio da não discriminação. Elementos que, indubitavelmente, conferem um grau de qualidade ao sistema de direitos fundamentais de Macau.

Como também é inescapável referir algumas decisões superiores, por exemplo no TUI, que mereceram críticas importantes por parte da sociedade civil ou ainda um certo conformismo formal híper-positivista por oposição a um desejável activismo conformador e densificador dos direitos fundamentais[89]. Isto é, pode ousar-se afirmar, por referência à mais alta instância judicial, que não sendo o TUI o *carrasco* dos direitos fundamentais ele todavia também não tem sido o seu *guardião* esperável.

85 Do mesmo Tribunal de Segunda Instância, com referências ao princípio da proporcionalidade, veja-se, com aceitação deste princípio, Proc. Nº166/2003, e Proc. Nº 22/2002. Sobre o assunto ver também o artigo 8º, da Lei nº 9/2002, um aspecto positivo sublinhado por ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, p. 111.

86 LINO RIBEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, inédito, p. 125.

87 LINO RIBEIRO, *A Lei Básica e os princípios conformadores da acção administrativa*, Boletim da Faculdade de Direito, nº 14, 2002, pp. 71-72.

88 Ac. TUI de 20 de Março de 2007, pr. 12/2007, e Ac. TUI de 12 de Fevereiro de 2008, pr. 3/2008.

89 Por contraste com Hong Kong, veja.se, por exemplo, JOHANNES CHAN*, Basic Law cit*., pp. 419 ff. *«the CFA has readily and consciously assumed a role of guardian of the fundamental rights»*, ou *Comments* of PINHEIRO TORRES, at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau.

Aguarda-se, e deseja-se, pois, uma evolução positiva consagradora de uma jurisprudência amiga dos direitos fundamentais, a final, uma melhor concretização de um dos elementos caracterizadores do «segundo sistema».

- Consolidação administrativa.

Neste plano, necessariamente subordinado a hierarquias, pode-se ousar afirmar que, aqui e ali, alguns atropelos serão visíveis por virtude de algum excesso de zelo, por exemplo aquando de manifestações ou aquando da (in)admissibilidade de registos de associações políticas, ou ainda, segundo notícias públicas, aquando do decurso de procedimentos de natureza penal por parte de entidades não jurisdicionais.

Aparentemente estas posições menos sensíveis serão fruto de meras decisões de natureza administrativa quiçá eivadas de um síndroma de «*mais papismo que o Papa*». Não é possível, sem mais dados, avançar outras fundamentações.

Também aqui se afigura importante uma maior sensibilização e popularização da ideia de garantismo do sistema de direitos fundamentais. Isto é, nada mais do que emprestar uma melhor concretização do ditame exposto no artigo 4.º da Lei Básica de Macau[90].

- Consolidação social.

Este campo parece apresentar-se como aquele que decididamente mais se tem vindo a consolidar sendo patente uma crescente consciência de titularidade de direitos e que manifestam por várias vias.

Seja em programas de comunicação social, seja pelo exercício de outros direitos fundamentais, como o direito de petição. A sociedade de Macau não é, hoje, uma sociedade amorfa e inconsciente dos direitos que pode exercer.

90 «*Artigo 4º - A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região*.».

Também aqui os mecanismos de divulgação e popularização do direito terão uma quota parte de responsabilidade neste crescendo, a par de outros que são conaturais em determinadas situações sociais como a reclamação de uma distribuição mais equitativa da riqueza, como vem recorrentemente surgindo na comunicação social.

VII
PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO

Sendo jurista e aqui estando perante vós nessa qualidade, centrarei as próximas linhas na evolução jurídica da questão que nos ocupa.

Uma primeira nota radica na rememoração de algo que há já muito tempo vimos fazendo.

Constatando que a Lei Básica não apresenta de forma sistemática e intensa um regime de exercício de direitos fundamentais, perspectiva-se como uma possível via de evolução deveras positiva a criação de uma lei de exercício de direitos fundamentais.

Escrevêramos já[91] «*Uma das lacunas mais relevantes é referente ao regime de exercício dos direitos fundamentais*[92]*; isto é, como e com que forma se operam restrições aos direitos e liberdades garantidos pela Lei Básica*[93]*? E que princípios disciplinam essas*

91 *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, 2006.

92 Fazendo eco destas preocupações e apontando, nomeadamente, questões de interpretação e aplicação, LIUTING WANG, *Macao´s return cit.,* p. 203.

93 Sobre este assunto JORGE BACELAR GOUVEIA, *Lei Básica, cit.,* pp. 187 e 188 onde o autor constata a existência de uma única alusão relativa ao regime dos direitos fundamentais, precisamente quanto ao regime das restrições – o segundo parágrafo do artigo 40º - e afirma que, «*na sua singeleza, essa é uma norma bastante limitada, já que as restrições de direitos fundamentais, sendo nalguns casos necessárias, naturalmente que pressupõem limites materiais intrínsecos, que possam orientar o poder normativo restritivo e colocá-lo dentro de parâmetros superiormente definidos, como são os princípios da protecção do núcleo essencial ou da proporcionalidade.*». O alcance do artigo 40º é, porém, quanto a nós, um pouco mais vasto porquanto a sua parte final impõe que as restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo precedente, ou seja não podem violar as disposições de, nomeadamente, o PIDCP e PIDESC; refira-se, aliás, que este comando *básico* foi já objecto de aplicação em sede de Assembleia Legislativa, Parecer nº /II/2003, da 1ª

restrições? Quais são as restrições às restrições[94]*/*[95]*? Ou ainda, quem, como, e por quanto tempo se pode suspender o exercício desses direitos e liberdades? E que direitos e liberdades não poderão nunca em circunstância alguma ser suspensos?».*

A aprovação de uma lei, ainda que ordinária, mas de referência, deste teor representaria um marco significativo de evolução positiva do sistema de direitos fundamentais.

Por outro lado, alguns direitos fundamentais proclamados na Lei Básica – directamente aplicáveis – não se acham devidamente regulamentados pelo que seria também um factor positivo de evolução a aprovação de leis concretizadoras desses direitos, nomeadamente na área laboral.

Dentro do que se perspectiva poder ser uma evolução positiva e de consolidação no plano normativo, e para além do acima apontado, considera-se que se poderá legislar também nas seguintes matérias: clarificação de alguns aspectos – particularmente a delimitação expressa do tribunal competente (TUI) – na lei reguladora do direito de reunião e manifestação, como anteriormente referido, que vêm inibindo um cabal e atempado gozo e concretização destes importantes direitos fundamentais políticos; criação de uma Provedoria de Justiça independente ou, ao menos, reforço substancial e dignificação da vertente de provedoria no CCAC; elaboração de uma lei quadro de não discriminação, tal como ocorre na RAEHK; clarificação do âmbito de reserva de lei em matéria de direitos fundamentais abrangendo não apenas as restrições e não apenas os direitos dos residentes; regulamentação de direitos fundamentais na área laboral, isto é aprovação de uma lei de liberdade

Comissão Permanente, publicado no Diário da AL, nº II/17, 2.ª série onde se reclama expressamente a doutrina da parte final do segundo parágrafo do artigo 40º, p. 34. Veja-se LUO WEIJIAN, *A Lei Básica – garantia importante dos direitos e liberdades dos residentes de Macau,* Administração, nº 19/20, p. 113. Quanto a homólogo preceito da Lei Básica de Hong Kong, YASH GHAI, *ob. cit.,* p. 445, SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong,* Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, afirmando a páginas 111 «*the only sensible and coherent approach is to treat all Basic Law rights as autonomous ones having the potential to bloom beyond the minimum standards of the ICCPR»* e «*it is noteworthy that these two restriction clauses are framed in the negative, rather than in the positive or permissive form (…) the two restrictive clauses should be seen as constitutional safeguards providing a safety net for, rather than a ban on, human rights standards».*

94 Veja-se, a este propósito, o acórdão Tribunal de Segunda Instância, exarado no processo nº 1284, de 11 de Abril de 2002, no qual, prometedoramente, se aflora o princípio da proporcionalidade enquanto padrão tríplice (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) de aferição da admissibilidade de restrições a direitos fundamentais.

95 Diz-nos YASH GHAI, «*it is not always easy to determine the (…) scope of restrictions.*», *ob. cit.*, p. 443.

sindical e de uma lei de greve, e reforço de garantias e de não discriminação no âmbito da chamada mão-de-obra importada; *entronização* em lei da entidade de protecção de dados pessoais, o que permitirá conferir dignidade e efectividade acrescida àquela entidade, quer no plano interno, quer no plano externo.

Outras leis mais haverá que poderão, ainda que incidentalmente, interferir nos direitos fundamentais sendo que algumas delas são naturais em Estados de Direito – por exemplo como defesa do Estado e da sua integridade territorial – e exigidas directamente pela Lei Básica. Tudo estará em saber se o conteúdo de tal legislação que é entendida, como se viu, como necessária, consagrará uma disciplina de equilíbrio e com uma ponderação legislativa de bens que possam eventualmente conflituar.

Ainda no campo normativo mas movendo-nos já em direcção à vertente judiciária afigura-se o seguinte:

Primeiro, tem lugar em Macau e tem todo o cabimento e adequação – como, de resto, já ocorreu enquanto Território de Macau – um mecanismo específico de defesa judicial de direitos fundamentais violados ou disso ameaçados. Esta acção de amparo ou de protecção não é um mecanismo incompatível com as coordenadas jurídicas superiores, já existiu, como se disse, e ainda hoje sobrevive por referência a alguns direitos fundamentais (por exemplo de reunião e manifestação e na protecção de dados pessoais) e ganha novos alentos em todos os quadrantes geopolíticos, inclusive neste continente – existindo por exemplo em Taiwan, na Coreia do Sul e nas Filipinas. Em suma, sugere-se, de novo, a institucionalização da figura judicial do amparo geral de direitos fundamentais no ordenamento jurídico da RAEM[96]. Ademais se diga que a sua institucionalização melhor espelhará, a final, o profuso catálogo de direitos fundamentais em vigor na RAEM.

Por outro lado, mais acuidade ganha a sua consagração quando se verifica que ine-

96 Para mais desenvolvimentos, PAULO CARDINAL, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde*, em El Derecho de Amparo en el Mundo, obra colectiva coordenada por Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Ferrer-Macgregor, IIJ/UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 891 – 941 e, *Revisiting the Macanese amparo of fundamental rights: a quest under the searchlight of the principle of continuity with a stopover in comparative law*, em Philippine Law Journal, Vol. 83.

xiste na RAEM um formal *recurso de constitucionalidade,* mecanismo esse que também se propugna[97]. De resto, é deveras de sublinhar que, ao instituir-se tal mecanismo – a ser alojado no TUI, mais alta instância da RAEM - mais não se está a fazer do que, a final, colmatar uma lacuna sistémica e a contribuir decididamente para a defesa da Lei Básica de Macau[98], e com recurso a um mecanismo judicial bem normal no direito constitucional comparado.

Com efeito, e, de resto, como escreveu já um conhecido autor Chinês, «*Em caso de necessidade, a RAEM deve estipular por si só algumas leis, por forma a poder desempenhar com verdade a função de fiscalização, garantindo ao mesmo tempo, a aplicação da Lei Básica*. (...) *por outro lado, como o Tribunal não está a julgar, também não tem competência para interpretar. Quer isto dizer que ninguém pode fiscalizar. Eu acho que, de acordo com o princípio da correcta execução e perfeição do sistema, terá que haver alguém com competência para fiscalizar, sendo um assunto interno da RAEM, o poder de fiscalização pertence à Região e não ao Governo Popular Central, isto é tem que existir um órgão da RAEM para fiscalizar. Mas que órgão? Em minha opinião, julgo poder incluir esta fiscalização no Tribunal de Última Instância da RAEM. (...) Assim, uma lei que estipular competência ao Tribunal de Ultima Instância, deve incluir a decisão final na fiscalização das deliberações que violem o direito constitucional de todas as leis, decretos-leis, regulamentos executivos e outros regulamentos, não sendo contrário à Lei Básica, já que*

97 Propugnando também a institucionalização de um sistema de fiscalização constitucional, ainda que apresentando soluções por vezes distintas, ZHAO GUOQIANG, *O meio de tutela do processo executivo da Lei Básica*, Administração, nº 57, 2002, pp. 922 ff, WANG AIMIN, *Aperfeiçoamento do sistema de fiscalização da Lei Básica de Macau,* Perspectivas do Direito, nº 15, 2007, GUO TIANWU/CHEN YAN, *As sugestões das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau para o alargamento do regime jurídico da China*, Administração, nº 51, 2001, pp. 222-223, ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES, *O princípio da separação dos poderes na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial de Macau,* Administração, nº 41, 1998, pp. 721 ff, sem prejuízo de se atentar no seguinte, que nos diz VITALINO CANAS, «*On the contrary, in the context of the Basic Law, there is no possibility of judicial review of the constitutionality by a Constitutional Court. But we may consider whether MSAR ordinary courts can, under BLM, Article 143 and 11, 2nd paragraph, refuse the application of rules in conflict with that same BLM. It is relevant to underline that in Hong Kong, in spite of the English tradition of the Parliament sovereignty, and the law sovereignty, and of the impossibility of the courts to review the constitutionality of laws, there is a doctrinal and jurisprudential opening to the possibility for the courts not to apply rules in the grounds of "breach of the Basic Law", very much in line with north American tradition of Marbury vs. Madison.*», *The general regime cit.*.

98 Recorde-se que, nos termos do Artigo 17º da Lei Básica, apenas as leis produzidas pelo órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau devem ser comunicadas para registo ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional e somente algumas delas estarão sujeitas ao processo de fiscalização de conformidade, e por outro lado, nem as suas resoluções nem os regulamentos administrativos se acham subordinados a este regime de apreciação de conformidade com a Lei Básica.

se encontra no âmbito dos assuntos internos da RAEM, por forma a preencher a lacuna acima mencionada.»[99].

Ou, em palavras de outro autor, «*O sistema de fiscalização da Lei Básica através da fiscalização e apreciação da correspondência entre a legislação, a administração e a Lei Básica, e através da rectificação e sanção dos actos de violação da Lei Básica, permite garantir a aplicação da Lei Básica e assegurar a dignidade desta. Quanto ao sistema de fiscalização da Lei Básica, pretende-se atingir, através da apreciação e da resolução dos actos de violação da Lei Básica os seguintes objectivos e valores: garantir a concretização dos direitos e liberdades civis, garantir que o funcionamento do poder civil está conforme com a Lei Básica e com os interesses dos cidadãos e assegurar que os princípios económicos e sociais definidos na Lei Básica são cumpridos. O seu núcleo é a constituição de um sistema de fiscalização da Lei Básica eficaz e duradouro que possa apreciar e rectificar os actos que violam a Lei Básica.*»[100].

Em síntese, defendemos, como outra doutrina de língua portuguesa e de língua chinesa, a consagração legal de uma acção de amparo de direitos fundamentais e de um processo de fiscalização da constitucionalidade, isto é de apreciação da conformidade das normas inferiores com a Lei Básica. São ambos mecanismos de grande relevo, que detêm já tradição no ordenamento local, que em nada bulem com os ditames da Lei Básica – antes pelo contrário –, que contribuem directa e indirectamente, respectivamente, para a consolidação e defesa dos direitos fundamentais, e que estão solidamente instituídos e prestigiados em muitas jurisdições de variados areópagos jurídicos e políticos.

99 ZHAO GUOQIANG, *O meio de tutela do processo executivo da Lei Básica*, Administração, nº 57, 2002, pp. 924 e seguintes.

100 WANG AIMIN, *Aperfeiçoamento do sistema de fiscalização da Lei Básica de Macau,* Perspectivas do Direito, 15, 2007, onde se pode ler também, «*A elaboração e aperfeiçoamento do sistema de fiscalização da Lei Básica é uma exigência objectiva para assegurar a ordem social e garantir os direitos fundamentais. O espírito fundamental da fiscalização da Lei Básica consiste em analisar e rectificar os actos que violam a Lei Básica, garantir a legalidade e a razoabilidade da execução do poder e garantir a ordem da região.*», e ainda, «*A elaboração de leis sobre a fiscalização da Lei Básica regulamenta e legitima a fiscalização da Lei Básica. Para que as actividades de fiscalização da Lei Básica tenham legitimidade e sejam exercidas eficazmente, devem ser seguidas regras para elaborar a legislação concreta sobre a fiscalização da Lei Básica*», e ainda, em demonstração de insuficiência de uma fiscalização incidental como hoje sucede, «*A função principal do juiz é realizar os julgamentos, sendo a fiscalização da Lei Básica uma área fortemente especializada, que o juiz não domina devido à falta de experiência; A fiscalização pelo juiz é uma fiscalização concreta que não responde às necessidades frequentes e comuns de fiscalização da Lei Básica.*», *passim*.

Na vertente judicial é mister compreender que é tempo de se assumir que, afinal de contas, os tribunais também se debatem com problemas, a que serão parcialmente alheios na sua génese, como por exemplo, escassez de meios humanos a vários níveis ou assumir uma experiência generalizada algo escassa. A este propósito poderemos olhar para Hong Kong e concluir que, ao menos no curto e médio prazo, o recrutamento de magistrados ao exterior poderá ser um forte contributo. Sem dramas e sem panfletismos neocolonialistas. Magistrados que poderão ser recrutados em Portugal, mas também em outros pontos da *Juslusofonia*.

Também mirando Hong Kong poderão os tribunais locais, nomeadamente de instâncias superiores, caminhar para um maior activismo e para uma compreensão mais amiga dos direitos fundamentais. Também sem dramas. O sistema isso comporta e, ouse-se, isso exige.

Ainda, por razões de vária ordem, o alargamento do número de juizes nas instâncias de recurso se pode afigurar como medida positiva. Particularmente no TUI, onde o número de 3, se apresenta manifestamente escasso, não tanto pelo caudal de processos apreciados mas sobremaneira pela dignidade do órgão, pela natural propensão de estabilização, mas também evolução, jurisprudencial com concomitante necessidade de pluralismo, e pela necessidade de garantir o funcionamento fraccionado e a possibilidade de recurso para o pleno.

Ademais, se se concretizar a criação de uma acção de defesa de direitos fundamentais, se se estabelecer um processo de apreciação de constitucionalidade (Lei Básica) de leis, resoluções, regulamentos administrativos, e outros actos normativos internos, se se ampliar o recurso de revista, então ainda mais justificadamente se apresentará o alargamento substancial do número de juizes do TUI.

Em outros planos, é de continuar e reforçar a divulgação e popularização dos direitos fundamentais – desde logo com a Lei Básica -, quer junto da sociedade aí se instilando uma consciencialização social de existência de direitos fundamentais e de garantias de exercício, quer junto das entidades públicas, mormente aquelas que mais directamente

possam bulir com os direitos fundamentais. De igual modo se deve continuar e reforçar a realização de eventos académicos subordinados a temáticas dos direitos fundamentais em geral, e direitos fundamentais particularmente considerados.

Propugna-se, de há longo tempo, que deverá ser introduzida nos planos de estudo das licenciaturas em Direito, uma cadeira semestral obrigatória de Direitos Fundamentais. Como também merecerá consideração a introdução de uma cadeira de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No âmbito do direito internacional dos Direitos Humanos deverá a RAEM continuar a aceder a relevantes instrumentos jurídicos internacionais e às suas actualizações e, bem assim, a proceder à entrega dos competentes relatórios, devendo, neste último caso, abrir mais a discussão e preparação de elaboração à sociedade civil em geral e às entidades, associações e grupos que mais directamente poderão ter intervenção nas matérias e àquelas instituições e pessoas que possam ser primacialmente mais afectadas pelo eventual incumprimento de normas de direitos humanos.

É tempo de terminar.

O sistema jurídico de Macau – como o dos direitos fundamentais - não é, em rigor, um sistema novo mas é, indubitavelmente, um sistema rejuvenescido. Rejuvenescido por um processo de transferência de exercício de soberanias pelo que se debate, em alguns campos, com dificuldades conaturais a essa circunstância. O que existe, nomeadamente na textualização legal, é deveras positivo – recorde-se os relatórios internacionais – havendo, no entanto, espaço para a introdução de benfeitorias.

Pode, em síntese, o sistema sedimentar-se e densificar-se, mantendo rumos que princípios como os da autonomia e da continuidade apontam e iluminam.

Poderemos mesmo, com alguma margem de adaptação às circunstâncias concretas muito especiais da RAEM, procurar afirmar a pertença – ou a caminho dessa pertença - do sistema constitucional da RAEM ao que QUIRINO CAMERLENGO etiqueta como o *direito*

constitucional cosmopolítico e que assenta, muito telegraficamente, nos seguintes itens, *conteúdos essenciais de direitos*[101], princípio da igualdade, princípio da separação de poderes, democracia e pluralismo social e político e supremacia constitucional[102].

Com todas estas reflexões, esparsas e pouco desenvolvidas é vero, mais não estamos a fazer do que um exercício de defesa da Declaração Conjunta, da Lei Básica e do superior princípio «Um País, dois sistemas» cabendo a nós da RAEM, na unidade com o soberano – no segmento «Um País» -, promover e vitalizar o segmento do «segundo sistema».

101 Nomeadamente quanto a tutela.

102 *Contributo ad una teoria del Diritto Costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, 2007, em especial pp. 97 e seguintes e pp. 171 e seguintes.

O FUNDAMENTAL DIREITO AO DIREITO

COMENTÁRIO A PROPÓSITO DE UMA DECISÃO JUDICIAL NEGANDO O DIREITO AO RECURSO EM PROCESSO PENAL

O FUNDAMENTAL DIREITO AO DIREITO - COMENTÁRIO A PROPÓSITO DE UMA DECISÃO JUDICIAL NEGANDO O DIREITO AO RECURSO EM PROCESSO PENAL - [1]

PRECISÕES PRÉVIAS

Antes de iniciar o caminho que se segue, forçosamente espinhoso por razões óbvias, é imperativo fazer algumas precisões prévias.

a) As opiniões aqui expressas são-no a título exclusivamente pessoal e não vinculam, em circunstância alguma, qualquer entidade ao qual o autor destas linhas esteja profissionalmente ligado.

b) Ao decidir emitir publicamente opiniões, num exercício da fundamental cidadania, como residente e como jurista, não o faço como forma de anunciar uma eventual intuição pessoal, mediata, distante e indirecta sobre a culpabilidade ou inocência de dado arguido. Em causa está o sistema e o arguido enquanto categoria processual abstractamente pensada e não o caso A ou B concretamente considerados. Daqui não há qualquer tentativa de proclamação de inocência de determinado arguido, há sim, uma tentativa de defesa de direitos fundamentais deste e de qualquer outro arguido e, ainda, da ordem jurídica de Macau.

c) Os tribunais devem por todos ser respeitados e devem merecer esse respeito. Com efeito e desde logo, é, sobremaneira, no poder judicial que repousam garantias do *rule of law* e, bem assim, se efectivam direitos fundamentais. Respeito, por isso, os tribunais. Em res-

1 2008*, inédito*.

peitando os tribunais não se poderá retirar o corolário de que as decisões dos tribunais, por muito alto que eles se encontrem, sejam dotadas de infalibilidade e, por isso, não beneficiam de um direito natural de isenção à crítica; pelo contrário, o respeito que o poder judicial merece inculca precisamente o direito à sua crítica plasmado, desde logo, nos ditos comentários jurisprudenciais os quais constam tantas vezes, por esse mundo fora, como secções especializadas de reputadas revistas técnicas.

d) Sejamos justos, a questão em causa, *brevitatis causa* saber se cabe ou não recurso de decisões judiciais do Tribunal de Última Instância tomadas em primeira instância, não é, no actual ordenamento jurídico de Macau, daquelas ditas de *algibeira* que qualquer aluno tem o dever de ter a resposta prontamente e inequivocamente preparada. Ela é, outrossim, complexa por uma diversidade de razões adiante versadas. Ou seja, seria desproporcional afirmar singelamente que o TUI (ou o seu juiz) errou clamorosamente. Isto não significa, no entanto, que seja uma questão sem resposta ou cuja resposta houvesse necessariamente de ser a que foi tomada no seio daquele alto tribunal.

A DECISÃO JUDICIAL

Em termos de localização breve da matéria é de referir que a decisão judicial em apreciação se trata de um despacho interlocutório sobre a admissibilidade de um recurso apresentado pela defesa relativamente a uma decisão do colectivo de juízes, tomada durante o julgamento, respeitante ao meio de obtenção de prova na residência do arguido arguindo-se a nulidade dessa prova.

Reproduz-se, de seguida, a decisão judicial em análise, na sua integralidade: [2]

Despacho proferido em 12 de Dezembro de 2007 pelo Juiz Titular Dr. Viriato Manuel

2 Despacho proferido em 12 de Dezembro de 2007 pelo Juiz Titular Dr. Viriato Manuel Pinheiro de Lima, processo nº 36/2007. Disponível em http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d023ae06.pdf. Opta-se pela sua integral reprodução por razões várias: transparência, comodidade de referência e relevo e singularidade da decisão.

Pinheiro de Lima.

2007/12/12

N.º 36/2007

Sumário

I – Excepto nos casos dos recursos para uniformização de jurisprudência, isto é naqueles casos em que existem duas decisões contraditórias sobre a mesma questão de direito, das decisões proferidas pelo Tribunal de Última Instância não cabe recurso, por força do princípio de direito processual segundo o qual não é admissível recurso das decisões proferidas pelo tribunal supremo de uma dada organização judiciária, por não haver para quem interpor o recurso.

II – O art. 14.º. N.º 5 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos só estabelece um duplo grau de jurisdição quanto às sentenças condenatórias em processo penal, mas não em relação a quaisquer outras decisões tomadas por um tribunal num processo de natureza criminal.

III – As leis da RAEM, que não permitem um recurso das decisões condenatórias, em processo penal, do Tribunal de Última Instância, quando julga em primeira instância, não violam o art. 14.º. N.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, já que este admite como excepção à necessidade de existência de um grau de recurso daquelas decisões a situação de o arguido ter sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição.

IV – Mesmo que as leis da RAEM violassem a norma mencionada na conclusão anterior, a solução não estaria em admitir um recurso não previsto nestas leis, restando aos interessados a eventual efectivação da responsabilidade internacional.

V – Se, na pendência do presente processo e por causa dele, fosse aprovada uma lei para permitir um recurso de eventual sentença condenatória do Tribunal de Última Instância, poderia haver violação do princípio do juiz natural ou do juiz legal, previsto no art. 22.º da Lei de Bases da Organização Judiciária e no art. 14.º,

n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - que proíbe a criação de tribunais ad hoc para o julgamento de casos determinados - sendo certo que a primeira das normas pode ceder perante lei formal, mas a segunda não.

1. O arguido interpôs recurso de uma decisão do Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau, que o está a julgar em primeira instância pela prática de crimes praticados no exercício de funções, nos termos da alínea 6) do n.º 2 do art. 44.º da Lei de Bases da Organização Judiciária.

A decisão impugnada não se refere ao fundo da causa, isto é, à absolvição ou condenação do arguido, mas apenas a matérias de ordem processual.

2. No nosso sistema jurídico o recurso é um pedido de reponderação de certa decisão judicial, apresentado a um órgão judiciariamente superior.

Em processo penal, a regra geral é a da recorribilidade das decisões judiciais. A irrecorribilidade é a excepção (art. 389.º do Código de Processo Penal).

Não obstante, há decisões em processo penal que não admitem recurso. Os arts. 390.º, 31.º, n.º 1, 128.º, n.º 7, 140.º, n.º 3, 263.º, n.º 5, 273.º, n.º 2, 292.º e 371.º, n.º 2 do Código de Processo Penal expressamente estatuem sobre decisões que não são passíveis de recurso. Mas há outros casos de irrecorribilidade, como aqueles em que a lei dispõe que a decisão é definitiva (v. g. os arts. 36.º, n.º 2, 43.º, n.º 2, 395.º, n.º 4 e 415.º, n.º 2 do Código de Processo Penal).

3. Das decisões proferidas pelo Tribunal de Última Instância não cabe recurso, por força de um princípio de direito processual óbvio, segundo o qual não é admissível recurso das decisões proferidas pelo tribunal supremo de uma dada organização judiciária, por não haver para quem interpor o recurso.

Na verdade, o Tribunal de Última Instância não só é o tribunal supremo da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) (art. 84.º, 2.º parágrafo da Lei Básica da RAEM, doravante designada apenas por Lei Básica), como também a RAEM goza de poder judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância

(art. 19.º, 1.º parágrafo da Lei Básica).

Ora, daqui decorre que o Tribunal de Última Instância tem a última palavra nos casos que lhe sejam submetidos. As suas decisões são definitivas. Não há, portanto, recurso de nenhuma das decisões do Tribunal de Última Instância para outro órgão judicial ou político, da RAEM ou nacional, sem prejuízo de o Tribunal de Última Instância não ter jurisdição sobre actos do Estado (art. 19.º da Lei Básica) e de estar sujeito à interpretação da Lei Básica por parte do Comité Permanente da Assembleia Nacional Popular, mas apenas nas matérias que sejam da responsabilidade do Governo Popular Central ou do relacionamento entre as Autoridades Centrais e a RAEM (art. 143.º da Lei Básica).

Não estando em causa nenhuma destas matérias, é evidente que as decisões do Tribunal de Última Instância são definitivas.

É certo que no caso de uniformização de jurisprudência, isto é naqueles casos em que existem duas decisões contraditórias do Tribunal de Última Instância ou quando o Tribunal de Segunda Instância contradiz uma decisão do Tribunal de Última Instância, sobre a mesma questão de direito, pode haver um recurso para o Tribunal de Última Instância. Este intervém com uma formação alargada excepcional de cinco juízes, sendo para tal chamados o presidente e o juiz mais antigo do Tribunal de Segunda Instância, que acrescem aos três juízes do Tribunal de Última Instância [arts. 44.º, n.º 2, alínea 1) e 46.º da Lei de Bases da Organização Judiciária e 419.º e 425.º do Código de Processo Penal].

E compreende-se esta opção do legislador, designadamente quando as duas decisões contraditórias são do Tribunal de Última Instância. Como este é o Tribunal Supremo da RAEM prevê-se um recurso, mas ainda para o Tribunal de Última Instância, a que são chamados juízes de outro Tribunal Superior, para resolver o conflito de jurisprudência.

Mas na lei só existe esta possibilidade de um recurso de uma decisão do Tribunal de Última Instância para o Tribunal de Última Instância. E mais nenhuma. E só

o legislador pode estabelecer a possibilidade de recursos e criar tribunais.

4. Nem se diga que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aplicável em Macau por força do art. 40.º da Lei Básica, prevê sempre a possibilidade de recurso em processo penal. Não é assim, como se verá.

Dispõe o art. 14.º. n.º 5 deste Pacto:

"Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei".

Ora, a norma só estabelece um duplo grau de jurisdição quanto às sentenças condenatórias em processo penal, mas não em relação a quaisquer outras decisões tomadas por um tribunal num processo de natureza criminal, como é o caso das decisões que o arguido pretende impugnar. É o que ensina A. RIBEIRO MENDES[1]: "Neste Pacto estabelece-se a garantia do duplo grau de jurisdição apenas em processo penal, quanto às sentenças condenatórias". E também vai no mesmo sentido IRENEU CABRAL BARRETO[2] em anotação a disposição semelhante, do art. 2.º do Protocolo n.º 7 Adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa[3]: " O condenado em processo penal tem o direito de recorrer para um tribunal superior que examinará a declaração de culpabilidade ou a condenação; pressupõe, por isso, uma decisão condenatória, pelo que este artigo é inaplicável a um processo que não contenha uma decisão sobre o bem-fundado de uma acusação em matéria penal".

O art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos é, portanto, estranho à questão da recorribilidade da decisão ora em causa, que não condenou o arguido pela prática de qualquer crime.

5. De qualquer maneira, adiantamos já, mesmo que a decisão do Tribunal de Última Instância fosse uma sentença de condenação do arguido pela prática de crime, também não seria passível de recurso pelas razões já indicadas.

As decisões do Tribunal de Última Instância são definitivas e não admitem recurso.

Em nossa opinião não há, no sistema legal da RAEM, qualquer violação do art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que prevê genericamente um recurso das sentenças condenatórias penais, em primeira instância.

Vejamos porquê.

Por via de regra, os tribunais superiores, o Tribunal de Última Instância e o Tribunal de Segunda Instância não julgam em primeira instância. Mas, por vezes, fazem-no [Cfr. os arts. 44.º, n.º 2, alíneas 5), 6), 7), 8), 11) e 36.º alíneas 2), 3), 4), 5), 8), da Lei de Bases da Organização Judiciária].

O legislador, ao estatuir no art. 44.º, n.º 2, alínea 6) da Lei de Bases da Organização Judiciária que o Tribunal de Última Instância é o Tribunal competente para "Excepto disposição da lei em contrário, julgar processos por crimes e contravenções cometidos no exercício das suas funções pelo Chefe do Executivo, pelo Presidente da Assembleia Legislativa e pelos Secretários", certamente teve em conta que este Tribunal, sendo o mais elevado da Hierarquia da RAEM, tem os Juízes mais preparados e experientes, como se deve presumir. E por isso, não lhe repugnou que, decidindo em primeira instância, decide em última instância.

Por outro lado, como escrevem ANDRÉS DE LA OLIVA e MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ[4], citados por FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA[5], "a primeira instância nasce com clara vocação de definitividade, inclui todas as actuações processuais que garantem a justiça da decisão, e está regulada pensando na possibilidade de ser a única que se efective".

É que, ao contrário do que se pode pensar, o estabelecimento de uma ou mais instâncias de recurso, não tem como sua fundamentação a ideia de que se não se ganhou à primeira, vamos fazer mais uma tentativa, para ver se ganhamos. Não é disso que se trata. Ou melhor, não deve ser disso que se trata.

Como explica MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA[6] "A impugnação da decisão perante um tribunal de hierarquia superior ... assenta no pressuposto de que aquele tribunal se encontra em melhores condições de apreciar o caso sub iudice do que o tribunal recorrido. Tal deve-se, entre outros factores, quer à experiência e maturidade dos juízes que o compõem, quer à colegialibilidade dos tribunais superiores, ... quer ainda à concentração dos seus esforços em aspectos específicos da causa".

Ora, sendo o Tribunal Supremo a julgar em primeira instância, deve entender-se que, neste caso, não só se não se justifica um recurso, como em muitos casos isso não é possível, por o Tribunal não ter número suficiente de juízes. É que num caso de recurso, os juízes que julgam em primeira instância não podem intervir no recurso da sua decisão. E o Tribunal de Última Instância tem apenas três juízes, que intervêm no julgamento em primeira instância. Só uma lei absurda preveria um recurso de decisões do Tribunal de Última Instância para o Tribunal de Segunda Instância... Ora, a lei não pode ser absurda.

Por esta razão, o art. 2.º do Protocolo n.º 7 Adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa, que prevê – como se viu atrás – um recurso das sentenças condenatórias em processo penal, admite no seu n.º 2 que "Este direito pode ser objecto de excepções ... quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição...".

Trata-se de uma aplicação do principio que atrás explicitámos, segundo qual não é admissível recurso das decisões proferidas pelo tribunal supremo de uma dada organização judiciária, por não haver para quem interpor o recurso.

É certo que o art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos não prevê expressamente esta excepção, o que, provavelmente se deve ao facto de ser uma Convenção já de 1966, enquanto o mencionado Protocolo é bastante mais recente, de 1984, portanto, mais actualizado.

Mas isto não invalida o facto de o mencionado art. 14.º, n.º 5 ter de ser interpretado como o fazemos. Isto é, não há violação do art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos quando o tribunal que julga em primeira instância é o Tribunal de Última Instância.

De resto, se se considerasse que as leis da RAEM violavam este Pacto, daí não resultaria a necessidade de admitir um recurso de quaisquer decisões tomadas pelo Tribunal de Última Instância, em primeira instância, em processo penal, que a lei não prevê, mas apenas de extrair as consequências que o Direito Internacional prevê para a violação de tratados: a eventual responsabilidade internacional[7].

Em conclusão, face às normas vigentes em Macau, não é possível recorrer das decisões tomadas pelo Tribunal de Última Instância, em primeira instância, em processo penal, salvo nos casos previstos na lei.

6. Apenas um comentário final, a título marginal.

Segundo certa tese, o legislador poderia e deveria aprovar uma lei para permitir o recurso das decisões do Tribunal de Última Instância, neste processo, a fim de evitar a violação do art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Para além de não vislumbrar qualquer violação desta norma pelas leis da RAEM, como referi anteriormente, qualquer nova solução legislativa teria de passar por um recurso para o próprio Tribunal, com uma formação mais alargada, o que implicaria chamar para intervir apenas juízes de instâncias inferiores, já que os três juízes do Tribunal e o Presidente do Tribunal de Segunda Instância estariam impedidos de intervir no recurso. O que seria, sem dúvida, uma originalidade em termos de sistemas judiciários comparados ...

Mas para além desta razão – que suponho tem algum peso - haveria, salvo melhor opinião, um obstáculo de monta.

É que o art. 22.º da Lei de Bases da Organização Judiciária estatui:

"Artigo 22.º

Proibição do desaforamento

1. Excepto quando especialmente previsto na lei, nenhum processo pode ser deslocado do tribunal competente para outro.

2. Nenhum processo de natureza penal pode ser subtraído ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior".

Trata-se da consagração do juiz natural ou do juiz legal, que proíbe a criação de tribunais ad hoc para o julgamento de processos crimes determinados ou a atribuição da competência a um tribunal diferente do que era legalmente competente à data do crime.

Como referem, a propósito, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA[8], este princípio comporta, como dimensões fundamentais: (a) "exigência de determinabilidade, o que implica que o juiz (ou juízes) chamado(s) a proferir decisões num caso concreto estejam previamente individualizados através de leis gerais, de uma forma o mais possível inequívoca"; (b) princípio da fixação de competência, o que obriga à observância das competências decisórias legalmente atribuídas ao juiz e à aplicação dos preceitos que de forma mediata ou imediata são decisivos para a determinação do juiz da causa...".

E acrescentam "Juiz legal é não apenas o juiz da sentença em primeira instância, mas todos os juízes chamados a participar numa decisão (princípio dos juízes legais)".

À luz destas ideias, parece que criação pela lei de um novo tribunal de recurso para apreciar eventuais recursos em processo penal pendente violaria o princípio do juiz legal ou natural.

Certo que a lei poderia revogar o princípio constante do art. 22.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, mas afigura-se-me que o art. 14.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, vigente na RAEM, ao dizer que "Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida ... por um tribunal competente

... estabelecido pela lei...” - e que não pode ser afastado por simples lei da Assembleia Legislativa, mas apenas pela Lei Básica, de acordo com a jurisprudência do Tribunal - proíbe a criação de tribunais ad hoc para o julgamento de casos determinados. É o que defendem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS[9] quanto ao mencionado art. 14.º, n.º 1.

O mesmo entende IRENEU CABRAL BARRETO[10] em relação a norma paralela não vigente em Macau (o art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Ora, criar um tribunal devido a um processo pendente determinado, que teria a última palavra nesse mesmo processo crime pendente feriria, em meu entender, o mencionado 14.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

7. Pelo exposto, não admito o recurso.

Macau, 12 de Dezembro de 2007.

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

[1] A. RIBEIRO MENDES, Recursos em Processo Civil, Lisboa, Lex, 1994, 2.ª edição, p. 100, nota (1)

[2] IRENEU CABRAL BARRETO, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª edição, 2005, p. 377.

[3] O art. 2.º, n.º 1 do Protocolo é do seguinte teor: “Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei”.

[4] ANDRÉS DE LA OLIVA e MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ, Derecho Procesal Civil, II, 4.ª edição, p. 534.

[5] FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, Manual dos Recursos em Processo Civil, Coimbra, Almedina, 2000, p. 55.

[6] MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lisboa, Lex, 1997, 2.ª edição, p. 376.

[7] NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, Direito Internacional Público,

Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 204, 205, 679 e seg. e JOAQUIM SILVA CUNHA, Manual de Direito Internacional Público, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2004, p. 703 e seg.

[8] J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra editora, 2007, 4.ª ed., I vol., p. 525.

[9] JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, I vol., p. 362.

[10] IRENEU CABRAL BARRETO, A Convenção..., p. 161.

PERPLEXIDADES

O despacho em causa suscita, aprioristicamente, diversas perplexidades das quais se tentará dar notícia breve.

a) Uma perplexidade, grande, advém da circunstância de, numa mesma decisão judicial referente a um mesmo processo, duas normas de um mesmo tratado internacional serem objecto de consideração e de desconsideração diametralmente opostas. Ou seja, e sem entrar em questões de fundo, uma dada norma do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[3] (PIDCP) – impondo o duplo grau de jurisdição – nada releva perante a omissão da lei, ou quase nada releva, podendo, quanto muito, dar origem a uma *mera* responsabilização internacional (leia-se, da República Popular da China) ao passo que uma outra, do mesmíssimo diploma internacional, significaria não apenas uma vigência que se impunha sem delongas e sem excepções coarctando mesmo o exercício da função legislativa. E deixando antever que o tribunal não poderia obedecer a essa norma espúria por força do mesmo PIDCP o qual, momentos antes, era, imageticamente falando, *posto em fora de jogo*.

Ou seja, afirma o despacho interlocutório «*É certo que o art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos não prevê expressamente esta excepção,*

3 Sublinhe-se que o PIDCP e as suas normas vigoram de pleno na ordem jurídica da RAEM, salvo as que expressamente foram objecto de reserva ou ressalva. Mais, nos termos do artigo 40º da Lei Básica, as suas normas prevalecem sobre o direito ordinário interno. Vide, por exemplo, Ieong Wan Chong, *Anotações à Lei Básica de Macau*.

o que, provavelmente se deve ao facto de ser uma Convenção já de 1966, enquanto o mencionado Protocolo é bastante mais recente, de 1984, portanto, mais actualizado. Mas isto não invalida o facto de o mencionado art. 14.º, n.º 5 ter de ser interpretado como o fazemos. Isto é, não há violação do art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos quando o tribunal que julga em primeira instância é o Tribunal de Última Instância.»; isto é, uma norma do PIDCP escrita, clara, supralegal e aplicável na ordem interna de Macau afinal, pode ser afastada ou distorcida.

E afirma o mesmo despacho lavrado pelo mesmo juiz no mesmo dia, «*Certo que a lei poderia revogar o princípio constante do art. 22.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, mas afigura-se-me que o art. 14.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, vigente na RAEM, ao dizer que "Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida ... por um tribunal competente ... estabelecido pela lei..." - e que não pode ser afastado por simples lei da Assembleia Legislativa, mas apenas pela Lei Básica, de acordo com a jurisprudência do Tribunal - proíbe a criação de tribunais ad hoc para o julgamento de casos determinados.*». Isto é, aqui porque quiçá conveniente, uma norma do PIDCP escrita, clara, supralegal e aplicável na ordem interna de Macau é mesmo, passe a redundância, aplicável sem mais considerações, actualizações ou interpretações correctivas.

Ou seja, ali uma norma do PIDCP pode ser afastada ou reinterpretada em sentido de restrição de direitos fundamentais, ao passo que aqui, uma norma do mesmo PIDCP, por antecipação e iniciativa oficiosa do tribunal, jamais poderá ser afastada.

b) Vastas referências são feitas a um instrumento de direito internacional regional o qual não vigora em Macau e que contém uma norma com disciplina diversa da correspondente norma do PIDCP. Qual o sentido dessa referência e dessa insistência?

Normalmente, a utilização de tal tipo de referências serve sim para o aferimento de interpretações *a contrariu sensu* ou simples notícias de direito comparado e não para reinterpretar norma com objecto idêntico, reinterpretação essa feita com base em uma outra fonte de distintas natureza, proveniência e âmbito de aplicação, que, em um outro universo jurídico, decide de forma oposta à solução daqueloutra.

c) Chamado a pronunciar-se sobre determinada questão o despacho despacha rapidamente a questão e, depois, dedica em número de páginas percentualmente importante, umas palavras, em jeito de aviso, a questões que não estavam em causa e sobre as quais não só era inadequado fazer referência como não deveria mesmo fazer essa referências.

A decisão especula sobre determinados factos que possam eventualmente vir a ocorrer! E faz isso não só no âmbito estritamente processual, isto é se vier a haver recurso de acórdão condenatório, como também se autoconcede a liberdade de, numa manobra de transversalidade da trindade de poderes da RAEM, debitar uns avisos à navegação para aqueles que exercem o poder de iniciativa legislativa e o poder legislativo em si mesmo…

Que sentido terá essa intervenção tão singular? Que legitimidade tem um tribunal, por alto ou baixo que seja, de prevenir eventuais processos legislativos e extraviar a linha da separação de poderes constitucionalmente definida?

É certo que a jurisprudência poderá e deverá alertar o legislador para matéria carecida de tratamento legal ou matéria lacunosa mas não deve assumir ou antecipar as legítimas opções de política legislativa que possam estar em aberto e na disponibilidade da discricionariedade legislativa. Menos ainda mover objecções ao cumprimento, por eventual futura alteração legislativa, de obrigações internacionais que visam garantir os direitos fundamentais de defesa em processo penal e que consubstanciam uma pedra de toque do «segundo sistema».

Esta decisão extravasa clara, desproporcionadamente e desrazoavelmente do objecto da prolação. E, por isso mesmo, levanta dúvidas sérias quanto à sua legitimação.

d) Com alguma pompa é também o público esclarecido que os juízes do TUI são os mais bem preparados e os mais experientes: *«este Tribunal, sendo o mais elevado da Hierarquia da RAEM, tem os Juízes mais preparados e experientes, como se deve presumir.»*. Confesso que me causa perplexidade um tal puxar de galões por parte de magistrados falando, no fundo, de si mesmos. Sobretudo nas circunstâncias muito particulares da magistratura local e da sua juventude e inexperiência relativas por circunstâncias advenientes do processo de transição.

Avancemos com um par de observações.

Uma observação quanto à alegada maior experiência destes juízes: Pergunto quantos magistrados há de instâncias inferiores com mais anos de experiência do que os elementos do colectivo? Vários. E quantos há com sensivelmente os mesmos anos de labor judiciário? Muitos, seguramente.

Uma outra observação, ao nível da presunção de juízes do TUI como sendo os mais preparados, para recordar que em Macau, contrariamente ao que sucede em outras ordens jurídicas, as promoções para tribunais superiores não assentam em critérios do mérito e mediante concurso curricular de forma transparente e pública[4]. Estes sim factores que indiciariam maior experiência profissional, melhor preparação teórica e maior mérito.

Como também poderia ser de relevo a efectiva existência de inspecções judiciais e que, ao que julgamos saber, não ocorrem ou ocorrem apenas muito esporadicamente. E também recordar que não raras vezes o colectivo do alto tribunal TUI afinal é composto maioritariamente por juízes de instâncias inferiores[5].

DISCORDÂNCIAS

A decisão em causa suscita-me diversas discordâncias do ponto de vista técnico e jurídico adiantando, desde já, que o resultado da aplicação da decisão do TUI implica uma

4 Ver, por exemplo, artigos 46º e 50º e 52º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, Lei nº 21/85, de 30 de Julho, Portugal, relativos à nomeação de juízes da Relação e do Supremo, respectivamente, onde se pode ler, por exemplo, «*O provimento de vagas de juiz da relação faz-se por promoção, mediante concurso curricular, com prevalência do critério do mérito entre juízes da 1.ª instância.», «A graduação final dos magistrados faz-se de acordo com o mérito relativo dos concorrentes, tomando-se em consideração, em 40%, a avaliação curricular, nos termos previstos no número anterior, e, em 60 %, as anteriores classificações de serviço, preferindo em caso de empate o juiz com mais antiguidade.»,* ou «*O acesso ao Supremo Tribunal de Justiça faz-se mediante concurso curricular aberto a magistrados judiciais e do Ministério Público e outros juristas de mérito*». «*A graduação faz-se segundo o mérito relativo dos concorrentes de cada classe, tomando-se globalmente em conta a avaliação curricular, com prévia observância do disposto no número seguinte e, nomeadamente, tendo em consideração os seguintes factores: a) Anteriores classificações de serviço; b) Graduação obtida em concursos de habilitação ou cursos de ingresso em cargos judiciais; c) Currículo universitário e pós-universitário; d) Trabalhos científicos realizados; e) Actividade desenvolvida no âmbito forense ou no ensino jurídico; f) Outros factores que abonem a idoneidade dos requerentes para o cargo a prover*».

5 Por exemplo, no processo nº 32/2003, relativo a um pedido de Habeas Corpus o TUI foi composto por um seu titular, um membro do TSI e por um do tribunal judicial de base. Outros casos mais existem, como se sabe.

degradação do nível de protecção de direitos fundamentais e, não tenhamos dúvidas, uma corrosão na boa imagem internacional de Macau relativamente ao seu sistema jurídico o qual tem merecido constantes genéricas notas positivas.

Com efeito, esta decisão perante um futuro e eventual recurso de uma decisão condenatória ainda não tomada à data[6] apenas deveria ter decidido a questão em apreciação, de natureza incidental, e não deveria ter invadido o campo decisório que é próprio da decisão final e em colectivo no processo penal.

O resultado do caso concreto, a final, até poderia ser exactamente o mesmo se disponibilizados os mecanismos de garantia, especificamente o constitucional direito ao recurso jurisdicional em processo penal. Ou seja, em havendo recurso e um segundo grau de jurisdição, não se poderá dizer que justiça não seria feita. Seria, outrossim, feita mais justiça, melhor justiça e mais legitimada.

Uma primeira nota radica na consideração da natureza constitucional e fundamental do direito ao recurso jurisdicional de decisões, desde logo as condenatórias, em processo penal. E assim é porquanto é feita uma recepção daquela norma do PIDCP, artigo 14.º, n.º 5, por parte da Lei Básica, *ex vi* o seu artigo 40.º[7]. E este direito fundamental a um duplo grau de jurisdição em matéria penal nos casos de condenação encontra ainda arrimo no princípio geral de acesso ao Direito e aos tribunais plasmado no artigo 36.º da Lei Básica[8]. Recorde-se aqui o que Chi Un Ho escreveu sobre o direito ao recurso como uma garantia de defesa em processo criminal: afirma peremptoriamente «*podemos afirmar que não só foi consagrado o direito ao recurso, mas também o princípio da recorribilidade*.»[9]. Conclusão tirada em consequência de uma análise ao tecido normativo vigente antes e depois da criação da RAEM[10].

6 Quiçá em nome de um saneador virtual princípio da economia processual?

7 Sublinhando precisamente esta questão e em especial quanto à estatuição de um direito fundamental ao recurso de sentença penal condenatória, António Malheiro de Magalhães, *O Direito Processual Penal e a Constituição — Em torno do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal*, «*deve ser realçada uma norma, em nossa opinião, muito valiosa em termos de resposta à questão que acabámos de colocar*.» -qual fosse a do direito fundamental ao recurso. Referimo-nos ao artigo 40.°, nº l.

8 Ver, entre tantos outros, Ieong Wan Chong, *Anotações à Lei Básica de Macau*.

9 Chi Un Ho, *Regime dos Recursos Penais no Código de Processo Penal de Macau de 1996.*

10 Chi Un Ho, *Regime dos Recursos Penais no Código de Processo Penal de Macau de 1996*, na sequência do seguinte

Ora, o preceito em causa não foi objecto de reserva – como sucedeu em vários outros ordenamentos jurídicos - ou de posterior *ressalva*. Os direitos assim recebidos pela Lei Básica são direitos fundamentais e é-lhes atribuído valor supralegal mormente quanto às restrições a aplicar. Por outro lado, a aplicação do sumo princípio da continuidade garantido pela Lei Básica e pela Declaração Conjunta também assim o dita[11].

Mais, como salienta Henrique da Silva Gaspar[12], no n.º 5 do artigo 14.º do PIDCP, a «*delimitação da extensão do direito ao recurso pode suscitar algumas dificuldades, nomeadamente sobre se a referência à conformidade com a lei (interna) remete apenas para os modos e formas ou também para a própria previsão do âmbito de admissibilidade — previsão de casos de irrecorribilidade*», para depois, inclinar-se no sentido de que «*a compreensão extensiva do direito ao recurso parece deduzir-se da forma ampla como a disposição está concebida e assim o Comité das Nações Unidas tem considerado*» e invoca o caso *Salgar de Menejo v. Colômbia*[13], «*no qual se considerou que a expressão «conforme o prescrito na lei» não tem por objecto deixar à discricionariedade dos Estados a própria existência do direito de apelo; o que deve ser determinado conforme à lei é o procedimento*»[14].

É vero que inexiste na actual lei processual de Macau um mecanismo expresso que configure e que crie a maquinaria ritual processual para dar concretização ao direito fundamental

raciocínio, ao qual não há como não aderir, «*impõe-se recorrer à Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), mas nesta não vislumbramos qualquer preceito onde se contemple directamente, como direito fundamental, o direito ao recurso de sentença penal condenatória. Porém, o artigo 40º da Lei Básica reza que «as disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, … continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau». O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos reconhece claramente o direito ao recurso, …, no nº 5 do seu artigo 14º*».

11 Entre muitos outros, Leonor Assumpção, *O processo penal e a protecção dos direitos do Homem em Macau.*

12 *O Processo Equitativo no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Processo Penal de Macau*.

13 Entre outros, por exemplo, no caso *Reid v Jamaica* (355/89), o Comité afirmou «*The Committee considers that, while the modalities of an appeal may differ among the domestic legal systems of States parties, under article 14, paragraph 5, a State party is under an obligation to substantially review the conviction and sentence*.».

14 *Idem*, *O Processo Equitativo no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Processo Penal de Macau*. Sufragando este entendimento, António Malheiro de Magalhães, *O Direito Processual Penal e a Constituição — Em torno do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal*. Vide, aliás, «*The expression "according to law" in this provision is not intended to leave the very existence of the right of review to the discretion of the States parties, since this right is recognised by the Covenant, and not merely by domestic law. The term according to law rather relates to the determination of the modalities by which the review by a higher tribunal is to be carried out, as well as which court is responsible for carrying out a review in accordance with the Covenant*», Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

ao recurso nos casos em que o TUI julga em primeira instância. Este um dos pratos da balança.

No outro lado da balança da Justiça temos, precisamente, um direito fundamental que se acha desguarnecido[15]. É no sopesar destes dois pratos antagónicos que a radical discordância assenta.

É mister dizer que ao dar prevalência ao primeiro prato da balança opta-se por uma interpretação sobretudo formalista e impermeabilizada a outros valores da ordem jurídica. É assim que o rito está, ou não, previsto e, por conseguinte, é assim que se deve decidir independentemente de se estar a colocar em crise direitos fundamentais.

Ora como ensinam ilustres Mestres (a propósito de normas similares às vigentes em Macau) os Direitos fundamentais oferecem impulsos vinculativos para todo o sistema jurídico-penal, dado que «*Em suma, a 'orientação para a defesa' do processo penal revela que ele não pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais ... antes tem neles um limite infrangível*.»[16].

Isto é, e face a normativos de idêntica natureza aos vigentes em Macau, em processo penal é dada primazia aos direitos fundamentais[17]. Direitos fundamentais que prevalecem mais ainda, se acrescentará, quando face a normas de natureza meramente adjectiva ou de estruturação do processo as quais devem respeitar esses direitos[18]. Ou, em palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, «*embora o legislador disponha de liberdade de conformação quanto à regu-*

15 A que acresce o princípio geral da recorribilidade, expresso no artigo 389 (Princípio geral) «É permitido recorrer dos acórdãos, sentenças e despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei.». Consequentemente, podemos afirmar que este Código, o «*princípio da recorribilidade*», afirma António Malheiro de Magalhães, *O Direito Processual Penal e a Constituição — Em torno do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal, vide* ainda Chi Un Ho, *Regime dos Recursos Penais no Código de Processo Penal de Macau de 1996.* O despacho alude a este princípio mas daí não retira ilação para o caso em apreço, antes focando a argumentação nas excepções legais que, bem vistas as coisas, pouco poderão ter a ver com o caso do direito fundamental ao recurso de decisão penal desfavorável. Cfr., aliás, os casos preconizados no artigo 390º do Código de Processo Penal., onde se refere despachos de mero expediente, decisões em processo sumaríssimo, acórdãos proferidos em recurso, etc..

16 Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*.

17 Salientando que «*o processo penal de Macau, o qual inicialmente se empenhava apenas na descoberta da verdade, passou a preocupar-se também com a legitimidade do procedimento jurídico a fim de melhor conciliar os dois aspectos essenciais da lei processual penal actual: o combate ao crime e a garantia dos direitos do homem*.», Xiao Shengxi e Suo Zhengjie *Estudo Comparado do Direito Processual Penal de Macau e da China*.

18 Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada.*

lação dos requisitos e graus de recurso, ele não pode regulá-lo de forma discriminatória»[19].

Aqui chegados uma dúvida se impõe: Face aos direitos fundamentais terá estado, no outro lado da balança apenas um fiel seguidismo formalista *alterpositivista* ou, por exemplo, um certo desconforto em se abrir a possibilidade de revisão de decisões judiciais tomadas precisamente pelos juizes mais bem preparados e experientes por parte de outros juizes que lhe são menores? Não sei, nem o posso saber pelo que me recuso a especular. Neste contexto, e neste contexto apenas, isto é, o TUI dá mais garantias porquanto é constituído pelos juizes mais bem preparados e experientes, pergunto que sentido terá então um TUI composto por um seu titular, um membro do TSI e por um do tribunal judicial de base como ocorreu, por exemplo, no anteriormente referido processo relativo a pedido de Habeas Corpus. Para além daqueles casos precisamente referidos no despacho em apreciação relativos à uniformização e fixação de jurisprudência onde têm assento no colectivo juízes de instâncias inferiores[20].

Importa ainda esclarecer que o direito fundamental ao recurso em processo penal, contrariamente ao expendido no despacho, não tem vindo a ser entendido tão-somente como aplicável às decisões condenatórias, nomeadamente pela doutrina que ali é citada, mas outrossim considerado aplicável a outras decisões mais para lá das condenatórias[21].

Por exemplo, na esteira de jurisprudência constitucional e internacional, Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam, *«a exigência de um duplo grau de jurisdição ... está constitucionalmente consagrada no âmbito do processo penal não relativamente a todas as decisões proferidas mas em relação às decisões condenatórias do arguido...ainda que fundadas em considerações de direito adjectivo, bem como às decisões respeitantes à situação do arguido em*

19. *Constituição Da República Portuguesa Anotada.*

20 Vide artigo 46º da Lei de Bases de Organização Judiciária e, entre outros, artigo 425º do Código de Processo Penal e normas homólogas do Código de Processo Civil, por exemplo artigo 652º-A e, artigos 161º e seguintes do Código de Processo Contencioso Administrativo, relativos ao recurso com fundamento em oposição de acórdãos. Ou seja, esta situação excepcional, afinal, é bem mais ampla e transversal do que se poderia pensar. Ou seja, o TUI em colectivo alargado está já previsto para várias circunstâncias. Aliás, uma breve consulta à jurisprudência do TUI permite, de imediato, perceber facilmente o elevadíssimo número de juízes, inclusivamente relatores de acórdãos deste tribunal e que, afinal, são juízes titulares de tribunais inferiores, inclusivamente da primeira instância. A composição dos colectivos é, não raras vezes, por razões várias (por exemplo, impedimentos, ausências) constituída, por colectivos *ad hoc*.

21 Este problema ocorre em outras matérias, desde logo no âmbito de todo o direito sancionatório, mas também em outras mais, nomeadamente em sede de recurso contencioso administrativo, ainda que aqui com um grau de relevância porventura menor, dado não estar em causa a garantia da liberdade.

face da privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais»[22].

Ou seja, aferir da admissibilidade de provas que possam, eventualmente, ser proibidas por desrespeito de um direito fundamental à privacidade e que possam, eventualmente, configurar um imenso factor de ponderação a final, enquadra-se neste último grupo de situações que abrangem o direito ao recurso – independentemente de essas provas serem ou não consideradas nulas ou admitidas precisamente em sede de recurso.

Escrevem ainda Jorge Miranda e Rui Medeiros que, num Estado de Direito, dir-se-á aqui numa Região de Direito, «*a plenitude do acesso à jurisdição e os princípios da juridicidade e da igualdade postulam um sistema que assegure a protecção dos interessados contra os próprios actos jurisdicionais ... as limitações ou restrições ao direito de recurso estão, por isso, sujeitas aos limites constitucionais gerais e, de modo especial, aos princípios da igualdade e da proporcionalidade pelo que as diferenciações legais não podem ser arbitrárias*.»[23].

Uma outra discordância, já aflorada nas perplexidades, tem a ver com a restrição do alcance da garantia plasmada no PIDCP, artigo 14.º, n.º 5 ancorada num dispositivo de um outro instrumento internacional, inaplicado em Macau, por este ser mais recente[24].

Recordemos *ipsis verbis* o expendido: «*Por esta razão, o art. 2.º do Protocolo n.º 7 Adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa, que prevê – como se viu atrás – um recurso das sentenças condenatórias em processo penal, admite no seu n.º 2 que "Este direito pode ser objecto de excepções ... quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição...". Trata-se de uma aplicação do principio que atrás explicitámos, segundo*

22 *Constituição Portuguesa Anotada.* No mesmo sentido de não compressão do direito ao recurso apenas a decisões condenatórias penais, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*.

23 *Constituição Portuguesa Anotada.*

24 Aludindo à diferença de soluções entre o PIDCP e a Convenção Europeia, mas sem daí retirarem naturalmente, qualquer tentativa de reinterpretação do PIDCP, mas somente assinalando, neste campo, uma menor guarida ao direito ao recurso, Henrique da Silva Gaspar, *O Processo Equitativo no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Processo Penal de Macau*. Sufragando este entendimento, António Malheiro de Magalhães, *O Direito Processual Penal e a Constituição — Em torno do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal*. Este autor cita, neste sentido de uma maior garantia oferecida pelo PIDCP, jurisprudência constitucional que afirma que o PIDCP «*reconhece claramente o direito ao recurso*».

qual não é admissível recurso das decisões proferidas pelo tribunal supremo de uma dada organização judiciária, por não haver para quem interpor o recurso. É certo que o art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos não prevê expressamente esta excepção, o que, provavelmente se deve ao facto de ser uma Convenção já de 1966, enquanto o mencionado Protocolo é bastante mais recente, de 1984, portanto, mais actualizado.».

Pois é verdade, é certo que no PIDCP, que vigora em Macau, esta excepção não existe nem a norma em jogo foi objecto de reserva ou ressalva. Como é certo que na Convenção Europeia, que não vigora em Macau, por via do referido protocolo adicional, a excepção é proclamada. E depois? Qual é o sentido que legitimamente disto se pode retirar de *jure condito*? Ademais em sede penal onde o princípio da legalidade estriba todo o Direito. De *jure condendo* sim, talvez; mas carecendo do necessário enquadramento e nunca operando uma aplicação por presunção de vigência.

E mais, como se percebe, daquele protocolo – facultativo – não resultará um princípio tão estabilizado e pacífico como se pretende e pressuporá sempre uma expressa adesão a essa regra. E no caso do PIDCP, como o comprova a análise às decisões do Comité dos Direitos Humanos[25], não havendo reserva à norma do PICP não podem as partes aderentes criar normas internas impedindo o direito ao recurso em processo penal ainda que com base no argumento de ser o mais alto tribunal quem decide em primeira instância.

Mas, alheio a todas estas considerações jurídicas, o despacho avança com ímpeto e conclui, sem arrimo legal ou doutrinal: «*Mas isto não invalida o facto de o mencionado art. 14.º, n.º 5 ter de ser interpretado como o fazemos. Isto é, não há violação do art. 14.º, n.º 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos quando o tribunal que julga em primeira instância é o Tribunal de Última Instância*.».

Invoca-se ainda no despacho, especulando sobre uma eventual lei que poderá quiçá vir a existir, a violação do princípio do juiz natural ou juiz legal[26].

25 Que devem ser consultados em caso de dúvidas interpretativas.

26 Se tal comentário pesou, ou não, numa eventual opção dos titulares de iniciativa legislativa e de competência legislativa é algo que desconhecemos.

Cumpre relembrar as motivações de tal princípio «*This means that plaintiffs cannot be subjected to the jurisdiction of a judge or court established after the acts that gave rise to the conflict, that is, the so-called special or ad hoc courts of law. (This differs from the specializing courts in certain issues or over specific regions.) This principle is especially applied in military courts of law, whether in emergency situations (in most cases), as well as in normal periods, in which they are unduly given information of behavior attributed to civilians.. Overstepping the boundaries of military jurisdiction has been particularly seen in extraordinary situations due to internal or external conflicts. In these situations, and especially in proclamations of emergency made by authoritarian governments, it is common to have civilians placed under the jurisdiction of military courts because they are assumed to be dissidents*.», palavras do ex presidente do Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem, Héctor Fix-Zamudio[27]. A história judiciária da ditadura portuguesa também pode ajudar na adequada compreensão e contextualização do estabelecimento deste princípio[28].

Por outro lado é bom de ver que esta garantia do juiz natural é construída do lado do arguido, ou seja, o que se pretende é estabelecer uma garantia aos particulares[29] e não, naturalmente, por força deste princípio protector obstar à efectivação de uma garantia fundamental, neste caso a garantia de um duplo grau de jurisdição no âmbito penal. A funcionalidade do princípio-garantia não deve, destarte, ser invertida e desvirtualizada.

Gomes Canotilho e Vital Moreira[30] falam-nos, por exemplo, na proibição de existência de tribunais penais para certas categorias de crimes.

Aduzem Jorge Miranda e Rui Medeiros as palavras que se seguem: «*A anterioridade da lei que fixa a competência suscita dificuldades. Não parece razoável a interpretação que conduza a entraves a reformas da organização judiciária, nomeadamente pela criação ou extinção de tribunais e alteração das regras gerais sobre competência... o que importa*

27 *Effectiveness of human rights protection instruments*.

28 Em causa neste princípio está a preocupação de «*proibir os chamados tribunais especiais ou extraordinários*», Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*.

29 Importa aqui assegurar a imparcialidade dos juízes, como afirma Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal.*

30 *Constituição da República Portuguesa Anotada*.

essencialmente não é a competência individualizada de um determinado tribunal para o caso concreto, proibindo-se que a causa venha a ser submetida a tribunais diferentes dos que eram competentes à data da prática dos factos que constituem o objecto do processo, mas tão-só que em razão daquela causa ou de categoria de causas a que ela pertence sejam criados tribunais de excepção ou a definição individualizada da competência, o desaforamento ou a nomeação dos juízes por qualquer forma discricionária.»[31].

Ou seja, pode ser defensável que uma eventual medida legislativa que se não traduza na criação de um tribunal *ad hoc* exclusivamente para um determinado arguido, mas sim para qualquer arguido, presente ou futuro, que ocupe um certo cargo público, que não seja um tribunal de excepção mas sim um tribunal para o presente caso e para eventuais outros futuros. Um tribunal que seja, por exemplo, o TUI alargado com uma composição que, eventualmente, por força de normas já preexistentes de impedimentos possa, a final, vir a ser constituído por juízes de instâncias outras; poderá afinal, ser esta uma solução que balanceie os interesses de administração da justiça e os direitos fundamentais das pessoas.

Afirmam ainda os mesmos autores que «*não está liminarmente excluída e não se configura como uma situação arbitrária ... uma disposição legal que imponha uma alteração do regime de recursos na pendência do processo*»[32].

Ou, como afirma Leal-Henriques, «*competente para julgar o ilícito penal será, pois, o juiz préconstituido por lei e nunca o juiz arbitrária e discricionariamente designado a posteriori para o caso concreto, ou seja, o juiz 'ad hoc' escolhido 'a dedo' e à revelia de qualquer critério minimamente consistente e objectivo*[33]»[34] e, adiante, afirma «*Não se cuide, porém, que, postas as 'coisas' neste termos, fica desde logo prejudicada a possibilidade de qualquer reforma da Organização Judiciária que altere as regras do 'jogo' em matéria de competência dos tribunais. Na verdade, aceite embora o peso do princípio do juiz natural,*

31 *Constituição Portuguesa Anotada.* Em causa neste princípio está a preocupação de *«proibir os chamados tribunais especiais ou extraordinários»,* como esclarece Germano Marques da Silva*, Curso de Processo Penal.*

32 Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*.

33 O facultar de uma instância de recurso e assim promover o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição afigura-se naturalmente um critério bem consistente e objectivo.

34 *Manual de Formação de Direito processual penal de Macau*.

tal não impede que se dê curso a alterações legislativas nas áreas da competência jurisdicional, desde que, obviamente, essas alterações não envolvam a criação de tribunais de excepção ou a determinação de competências de tipo individual»[35].

Acresce um par de considerações que, salvo melhor entendimento, estiveram arredias do despacho em apreciação, e que poderiam contribuir para uma solução diversa daquela que acolá foi preceituada: qual seja a da aplicabilidade da lei processual no tempo e a integração de lacunas em processo penal.

Começando por esta última, o recurso à analogia em processo penal, como nos diz Figueiredo Dias, fica completamente vedada sempre que venha a traduzir-se num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do arguido[36], ou seja, é geralmente aceite a admissibilidade da analogia em direito processual penal, desde que daí não resulte uma degradação do estatuto do arguido[37]. O que manifestamente não sucederia neste caso.

Já no que respeita à aplicação da lei processual no tempo – ou seja, caso uma lei viesse a ser aprovada não obstante os «*avisos* do despacho- recorde-se o que estabelece o Código de Processo Penal de Macau:

«*Artigo 5.º*

(Aplicação da lei processual penal no tempo)

1. A lei processual penal é de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos actos realizados na vigência da lei anterior.

2. A lei processual penal não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata puder resultar:

a) Agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa[38]; ou

35 Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito processual penal de Macau*.

36 Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*.

37 Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito processual penal de Macau*.

38 No caso em apreço verificar-se-ia precisamente o oposto.

b) Quebra de harmonia e unidade dos vários actos do processo.».

Isto significa que neste domínio vigora o princípio do «*tempus regi actus*», ou seja, aplicação imediata, incluindo aos processo pendentes, desde que, como visto, tal aplicação não importe um agravamento sensível da situação processual nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa. Ora, um elenco dos direitos de defesa vem expresso no artigo 50.º do Código de Processo Penal[39], aí se incluindo, precisamente, o direito de recurso das decisões desfavoráveis.

Há um outro ponto, antes aqui aflorado mas ignorado no despacho, que é o da observância do princípio da igualdade, o qual consta da Lei Básica, da Declaração Conjunta e de vários outros actos normativos[40].

Com efeito, e com naturalidade, o princípio da igualdade impõe-se no processo penal, tal com afirmam Jorge Miranda e Rui Medeiros[41], ora neste caso concreto há uma desconsideração clara do princípio da igualdade porquanto à generalidade dos arguidos o direito ao recurso existe e efectiva-se, ao passo que para uma determinada categoria de indivíduos, em resultado do exercício de certos cargos públicos, esse direito não lhes é propiciado.

Tudo isto existe, tudo isto é triste, tudo isto é fado.

Ao jeito de síntese pode afirmar-se que o despacho em apreço sendo vero que se achava perante uma questão procedimental *menor,* mas já em si mesma complexa, optou por se ocupar, a destempo e em excesso de pronúncia, de um problema real e ainda mais complexo, abordou deficientemente diversas questões, nomeadamente ao nível da compreensão de regras jusinternacionais, sopesou normas de idêntico valor do PIDCP de maneira diversa, ignorou a questão górdia da existência ou não de reservas (ou ressalvas), recorreu artificialmente e desproporcionadamente a normas internacionais regionais não vigentes em Macau, refugiou-se em critérios estritamente formais, descurou a fundamentalidade de direitos fundamentais, deu nova cor à garantia do juiz natural, operando a metamorfose desta histórica

39 *Vide* Leal-Henriques, *Código de Processo Penal de Macau*.

40 Ver, entre muitos outros, Ieong Wan Chong, *Anotações à Lei Básica de Macau*.

41 *Constituição Portuguesa Anotada*.

garantia num impedimento de exercício de um direito, e extravasou de forma evidente o objecto da prolação, procurando rasgar os limites da decisão como forma de atalhar caminho e, por antecipação, resolver um provável problema – e que não se veio a manifestar - e, finalmente, curou de obstar a uma eventual e futura reforma legislativa que pudesse porventura vir a aplicar-se ao caso.

Tudo isto rematado num exercício de imodéstia de presunção de se estar perante os juízes *mais preparados e mais experientes*.

É também problemático que se possa entender que o TUI pretendia aqui não apenas antecipar a questão sobre a recorribilidade de uma eventual decisão condenatória, o que não pode deixar de sugerir desde logo uma certa ideia de culpa sobre um arguido ainda a ser julgado nessa mesma instância, e se presume sempre inocente até ao trânsito em julgado. Mas também que se possa pensar que o TUI possa estar a querer condicionar antecipadamente os direitos e as livres opções da defesa quando, mais tarde e hipoteticamente, venha a ser confrontada com uma decisão condenatória.

Seja qual for o entendimento do TUI sobre a recorribilidade das suas decisões, matéria que se reconhece complexa, nada impedia o arguido, em momento processual próprio, de vir eventualmente a apresentar recurso de uma decisão condenatória. Ora, apenas e só aí, nesse concreto momento processual, teria o TUI legitimidade para – mal ou bem – se pronunciar e decidir sobre essa matéria, admitindo ou recusando tal recurso. Não antes. Não por antecipação. Ao fazê-lo, como fez, poderá questionar-se se esta decisão afinal corresponderá a um condicionar do exercício dos direitos de defesa dos particulares.

EM CONCLUSÃO

Reconhece-se que se trata de matéria complexa e que, por questões de segurança e certeza jurídicas, deveria primacialmente ser alvo de tratamento legislativo, como é frequentemente referido, nomeadamente por via de alterações à Lei de Bases de Organização

Judiciária de Macau, ora atribuindo ao TSI as competências para julgar estes casos em primeira instância, com recurso jurisdicional para o TUI, ora mantendo embora estas competências no TUI, alargando a sua composição e prevendo um mecanismo de recurso para a conferência.

Estas dificuldades apesar de reais não deveriam no entanto ter impedido, no momento presente, o exercício do fundamental direito ao Direito, ou seja, o direito de recurso jurisdicional em processo penal nos termos vistos, seja neste caso concreto, seja em outros em que o TUI julga em primeira instância de julgamento e tome uma decisão condenatória.

Mais, não se deveria, na prática, ter impedido o exercício do direito ao recurso por via deslocada (despacho interlocutório), incompetente (juiz singular e não colectivo) e por antecipação (antes de, afinal, o arguido ter sido condenado)[42], como não se deveria ter emitido, também por antecipação e também de forma totalmente deslocada[43], um aviso a uma eventual tentativa de solução legislativa que ainda pudesse ser aplicada no caso. Antes se sufragando, destarte, uma violação clara a um direito fundamental em sede processual penal, devida e irrestritamente estabelecido na configuração que é dada no PIDCP.

Sublinha-se novamente que não se pretendeu aqui fazer a defesa de nenhum cidadão em concreto, nem a apologia do crime de colarinho branco, menos ainda a apologia da sua inocência, nem sequer uma crítica gratuita a qualquer instituição ou magistrado. Nada nos move a favor do arguido como nada nos move contra o alto tribunal. Pretendeu-se sim, no gozo de um direito fundamental e no exercício da cidadania, contribuir como se pode, numa perspectiva doutrinária, para a sedimentação dos direitos fundamentais e para a edificação do princípio da *Região de Direito*.

Porquanto este tipo de decisões judiciais, pelo seu relevo e impacto não se limitam a beliscar um dado direito de um concreto indivíduo mas expandem o seu desvalor para a globalidade da ordem jurídica da RAEM.

42 «*De qualquer maneira, adiantamos já, mesmo que a decisão do Tribunal de Última Instância fosse uma sentença de condenação do arguido pela prática de crime, também não seria passível de recurso.»,* afirma o despacho.

43 «*Apenas um comentário final, a título marginal.»,* proclama o despacho.

A PANORAMIC ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN MACAU

FROM TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION TO SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION OF THE PRC

A PANORAMIC ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN MACAU: FROM TERRITORY UNDER PORTUGUESE ADMINISTRATION TO SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION OF THE PRC[1]

'Even after 50 years our policy will not change either. That is, for the first 50 years it cannot be changed.'

Deng Xiaoping[2]

'As for the concept of "laws in force" we understand it in a broad meaning, encompassing not only the formal aspect — written laws — but also the spirit of the legal system, its internal logic, its own dogmatic concepts and all the rest that provides life and sense to the legal order previously existent at the date of transfer of the exercise of sovereignty.'

Leonel Alves[3]

'We should bear in mind, when analyzing this issue, that the system of fundamental rights in Macau is rooted in a concept that derogates from the socialist system of the Constitution of the People's Republic of China … With regard to the Basic Law of Macau, the picture is quite different. It is not, as the reading of various indices proves, a case of incorporation of a socialist-inspired notion of the fundamental rights.

Here, the dominant concept is a western, liberal and social idea of the fundamental rights.'

Jorge Bacelar Gouveia[4]

1 Corresponde à versão ampliada, e anterior ao trabalho de edição levada a cabo pela casa editora, do texto *Fundamental rights in Macau: From territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, em Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law, Jorge Godinho (editor), Lexisnexis, 2010.

2 D. Xiaoping, *On the Question of Hong Kong* (New Horizon Press, 1993), 61.

3 L. Alves, 'A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória', 12 BFDM (2001), at 207.

4 JB Gouveia, 'The Fundamental Rights in Macau', in P Cardinal and J Oliveira (eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China,* 2009, Springer-Verlag, Berlin, p 707.

A. CONTEXTUALISATION

1. Approach

By *christening* this paper as we did, our intention is to immediately signal to the reader the leitmotiv of the paper, or in other words, the dominant and recurrent theme that receives the emphasis of the author's analysis of the fundamental rights in Macau. In fact, addressing the issue of fundamental rights in the Macau Special Administrative Region (SAR) necessarily implies an *intertemporal* stance — a dynamic approach,[5] which may end, however, with a limited diachronic effect. That is to say, in a certain way, the *normal* evolution of a given legal system is impaired and limited in a formal juridical way by means of an internationally and constitutionally guaranteed and hetero imposed principle of continuity.

Continuity means the basic maintenance of, namely, the social, economic, and legal systems previously in force; that is, the systems that existed in a Macau that was a territory under Portuguese Administration and that *survived* even to this day in a Macau that is a Chinese regional subunit. This continuity persists as structural characteristics with similar contents permeate the *ideology* of a Macau that is basically the same before and after the transfer of sovereignty. However, it must be stressed that continuity is not identity or even similarity. In the dynamics of the transition process, one can note that while an evident continuity can be seen in the listing of the fundamental rights per se, some fractures can be identified as to their detailed regulation and in the area of the system itself (*eg*, rules of guarantee and exercise of states of emergency, etc). Those continuities and fractures will be presented and explored within a major umbrella analysis that is irrefutable; the above-mentioned continuity principle that underlines the transition will also be subjected to both presentation and analysis.

The selected approach is justified by the uniqueness envisaged in the Joint Declaration of the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Portugal on the question of Macau (Joint Declaration)[6] and reaffirmed in the

5 Sort of a classical Janus head.

6 It was signed by both parties in Beijing, in 13 April 1987. It was approved for ratification in Portugal by the Resolution of the Portuguese Parliament 25/87, ratified by the Portuguese President by Decree 38-A/87, and later published in the Macau Official Journal, 23–3, Supplement, 7 June 1988. It was deposited by both sovereign parties at the United Nations.

Macau Basic Law.[7] Furthermore, it justifies the channel of analysis by the circumstance that it is a chapter inserted in a book on the European roots of Macau Law. This analytic approach implies a method of constant comparison between the past and the present and between the territory under Portuguese Administration and the Special Administrative Region systems. In doing so, the objective is to identify the 'European roots of Macau Law' in the field of fundamental rights, and not just as a possible nostalgic exercise to promote the past instead of the present and future even though it may be imperfect.

On the other hand, this paper intends no more than to provide a panoramic approach to the capital issue of fundamental rights. It will contain remarks that are envisaged for a general characterisation of that system and not a thorough in-depth analysis of fundamental rights in Macau regarding specific given fundamental rights

2. History

A historical evolution of Macau, in a nutshell, should underline that for the last half a millennium, Macau, a tiny enclave in south China inhabited largely by Chinese people, had existed in a strange state of individuality and disconnection *vis-à-vis* greater China. China is Macau's natural source of both *Imperia* and *Dominium*, although it was at the same time separated from China through its connection to a small distant country — Portugal. And, on the other hand, it always managed to exist in a certain state of autonomic arrangement *vis-à-vis* Portugal.[8]

Sometimes, the history of Macau is referred to as a history of anomaly[9] and with

7 Adopted by the Eighth National People's Congress at its First Session on 31 March 1993, promulgated by Decree of the President of the People's Republic of China No 3, 31 March 1993, and published in Macau in the Macau Official Journal 1, Series 1, on 20 December 1999.

8 For several centuries until the last days of 1999, Macau was effectively separated from China and connected to Portugal as an autonomous entity. It has had many identities: a commercial outpost, a colony with special capacities, a condominium, a territory artificially lumped together with other Portuguese possessions in Asia, a territory leased from China, a territory offered by China, and, ultimately, a 'territory under' (transitional) Portuguese Administration as it was proclaimed in the Portuguese Constitution.

9 See, immediately in their work's title, J Wills and P Van Dyke, 'Strange Shores: 442 Years of Anomaly in Macau, and Counting ... ' (2000), *Harvard Asia Pacific Rev* 1. Norman MacQueen speaks about 'a pragmatic anomaly in international relations', N MacQueen, 'Macao: end of a special case?' (1985) 41 *The World Today* 167. Eduardo Cabrita goes further, speaking of 'absurdity', in E Cabrita, 'International and constitutional limitations on the autonomy of the Macau Special Administrative Region' (2002), Special Issue *Macau Law Journal* 154.

colourful expressions such as 'extraordinary condominium'.[10] Indeed this anomalous history provides some clues as to why a miniscule piece of land has achieved such extensive autonomy within one of the giants of the world – China.

3. Autonomy

China has been, as widely known, a state that has a strong flavour of centralism in its internal geopolitical organisation, which embodied a heavy traditional approach on core concepts such as sovereignty, models of central-local government relationship structure, formal refusal of federalism,[11] and scepticism on multi-layered constitutionalism[12] and multi-constitutionalism systems.[13]

And, in spite of all of the above, China is the birthplace of the 'one country, two systems' principle. In fact, 'The People's Republic of China (PRC) has always insisted that it is a unitary state and cannot accept a federal structure. The concept of a special administrative region (SAR) within the PRC with a high degree of autonomy, and the related concept of 'one country, two systems', represent a substantial modification of the original model of a highly centralised unitary state'.[14]

10 A period in Macau's history by the end of the 18th century branded by some with this expression, A Peyrefitte, 'O Império imóvel ou o choque dos mundos', *Gradiva*, Lisboa, 1995, p 65.

11 Note, however, 'Despite official discourses asserting that China is a unitary rather than a federal state, the true interplay of power and politics between the central and sub-national governments echoes practices of federalism. Although specific proposals about federalist governance were initially associated with the allegedly counter-revolutionary Yan Jiaqi, broader scholarly discourses have increasingly accepted the application of federalist principles to China', PB Potter, 'Governance of China's Periphery: Balancing Local Autonomy and National Unity' 2005) Spring/Fall *Columbia Journal of Asian Law* 295.

12 As, for example, in traditional federal states such as the USA or Germany but also in other 'models' such as perhaps in Spain; see among others, JA Gardner, 'In Search of Subnational Constitutionalism', paper prepared for the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, Greece, June 2007, Workshop 11 – Subnational Constitutions in Federal Constitutional States, available at www.enelsyn.gr.
Multilayered constitutionalism can also be referred to norms with international origin and can and should also be a tool of analysis of the Special Administrative Regions of the PRC – Macau and Hong Kong.

13 As remarked by Shi Shifeng, 'For China, still one of key obstacles for reforming the current central-local-government structure is that the Chinese government is holding a very sensitive and inflexible manner on sovereignty which has become the preferred synonym for national independence. For example, it is inclined to think the federal system corresponds to an incomplete sovereignty. Although multi-constitutionalism does not necessarily mean federal system and it also can work in unitary system, I still think it would be better for China to change the inflexible manner on sovereignty to some extent', Shi Shifeng, 'Towards Multiple-Constitutionalism: A New Paradigm for Constitutional Reform in China?', paper prepared for the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, Greece, June 2007, Workshop 11 – Subnational Constitutions in Federal Constitutional States, available at www.enelsyn.gr.

14 A Chen, 'The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: the Case of Hong Kong', in P Cardinal and J Oliveira

Macau is a Special Administrative Region of PRC since 20 December 1999, which ended several centuries of official Portuguese dominance. Macau enjoys a high degree of autonomy as eloquently announced both in the international arena *ex vi* the Joint Declaration on the Question of Macau and domestically in the Basic Law of Macau. It possesses, along with Hong Kong, a singular status in both the comparative constitutional law approach and in the dominions of international law, which poses new and demanding challenges in both perspectives, both academically and politically.

The Macau (and Hong Kong) solution is not only entirely different from domestic autonomy arrangements in mainland China,[15] but it also constitutes an *ex novo* territorial entity in the fields of comparative law.[16]

4. A local constitution

The Macau Basic Law that operates as the SAR Constitution, irrespective of what its doctrinarian labels are,[17] to say the least, is a material one beyond doubt. The Basic Law is

(eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, 2009, Springer-Verlag, Berlin, pp 755 and ff. Some authors already started to analyse China in view of federalism, be it, formal or informal, juridical or solely economical, for example, MC Davis, 'The Case for Chinese Federalism' (1999), 10 *Journal of Democracy* 128, addresses the question of federalism in China and of confederacy and proposes a concept of economic federalism already in force but unaccompanied by a formal constitutional one. Some authors conclude that China now has a combined system of federalism and unitary state due to the arrival and implementation of the SARs concept to the Chinese constitutional system. On this, see, among others, I. W. Cheong, *One China, Two Systems and the Macao SAR*. See also P Cardinal, 'The Judicial Guarantees of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours Under the Focus of Continuity and of Autonomy', in P Cardinal and J Oliveira (eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders — Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China ,* 2009, Springer-Verlag, Berlin, in which the possibility of being confronted by an 'anonymous new federalism' is mentioned., pp 244 and ff.

15 On this domestic constitutional autonomy arrangements see, for example, L Feng, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell, Asia, 2000, p 145; Y Fengchun, *Chinese Government*, Beijing, China, Foreign Languages Press, 2004, p 243; Potter, *supra* note 10. For a concise comparison and differentiation between the domestic autonomies and the SARs, see P Cardinal, 'Macau: The Internationalization of an Historical Autonomy', 122, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, pp 637–689, especially at p 665 and, in which it is suggested, namely, that the difference between the autonomous power enjoyed by the SARs and the autonomous areas in mainland China is not only one of degree, but of their nature and foundation.

16 Cardinal, *supra* note 13, discovering in the SARs regime elements of federalism, statehood, territorial regionalism, along with less than regionalism elements, as well as unique and uncategorised characteristics.

17 Or, as already synthesised, 'It may be called "mini-constitution", "cripto-constitutional act", or "para-constitutional", or, lets even say, frontally, that it "has the nature of a constitutional law" … what cannot be ignored is the formal hierarchical superiority of the Basic Law relatively to the other normative acts, which result explicit from the precept of its article 11th, 2', CA Pires, 'The organization of justice in the legal system of Macau – statics and dynamics of the Macau SAR courts' in MA Espadinha (ed), *Law and social sciences – Proceedings of the first seminar*, University of Macau, Macau, 2009, p 117.

the SAR *lato sensu* constitution, namely due to its formal positioning inside Macau's domestic legal order, eg, its Article 11(2), which proclaims the need for all normative acts to be in conformity with the Basic Law, including its material contents and functions and role, inside this highly special and innovative subnational space.

One must ask that, as China is not a formal federal state, does it make any sense at all to refer to a principle of having a Constitution for the Macau region. One should not refer to a constitutional autonomy in its full sense, namely, the power to produce its own constitutional text.[18] It should be enough to apply the Chinese Constitution in its entirety and on a lower level ordinary legislation, be it a centralised or a local one. This choice however was put aside as we all well know.[19]

China's attitude towards the questions of Macau and Hong Kong *legated by the past* was extremely pragmatic (and innovative) and thus imposed a similarly impregnated analysis. It was said that:

> Constitutional autonomy is also the possibility of an autonomous territorial being – state, region – granting itself a "constitution" ("statute", "basic law") in order to stabilise its own organisation and define its identity. In the case of Macau, there was no real constitutional autonomy in this sense (and, wherever it exists, it is always limited), but the Joint Declaration and the Basic Law aim at finding the essential dimensions of organisational stability and the political, historical, economic and social identity of the territory.[20]

On the other hand, the Joint Declaration states that the above stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau SAR. Along with this, one must highlight that the constituent power of the

18 One does not forget the inexistence of some classical features of federalism, such as the *Kompetenz-Kompetenz.* Jorge Bacelar Gouveia warns that, in spite of the extraordinary scope of autonomy and the existence of powers that even federated states do not have, the Macau SAR cannot be deemed as something similar to a state in a federation since it lacks an essential power – that is the power to enact its own constitution, JB Gouveia, 'A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de direito constitucional' (2002), 13, *Boletim da Faculdade de Direito,* 197.

19 In truth, the Chinese Constitution is only partially applicable to the Macau legal system – even having some areas that are unequivocally put away, by way of the normative narrative of Article 11(1) of the Basic Law – such as its Article 31.

20 G Canotilho, 'The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance', in P Cardinal and J Oliveira (eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders –Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, 2009, Springer-Verlag, Berlin, pp 748 and 749.

sovereign was not unlimited and unrestricted but, on the contrary, owes allegiance to the international treaty it signed with a counterpart sovereign state. In this sense, the so-called constituent power of the Chinese body competent to enact the SAR Basic Law has limitations and is not absolute.[21]

With the abovementioned points clarified, it must be said that the Basic Law constitutes the formal domestic legal instrument that details the constitutional organisation of the SAR, including its political system, its autonomy, as well as the non-organisational constitutional frameworks such as in the fields of fundamental rights, economy, and social issues. This legal document has the appearance and the structure of a formal constitution and has been labelled in many ways as such. In any event, it is a material constitution even if not a formal one. In fact, if one looks at the domestic legal order of the Macau SAR, the Basic Law is the highest source of the domestic legal system.

Hence, and in short, the constitutional order of the Macau SAR is multi composite. It includes the Basic Law (as its main material core and its 'immediate constitution'), the Joint Declaration, and extracts of the PRC Constitution, and the three coexist in a complex and non-coequal mutual relationship.[22]

Having a constitution, a principle of constitutionality must flow from it, as it does happen with the Basic Law. In truth, the most aprioristic and immediate role of the constitutionality principle is clearly indicated in Article 11(2) of the Basic Law, in a fashion rooted in Romano-Germanic legal systems: 'No law, decree, administrative regulations and normative acts of the Macau Special Administrative Region shall contravene this Law'[23].

21 This is one of the several imaginative operative schemes envisaged in the SARs being functionalised, as it is believed, to contribute to the success of the formula even if it means a contained rupture of the domestic absolute domain of the Chinese Constitution.

22 For further elaboration on this point see *Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region*, La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo/Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (Coord), Universidad Nacional Autónoma De México, Instituto Mexicano De Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008 especially p 203 and forward, and, *Fragmentos em torno da constituição processual penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana*, in Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direito processual penal – estado presente e perspectivas de evolução, Leonel Alves/Paulo Cardinal (Coords), Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p 73 and forward.

23 'The Basic Law has constitutional status and dominates all other Hong Kong laws … The Basic Law dominates all local statutes of the territory, and enjoys constitutional status, namely, as a charter which cannot be defied and one that guarantees social stability and steady economic development. In light of this, all governmental institutions, organizations and individuals must strictly adhere to the Basic Law', R Geping, 'Two Views of Hong Kong's Basic Law:

Article 8 reinforces the principle *vis-à-vis* the previous normative acts: 'The laws, decrees, administrative regulations and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained, except for any that contravenes this Law'. Within Macau's own domestic legal system, a hierarchy is established and the apex role of its constitution is safeguarded namely with the mechanism envisaged in Article 17(3).[24] This makes the Basic Law operate as the norm parameter and the domestic constitutional platform.[25] This plane, along with other dimensions of the principle, is established in the Basic Law in many other articles.[26]

All of the above, considered, means that the SAR is not above the Basic Law or outside of it; it is instead subjugated to it, just as in the manner of any modern constitutional state. This submission embodies in itself the idea of constitution proper.[27]

5. Legal system and legal families

On another note, one should very briefly mention that the Macau legal system is

From Beijing, "One Country" Must Dominate the Two Systems…', *Hong Kong Journal*, available at www.hkjournal.org.

24 Note, however, that such a constitutionality mechanism of control does not extend to administrative regulations enacted by the government. See also, Article 145, 'Upon the establishment of the Macau Special Administrative Region, the laws previously in force in Macau shall be adopted as laws of the Region except for those which the Standing Committee of the National People's Congress declares to be in contravention of this Law. If any laws are later discovered to be in contravention of this Law, they shall be amended or cease to have force in accordance with the provisions of this Law and legal procedure.'.

25 On the Basic Law as internal *grundnorm*, W Xingping, 'O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau', (2002), 13 *Boletim da Faculdade de Direito,* 75–77; Considering the Basic Law as a parametric norm in the Macau legal system does not invalidate the position of the Joint Declaration as the highest source of law in Macau. On this, see, for example, A Isaac, *Substantive constitutional restrictions*..., passim; In effect, the Joint Declaration is a superior class of *grundnorm* – inclusive *vis-à-vis* the Basic Law – and an externalised one. An amendment of the Basic Law cannot eliminate a specific fundamental right that is guaranteed in the Joint Declaration.

26 The dimension of the exercise of powers in accordance with the supreme law of Macau is also explicitly consecrated in the Basic Law. For example, in Article 16, Macau shall be vested with executive power and this shall, on its own, conduct the administrative affairs of the Region in accordance with the relevant provisions of the Basic Law. The Chief Executive of Macau shall be responsible for the implementation of the Basic Law: Article 50(2). The Government of Macau must abide by the law and naturally including the Basic Law: Article 65. The Legislative Assembly has the power to enact, amend, suspend, or repeal laws in accordance with the provisions of Article 71(1) of the Basic Law, and emblematically, under Article 101, the Chief Executive, principal officials, members of the Executive Council and of the Legislative Council, judges and procurators in the Macau Special Administrative Region must uphold the Basic Law.

27 G Canotilho and V Moreira, 'Constituição da República Portuguesa Anotada', (2007), 1 *Coimbra Editora,* 216. As Lino Ribeiro points out, the principle of *Rechtsstaat* (Estado de Direito), or as it is said, of a *Rechtsregion,* in a similar sense of a *Rechtsstaat,* is present in the Basic Law, albeit maybe not in an immediate way, namely in an indirect way via the separation of powers, the administrative legality, and the guarantee of the judiciary remedies, etc, L Ribeiro, 'A Lei Básica e os princípios jurídicos conformadores da acção administrativa', 14 *Boletim da Faculdade de Direito* (2002), at 57.

deeply rooted in the Portuguese legal system.[28] Portugal is, as known, firmly situated in the civil law legal family (or continental or Roman-Germanic) and hence shares its most outstanding characteristics, such as written law being by far the most important source of law, written constitutional texts, broad codification, relatively low importance of judicial decisions – if compared to common law legal systems – and the doctrine of academics exerting more influence than case law. This circumstance naturally places Macau in the civil law legal family – at least from a strict formal stance – with closer ties with the Mainland legal system than Hong Kong's legal system.

It seems true to say that the level of 'purity' in being a member of the civil law family is slightly less now than before due to some intersections with the Chinese legal system[29] – as is the case with Hong Kong. However, the number of formal intersections is relatively low[30] and are notably under a numerus clausus system; that is, those intersections are constitutionally limited due to a system of expressly built bridges and thus expressly identifies the access of Chinese law into the Macau legal system and the strict rules of legitimisation of its application, such as ambit, procedures, occurrence of given exceptional circumstances, participation of subnational bodies etc. In other words, it seems to be safe to say that there is no legal way of residually widening the windows of (one way) communication settled in the Basic Law. In fact, one may even attempt to formulate the principle of (with limited and non-expandable exceptions) separation of legal systems and of immunity[31] of the Macau legal system vis-à-vis the Mainland one. One should point out that the idea of an 'enclaved' different legal system thriving within and along a 'sovereign major' legal system pertaining to a diverse legal family, and maintaining its own identity vis-à-vis the centre

28 See, for example, J Godinho, *Macau SAR Business Law and Legal System*, LexisNexis, China, 2007, p 8. P Cardinal, 'Determinantes e linhas de força das reformas legislativas em Macau', (1998), 40 *Administração,* p 392.

29 Y Ghai, 'The intersection of Chinese Law and the common law in the Hong Kong Special Administrative Region: Question of technique or politics?', (2007), 37, *Hong Kong Law Journal,* 363.

30 See also, specifically with the Macau case in mind, L Gaolong, 'Leis nacionais a aplicar na Região Administrativa Especial de Macau', in Repertório de Direito de Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, pp 49–50, that shows, for example, the very limited depth of the application of national legislation. Carlos Blanco de Morais mentions a lesser penetration capacity of the sovereign legislation and a wider amplitude of the local legislation, C Blanco de Morais, 'A organização do poder politico-legislativo no Território de Macau – durante e após a transição para a soberania chinesa', in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (2002), *Coimbra Editora,* 147.

31 M Olivetti, 'The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models', in P Cardinal and J Oliveira (eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, 2009, Springer-Verlag, Berlin , pp 793 and ff..

legal system, is not something new and unique;[32] it incorporates a magnum dimension of a strong subnational autonomy in non-federal systems.

One must highlight that the abovementioned principle of immunity is in fact contrary, to a certain extent, to what is common throughout the world of territorial autonomies and federations. In truth, the legal order of the centre applies, or so tends to, unlimitedly and unrestricted to the subnational entities, at least in subject matters reserved to the centre, as well as in other areas, for example, in areas such as central taxes, central system of justice, monetary matters, and several others. This tendency forms a strong component of the subnational legal system formation process. Although varying immensely in shape and scope, one fact seems certain – there is competitiveness between national and subnational units in forming the latter's legal system. Two domains of competence coexist and both contribute to a single legal system.

However, with the SARs example, such schemes are not found except for some limited typified situations as seen. The Basic Law provides for the system to be used in Macau, including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, and the executive, legislative and judicial systems. In this sense, there is an extremely low grade of central intervention in the subnational legal systems of Macau and Hong Kong and hence forms a 'non dual' domains system of sources of law as a rule. As Marco Olivetti states, 'It is a strict consequence of the principle "one country, two systems" that the Chinese legal order does not find application in the territory of the two SARs.'[33]

Hence, it is also safe to assume that Macau did not move into the realm of the so-

32 Besides the case of Hong Kong, naturally '[t]he notion that the two might one day mesh seems utterly implausible', argues Peter Wesley-Smith. On the Chinese and Hong Kong legal systems concluding a limited meshing of the systems as envisaged in the Basic Law, namely, by way of interpretation and limited application of Chinese laws, P Wesley-Smith, *Law in Hong Kong and China: The meshing of systems*, ANNALS; AAPSS, 547, September 1996, p 107. One can call on the example of Scotland: 'More significant, however, from the point of view of the distinctiveness of the legal system as a whole, are the civilian origins of the Scottish system. This has marked out the content of Scots law from that of the Anglo-American "common law" regimes of England and Wales and Northern Ireland', C Himsworth, 'Devolution and its Jurisdictional Asymmetries', (2007), 70, *Modern Law Review,* 36. The author warns, however, that the distinctiveness of the system should not be overstated and should better be described as a 'mixed' system.

33 'The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models', *cit*. Or, in other words, 'The Macau legal system is normatively self-closed and self-referential due to the immanence of those Basic Policies', A Isaac, 'Autonomy and the Basic Law: Grundnorm, System and Autopoiesis', paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, 2007.

called mixed legal systems[34] and instead remains as a full member of the civil law club.[35]

A different factor that needs to be addressed is a certain trend of using[36] Chinese doctrine and concepts by Macau courts, even in cases where the subject clearly at stake is well inside the boundaries of Macau's autonomy, to justify its judicial decisions, and this trend is not merely a comparative law contextualisation exercise. This trend, if augmented and broadened, may well bring a new plane of intersection (indirectly, due to the relatively low importance of case law in a civil law legal system) between Macau law and Chinese law and, eventually, contribute to a dilution of Macau's own legal system identity and, at the end of the day, its own autonomy. A very different question is, obviously, the issue of making available judicial decisions in both the official languages of Macau – Chinese and Portuguese. In the opinion of the author, any party to a court proceeding should be entitled to have access to the court decision in any of the official languages[37] irrespective of the language used to write that decision.

When adjudicating cases where the subjects are clear beneficiaries of the 'immunity' to Chinese law, such as fundamental rights and business law to name a few, it is not in line with the continuity principle and the Macau autonomy to elect Chinese law (and Chinese doctrine) as its main reference;[38] instead, the main reference should be its European roots,[39] especially

34 Such as, for example, with the cases of Scotland, the Philippines, and South Africa. On this mixed legal systems, its concept, intersections and classifications, see, for example, J du Plessis, 'Comparative law and the study of mixed legal systems', in M Reimann and R Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of comparative law*, Oxford University Press, 2006, p 478.

35 See on this, for example, Godinho, *supra* note 29, at p 8; and PN Correia, 'O sistema jurídico de Macau: uma perspectiva de direito comparado', in Repertório de Direito de Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007 p 29. One can even say that, in the geographical context, the Macau legal system was (is) *the most faithful representative of its legal family*, Cardinal, *supra* note 29, at p 392. In a study conducted by the University of Ottawa on world legal systems, Macau is identified as a jurisdiction member of the Civil Law family, whereas, curiously, both Hong Kong and China are shown as mixed legal systems, available at www.droitcivil.uottawa.ca. Perhaps the classification of Hong Kong as a mixed legal system can be attributed to the broad concept of a mixed legal system used on the one hand and, on the other hand, by the fact that the common law, on a formal approach, is much more different from the Mainland legal system than Macau and thus possibly implying a wider intersection in the Hong Kong case.

36 And abusing?

37 Z Lin, 'A situação da língua chinesa nas sentenças judiciais de Macau – duma perspectiva dos direitos fundamentais', (2007) 75, *Administração,* 176–177, pointing to this claiming possibility as a fundamental right.

38 Note that by Chinese law and scholars, it is meant that the object being Mainland Chinese legislation and doctrine and not, obviously, doctrine written in Chinese where the object is Macau law.

39 A main point of reference that should also be spread to the local legal education, or, as said, a 'legal education with Macau characteristics' as a competitive advantage, stressing, namely, its European roots and connections, TI Cheng, 'Legal education with Macau characteristics', in MA Espadinha (ed), *Law and social sciences – Proceedings of the first seminar*, University of Macau, Macau, 2009, pp 159 and forward, especially at p 162.

Portuguese law.[40] This may look as being 'politically incorrect'; it may seem strange; it may even have the potential to resemble some sort of neocolonialism (which is not the case), but that is what the status of Macau, under the 'one country, two systems' paramount principle, dictates until 2049.

6. Jus-lusophony

At this point, it might be worthwhile to mention a possible subfamily[41] within the civil law legal family – a *jus-lusophony* subfamily.[42] A subsystem that is bounded by language, institutionalised in an international organisation – the CPLP – but also by a strong common asset in history and law. It is an *acquis* that originated from Portugal and then imposed at the first stage and later assumed by the Portuguese speaking countries and jurisdictions. If the answer is in the affirmative, Macau can also claim to be a full member. Naturally, the concrete density of commonness varies from, for example, Brazil to (probably the less common) Cape Verde, which is surely one of the legal systems sharing a larger commonality with the 'reference point'. Probably, the intensity level of this commonality will also vary from one branch of law to another. Moreover, within a branch of law, it may be possible to find nuances. For instance, in the field of fundamental rights text, pretext, and possibly also in the context, there is a popular sharing among several lusophony jurisdictions[43] due, namely, to the irradiating force of the Portuguese constitutional system of fundamental rights.

This aspect is of great importance on several notes.[44] For example, there is a com-

40 A quick overview of Hong Kong judicial decisions points towards the use of common law jurisdictions and not Mainland Chinese law (including in adjudicating cases involving Basic Law norms). See, for example, A Mason, 'The place of comparative law in developing the jurisprudence on the rule of law and human rights in Hong Kong', (2007), 37 *Hong Kong Law Journal,* 259; J Chan, 'Basic Law and constitutional review: The first decade', (2007) 37 *Hong Kong Law Journal,* 410.

41 Or, one may even attempt the use of the new approach and concept of 'family trees' (implying many more groups than the legal families approach) anchored, namely, in the predominance of the ingredient sources from which they are formed, E Orucu, 'Family trees for legal systems: Towards a contemporary approach', in M van Hoecke (ed), *Epistimology and methodology of comparative law*, Hart Publishing, Oxford Publisher, 2004, pp 362–363.

42 On this hypothesis, P Cardinal, 'La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde', in El Derecho de Amparo en el Mundo Hector Fix-Zamudio / Ferrer-Macgregor, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006, pp 897–898. For a pessimistic view, mostly referring to the field of constitutional law, C Blanco de Morais, 'Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona', in Ab Uno ad Omnes (1998), Coimbra Editora, 55.

43 Carlos Blanco de Morais highlights important communally characteristics in the fundamental rights topic, *ibid*, p 69.

44 Lin, *supra* note 46, at p 159, states, for example, that the use of Portuguese as a technical-juridical language is one

mon academic doctrine even though the specific written law has some variances. For a place such as Macau, which has a small legal community, this aspect is of high relevance.[45] With probably less importance, but is still relevant, one can also have access to 'certain judicial decisions of the common law'. Given the shortage of qualified jurists to fulfil the needs of the magistratures, why should Macau not, as in Hong Kong[46] (although Hong Kong is more accommodating due to its common law tradition), recruit judges and public prosecutors from Cape Verde or Brazil, apart from Portugal.

In short, Macau is not an isolated legal system surrounded and overwhelmed by 'strange' legal systems that bear the risk of losing its own legal system identity.[47] Macau's autonomous road also passes by this asset and its core maintenance.

B. TRANSFER, TRANSITION, AND CONTINUITY

1. Transfer

Macau was a territory under Portuguese Administration and it is now an SAR of China. Issues of sovereignty were finally, after several centuries, settled by the Joint Decla-

of the characteristics of Macau, revealing the origins of the system previously in force and maintaining the unity of the judiciary language and thus assuring, both from the doctrine stance and the jurisprudence stance, the intrinsic relationship with the original system.

45 For example, the case of Cape Verde illustrates the advantages of, even after independence and reform of the legal system, by maintaining a point of reference. 'All these projects follow openly in many (albeit not all) respects legal developments in Portugal. Rather than deviating from Portuguese law, they tend to re-create the similarity or even identify the rules of the two legal systems', M Bogdan, 'The Law of the Republic of Cape Verde after 25 years of independence', (2000), 44 *Journal of African Law,* 94. All this is done by, of course, exercising full sovereign powers and without prejudice or sense of a lesser capacity. No drama, political or other one, is needed to cloud normal juridical communications and interfaces of legal systems. The circulation of models based on judicial decisions is common in common law, and whereas in civil law, namely the lusophone branch, by its nature, the circulation and transplant of models based on written law and a common pool of doctrine is more common. See, on the importance of Macau being in the orbit of CPLP (among other factors), ME Trigo, 'Por um lugar para Macau', (1998), 40 *Administração,* 432.

46 For example, at the Court of Final Appeal, there are non-permanent judges from, for example, Australia, United Kingdom, New Zealand, Brunei, and South Africa. The same trend is present in other Hong Kong courts.

47 On various hypothetical scenarios, including the loss of its legal system identity, JAO Rocha, 'A viabilidade do sistema jurídico de Macau', (1991), 13 *Administração,* 541, especially at 553, where three possibilities are dealt with: absorption by the Chinese Law, desegregation and replacement by the common law, particularly in areas in the orbit of business law, and the survival of the Macau legal system as it is.

ration.[48]

At this point, one should make a brief detour and first affirm that there must be no doubt – as it sometimes seems to happen in Mainland juridical literature – that in spite of the branding of the Joint Declaration, it is a formal international treaty with all the corollaries connatural to that status.[49] As eloquently put:

> The Joint Declaration is, to all appearances, an international treaty … Subject to ratification, it was registered jointly by the parties with the United Nations. It is true that it is termed a Joint Declaration and much of it is in declaratory mode. But the name given to a treaty is a matter of indifference … There is no difficulty from the point of view of international law in seeing the Joint Declaration as a treaty. Moreover the declaratory mode does not mean that the Joint Declaration is a mere declaration or recital without legal force. Much that is in the Joint Declaration is actually being constituted, or at least being agreed to be constituted.[50]

This international instrument did not limit itself in solving the issues of sovereignty in the sense of establishing China as the holder of sovereignty and stating that Portugal had to give up to China all its block of powers, including those of a sovereignty nature. This apex goal was achieved by the Joint Declaration, which resulted in the transfer of sovereignty issue:

> The Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Portugal declare that the Macau area (including the Macau Peninsula, Taipa Island and Coloane Island, hereinafter referred to as Macau)

48 Arnaldo Gonçalves says that China might have recovered Macau (and Hong Kong) either by the use of force or via negotiations. The latter was chosen (and reflected in the Joint Declaration) for pragmatic reasons, such as China appearing as a responsible country *vis-à-vis* the international community to confirm that the revolutionary phase of its foreign policy in Mao Zedong times was over and as a strategy to attract foreign investment, A Gonçalves, 'Macau Basic Law and the future of the SAR', paper delivered at the University of Macau, October 2007.

49 Frances Luke stresses this characteristic of the Joint Declaration, F Luke, 'The imminent threat of China's intervention in Macau autonomy: Using Hong Kong's past to secure Macau's future', (2000), 15 *American University International Law Review,* 3.

50 J Crawford, 'Rights in One Country: Hong Kong and China', *Hochelaga Lectures*, HKU, 2005, pp 3–4. Along the same lines, see, for example, RM Ramos, 'A Declaração Conjunta Luso-Chinesa na Perspectiva do Direito Internacional', (1998) 74, *Boletim da Faculdade de Direito* (1998); CZ Zhong, 'The Joint Declaration and the International Law', (2000), 11 *Boletim da Faculdade de Direito de Macau* 89; H Hannum, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev edition, UPP, Philadelphia, 1996, p 136.

> is Chinese territory, and that the Government of the People's Republic of China will resume the exercise of sovereignty over Macau with effect from 20 December 1999.[51]

To be more precise, the transfer of sovereignty embodied a process of resumption of (lost) sovereignty, at least in its exercise.

2. Transition

But the resumption of sovereignty was not the only matter taken care of, as many other issues were also objects of attention by both parties as earlier hinted. In fact, the international treaty branded the Joint Declaration did much more. It settled a package of duties and guarantees envisaged to both Macau as dominated by Portugal and as a territory inserted in China.[52] It established a transition process from its birth to 2049, encompassing different sub-periods of transition. It should be clarified that by transition process, it does not mean, nor should it be equivalent to, the resumption of full sovereignty by the PRC as emanated in the transfer act proper.

The international treaty specifies that the SAR will enjoy a high degree of autonomy and will incorporate the basic policies stated in the Joint Declaration into a Basic Law. The Joint Declaration describes the process leading to the conclusion of the treaty in its preamble and namely states that the two countries have agreed to a properly negotiated settlement by the two governments on the question of Macau, which was left over from the past. Thus, Macau was a question left over from the past, both for Portugal and for China; it was an anomaly.[53] The Joint Declaration was thus concluded with the apex purpose of allowing China to resume the exercise of sovereignty over Macau in a peaceful and *pacta sunt servanda* way. It sets out the fundamentals of the process of the transfer of sovereignty (with

51 Joint Declaration, Art 1.

52 The obligations created by the Joint Declaration vary according to whether they deal with Portugal or China. First and foremost is the obligation to transfer the exercise of sovereignty over Macau from Portugal to China. Other obligations arise as a result of this. These are provided for in the various sections of Art 2, in which the PRC government declares that China will pursue the following basic policies regarding Macau. There follows a list of 11 important policies that define the future Macau SAR. The list closes with a 12th, which, while reiterating the text of Art 2 of the Joint Declaration, stresses that '[t]he above-mentioned basic policies … will be stipulated in a Basic Law … and they will remain unchanged for fifty years'.

53 From the perspective of China, Macau had never ceased being part of China, but had been occupied by Portugal – Basic Law, Preamble. That was not, however, as known, a perspective shared by all parties at stake.

implications for the legal system, public administration, exercise of sovereignty powers, political structure, judiciary, and fundamental rights, among others), as well as a transition framework that works, attached to the act of transfer of sovereignty itself.[54]

The entry into force of the Joint Declaration initiated a transition period that served the process of the transfer. The first sub-period reached its end on 19 December 1999. Then, a second phase of the transition started, which will last for 50 years until 2049. During this latter period, the PRC has undertaken to uphold a set of binding principles, policies, and provisions that are included in the Joint Declaration and that impose limitations on China's sovereignty over Macau. This self-limitation on sovereignty is articulated in the 'one country, two systems' strategy. Without question, the Joint Declaration constitutes a temporary limitation on the exercise of sovereignty over the enclave. It is, however, a limitation freely created and desired by the two sovereign states in the normal exercise of their international legal powers; in other words, 'Under the Joint Declarations (JDs), the PRC was reduced in its sovereign competences, these purporting only to external sovereignty: defense and foreign affairs.'[55] Alternatively, one may say as regards to this 'external sovereignty', generally speaking, defence and foreign affairs (with exceptions), as well as some specific 'isolated' competences expressly allocated to China in the Basic Law, such as the appointment of the chief executive and certain other officials, the interpretation of the Basic Law, the application of national laws (tough under certain conditions), and the invalidation of local laws.[56]

In summary, the Joint Declaration envisages a transition period stretching from its implementation to the last day of the 50 years following China's resumption of sovereignty over Macau. One may well ask: a transition to what? The transition from Portuguese to Chinese exercise of sovereignty powers was accomplished in December 1999. But for a period of 50 years following the transfer, the Joint Declaration will remain in force, establishing a

54 'It means that China recovers its sovereignty over the former colonies without changing their existing social and political systems, which are completely different from those practised throughout China's mainland', Y Fengchun, *Chinese Government*, Foreign Languages Press, Beijing 2004, pp 247–248.

55 A Isaac, 'The constitutional framework for legal co-operation between the 'Two Systems' of the 'One Country': the case of Macau', Conference on Mutual Legal Assistance under 'One Country, Two Systems', Faculty of Law, The University of Hong Kong, 1999, p 2.

56 W Zhenmin, 'Um País, dois sistemas» e a Lei Básica de Macau', Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, Macau, 2008, pp 46–47.

number of obligations on China.[57] Its norms, characterised as 'policies' embodying China's post-1999 obligations, may genuinely constitute material limits on the legislative power responsible for drafting, as well as amending the Macau Basic Law. The continuing validity and efficacy of the Joint Declaration is in fact assumed by the Basic Law itself.[58] In a sense, the Basic Law 'does no more' than detail the policies stated in the Joint Declaration,[59] as foreseen in Article 12: 'The above stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this Joint Declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China by the National People's Congress of the People's Republic of China, and they will remain unchanged for 50 years.' In short, the Joint Declaration works as a *grundnorm* for the Basic Law and consequently for the Macau autonomic constitutional, legal, political, social and economic system until 2049.

All the obligations created by the international treaty emanate guarantees that are proclaimed in the Joint Declaration and, in accordance with the *pacta sunt servanda* principle, none of those guarantees may be violated within the timeline prescribed by the international treaty. Of course, the Joint Declaration contains no mechanism for its enforcement,[60] but respect for that *jus cogens* principle is a strong element and the international community in general and Portugal in particular should have a say in case of a

57 After the 50 years, China will then be free of any obligations stated in the Joint Declaration and could, theoretically, for example, abolish the SAR, change its nature, eradicate the high degree of autonomy, transform it into a municipality, revoke the Basic Law, eliminate the use of Portuguese language, restrict fundamental rights, demolish the current social-economic system, get rid of independent judicial power, including that of final adjudication, abolish the free port and separate customs status, alienate Macau, or grant independence, etc. Jorge Godinho states, 'Macau is now in a period of Chinese Administration under the conditions agreed between Portugal and China (1999-2049), and from 2049 it will commence a period of unrestricted Chinese Administration', J Godinho, *Macau SAR Business Law and Legal System*, LexisNexis, China, 2007, p 2.

58 Preamble and in Art 144 by stating that the basic policies of the People's Republic of China regarding Macau have been elaborated by the Chinese government in the Sino-Portuguese Joint Declaration and that no amendment to the Basic Law shall contravene the established basic policies of the PRC regarding Macau.

59 Chen Zhi Zhong, in 'The Joint Declaration and the International Law' *cit.*, writes that the Basic Law codifies the 12 points in the Joint Declaration Art 2, at p 92. In the decision of process 96/2002 by the TSI (Court of Second Instance), a reference is brought to the densification of the Joint Declaration made by the Basic Law.

60 M. Olivier, *Hong Kong: An exercise in autonomy?* at p 88, states, for the similar Hong Kong situation, ''[t]he true sovereign and the final authority will be the PRC itself. It remains accountable to the United Kingdom, however, to the extent that it may be found to be in breach of the … provisions of the Joint Declaration''. He notes, however, that a ''major problem, however, is the fact that no provision is made for the independent settlement or adjudication of disputes arising from the terms of the Joint Declaration, a problem which is complicated by the PRC''s reluctance to accept the jurisdiction of the International Court of Justice'', at p 62. One could add the fact that, contrary to general practice, the international treaty was not written in a third neutral official language. But none of these can impair the validity of the Joint Declaration up to 2049. As Chen Zhi Zhong writes, the obligations stipulated in the Joint Declaration cannot be changed by either party unilaterally even by reason of its own national laws, 'The Joint Declaration and the International Law' *cit.*, at p 91.

breach.

3. Continuity

A paramount principle in the Joint Declaration (and Basic Law) in general, as well as in the fundamental rights topic, is the principle of continuity:[61] 'The current social and economic systems in Macau will remain unchanged, and so will the life style. The laws currently in force in Macau will remain basically unchanged'.[62] As one author puts it, it was envisaged that there would be a 'high degree of continuity'.[63] One can appeal here to a certain idea of 'constitutional acquires'[64] that moulded in a stable (with a permanent tendency) manner the constitutional layer of the legal system and that has been given formal and expressed international and domestic anchors.

The maintenance of the lifestyle was once considered as being the most precious of the values that the PRC solemnly promised to respect in the future half century, both in the Joint Declaration and in the Basic Law.[65] As for the continuity dimensions, one has continuity of the social system and of the economic system and also continuity of the normative acts basically unchanged, also referred to as the principle of the inalterability of the essential. One of the main pillars of the transition is clearly proclaimed in this normative discourse – the principle of continuity[66] – and thus reinforcing the idea of it being based on

61 On this nuclear principle, among others, J. C. Oliveira, 'A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial', (1993) 19/20, Revista Administração; P Cardinal, 'O Regime Jurídico da Advocacia no Contexto da Lei Básica', AAM, Macau, 1992, pp 71–77; A Isaac, 'Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts', paper delivered to the 4th Comparative Constitutional Law Standing Committee Conference, Bangkok, May 1999, p 46. For the Hong Kong case, Y. Ghai, 'The continuity of laws and legal rights and obligations in the SAR', (1997) 27 Hong Kong Law Journal (1997), where the author clearly states that ''[t]hese issues need careful consideration when there is a change of sovereignty to ensure certainty and clarity in the new legal regime and that the vested rights are maintained… These considerations are particularly important in Hong Kong where the basic intention as reflected in the Sino-British Joint Declaration and the Basic Law is to maintain stability and prosperity by continuing most aspects of previous systems, particularly of the laws'', at 136–-137.

62 Joint Declaration, Art 2(4) and see also I and III of Annex I with some differences in the language of the late norms.

63 Crawford, *supra* note 60, at p 29.

64 See, on this idea/concept, A de Oliveira Martins, 'Para uma teoria dos adquiridos constitucionais', in Estudos em homenagem ao Prof Doutor Rogério Soares (2002), Coimbra Editora, 1049.

65 A Varela, 'O domínio público e o domínio privado sobre as terras e as águas do território de Macau', Revista Jurídica de Macau, special issue A questão das terras em Macau – Doutrina, 1997, at p 460.

66 R Pagés, 'Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente', CEPC, 1998, elaborates on the continuity as a principle, as well as on constitution versus continuity and, among several other important reflections that may apply to the Macau case, says that continuity does not suffer a bigger fracture with a new Constitution compared to the

the previous special identity of Macau. Besides, as another author suggests, if Macau fails to keep and develop its own legal system, the One Country, Two Systems principle would be lacking its sense and purpose.[67]

At this point it is worth mentioning telegraphically some of the following ideas brought forward by Sun Wanzhong: the creation of new legislation imposes that it should be prudently taken into consideration the relationship between the Basic Law and the laws previously in force, but also the maintenance of the European continental legal system characteristic as a way of underlining the typical style of Macau, and it should be mentioned that one of the messages contained in the 'one country, two systems' principle is the admissibility of a regime left by a foreign state on the condition that it is not in violation of the Basic Law.[68]

The principle of continuity does not affirm itself as absolute, meaning that the principle of continuity does not have to be construed as meaning intangibility.[69] It does not claim as synonymous with intangibility inasmuch as the contracting parties had intended to prevent an undesirable sclerosis of the legal system. In truth, this characteristic of elasticity of the principle of continuity – although limited one must say – consists an added guarantee to the effective survival of the legal system since it allows the legal system, without abdicating from its essential characteristics, to adapt to the natural and unexpected evolutions of the social system where it is inserted.[70]

The limit to the fullness of the principle of continuity cannot be reduced only to the thesis of the maintenance of the laws save in that aspects that oppose the Basic Law or in that it will be subject to subsequent alterations. Otherwise, that will simply mean carrying out the emptiness of that apex principle and consequently rendering it useless. One

erosion that may happen due to the normal activity of the constituted powers.

67 MM Ieng, 'Diploma legal administrativo e acto legislativo por autorização', Revista do Ministério Público, *apud*; Wanzhong, *ibid*.

68 S Wanzhong, 'A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau', (2002) 13, *Boletim da Faculdade de Direito,* 54; L Wang, 'Macao´s return: Issues and concerns', (1999) 22, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* 1999 180, talks about the necessity of the new sovereign to acknowledge the existence of a differentiated legal system in Macau and of the local social customs.

69 Chan, Basic Law and constitutional review: The first decade', 37 *Hong Kong Law Journal* (2007), at p 431, discusses 'the tension between stability and certainty on the one hand and the need to make progress and adaptation to new challenges on the other hand'.

70 If it is the *veritas* that the legal system will have to be maintained although not in absolute terms, then it is not any less true that it could only be modified in respect to the limits established for and in the Joint Declaration.

has to admit the possibility of the introduction of those alterations not being permissible as these alterations consubstantiate basic changes.[71] With this, it is intended to mean that the general principles that characterise/shape the Macau legal system cannot be disregarded, as well as the diverse legal regimes – for example, of the fundamental rights in general and of each right in itself – they cannot have its ratio deviated or overwhelmed. In other words, the essential content of a given juridical regimen will have to be respected and kept.[72]

Thus, the principle of continuity – of the present social and economic systems and, in order to secure this, the laws currently in force will remain basically unchanged – constitutes the master guarantee of the transition process as envisaged. This principle is reinforced in Annex 1, III, of the Joint Declaration, which states that following the establishment of the Macau SAR, the laws, decree-laws, administrative regulations, and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained unless they contravene the Basic Law or are subject to any amendment by the Macau legislative body. The Macau Basic Law contains an identical provision.[73]

Besides the general principle of continuity, the Joint Declaration and the Basic Law state that all fundamental rights and freedoms will be ensured and thus ensuring an autonomic dimension of the principle of continuity, which reinforces it in this field. The continuity principle is the guideline and hence the idea of 'permanent' fundamental rights in spite of the transfer of sovereignty process.[74]

71 Lok Wai Kin seems to be supporting a somewhat similar idea by proposing a difference between the 'spirit' of the laws and its basic value as opposed to the specific writing of the normative rules. The latter would be changeable. One can assume that the former would not, LW Kin, 'Impacto da Lei Básica da RAEM na concepção do Direito de Macau', 13 *Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, p 61.

72 Cardinal, *'Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações',* 14, *Cuestiones Constitucionales (2006),* at pp 74–75.

73 One has to assume and to infer from these lines that the author firmly disagrees with those who wish to analyse the concept of laws previously in force inserted in the Joint Declaration as excluding the normative acts that were originated externally in Portugal. With effect, nothing in the international treaty, its wording or its spirit, allows the principle of continuity to be amputated in this way. As one also does not accept the doctrine that it intends to impose still more fractures on the principle of continuity by reverting this guarantee only to the legislation approved prior to the Joint Declaration – if the latter was correct, then what about the JLG and its negotiations envisaged to secure agreements in order to guarantee the maintenance of legislations such as the Civil Code, the Criminal Code, laws on fundamental rights such as the religious freedom, etc? The thesis advocating that only legislation approved before the Joint Declaration does not make any sense and only political motivations can explain its construction.

74 Our, 'Permanent fundamental rights in a legal system in transition', Lawasia, Seoul, 1999.

4. Continuity versus formal hetero guaranteed continuity

One may add some more words to the issue of continuity, namely on the continuity of the legal system. In truth, contrary to what may have been perceived, the whole idea of continuity of a given legal system is far more common – and adequate if not necessary in many cases – than the cases within the Chinese context. These phenomena can be witnessed in a multitude of situations by which some shift of sovereignty occurs, be it by the transfer of sovereignty over a given territory, access to independence, or other situations historically in existence.[75]

The main differentiation brought forward by the Macau and Hong Kong cases is an added formal guarantee originally created by an international treaty and later (re)confirmed by a domestic constitutional act. In other words, one may propose the idea of hetero continuity, as opposed to self-continuity, in the sense of a continuity solely decided on the basis of an independent political wish by way the new sovereign's decision of a given legal system. Thus, it is a continuity not externally imposed by, for example, a Joint Declaration.

A specific example of this kind of continuity connected with Portuguese law is Cape Verde. In fact,

> Upon achieving independence, Cape Verde decided to continue to apply Portuguese Law as it was at that time, provided it was not contrary to national sovereignty, laws of the new republic … Article 288 of the present Constitution of 1992 preserves this continuity by stipulating that the law valid prior to the Constitution's entry into force shall remain in force, unless it is contrary to the Constitution or to the principles enshrined therein.[76]

One can move to other spheres and find a commonalty of solutions, for instance, when former British colonies achieved independence, '[t]ypically all the laws (including relevant UK statutes) continued in force, with a proviso that they shall be 'construed with such modifications, adaptations, qualifications and exceptions as may be necessary to bring them into conformity' with the new Constitution … This way there are no gaps in the

75 A Katchi, 'As fontes do Direito em Macau', Faculdade de Direito de Macau, 2006, p 214, provides various different examples having in common the continuity of the legal system provided its components, laws, and administrative regulations, etc, are in conformity with the constitutional acts.

76 Bogdan, 'The Law of the Republic of Cape Verde after 25 years of independence', 44, *Journal of African Law* (2000), at p 93.

law.'[77]

The similarity of the abovementioned solutions and phraseology with the Macau norms on the subject is striking. The differences reside mainly in an external imposed continuity for Macau and Hong Kong legal systems and on the consequent method[78] delineated and employed.[79]

In short, continuity of the legal system is a common factor in transition phenomena and it carries numerous advantages from a juridical stance, and in doing so, Macau and Hong Kong are aligned with a recognisable world tendency, while differing, as seen, on the origin of the continuity. This aspect – relevant as it is – consecrates, in real terms, the true originality brought forward, in this dominion of continuity of the legal system, by the 'one country, two systems' framework.

C. CONTINUITIES AND FRACTURES IN THE FUNDAMENTAL RIGHTS

1. Contextualising

Besides the general principle of continuity previously analysed, the Joint Declaration and the Basic Law state that all fundamental rights and freedoms will be ensured[80], which ensures an autonomic dimension of the principle of continuity and hence reinforces it in this field. The continuity principle is the guideline and hence the idea of 'permanent' fun-

77 Y Ghai, *Hong Kong's new constitutional order*, Hong Kong University Press, 1997, p 336.

78 A method already branded as complicated, Ghai, *ibid,* at p 335.

79 One must point out that, contrary to the promise solemnly carved in the Joint Declaration and reaffirmed in the Basic Law, the method employed (further detailed in a Decision of the Standing Committee of the National People's Congress of 31 October 1999 on the laws previously in force) implies a formal limitation on the continuity principle namely by expurgating, as a principle, any legislations enacted in Portugal even if they are not in disconformities with the Basic Law. This principle is, however, softened by the decision itself by allowing, under certain prerequisites, the continued application of certain Portuguese laws or, at least, of its solutions, in the author's view, to precisely avoid gaps. This mechanism has been used by the Macau courts, the Administrative Court, the Second Instance Court and the Court of Final Appeal, for example, in 7/2001. Perhaps deeply rooted sensibilities of a traditional and pure concept of sovereignty may explain the above deviation albeit not explaining the fact that the international treaty did not align by this solution later found.

80 Arnaldo Gonçalves affirms, 'Macau residents will benefit from the rights and freedoms they are entitled to under Portuguese Law (and during Portuguese rule) with this being one of the sequential set of guarantees set by Central authorities [of China]' Macau Basic Law and the future of the SAR', paper delivered at the University of Macau, October 2007.

damental rights in spite of the transition of the legal system as already mentioned.[81] This imposed principle makes itself a true cushion on the fundamental rights system.

In accordance with the principle of continuity, the fundamental rights in Macau thus remain basically unchanged in the Macau legal system – as they were in the previous constitutional order.[82] This would also be assumed to mean that some rights would not be 'unhoused' or evicted from its constitutional headquarters and that its regimen of exercise would be kept. In effect, that was the way things were laid down, both within the general lair of the principle of the continuity of the legal system and the specific guarantee (of reinforcement) of the continuity of the fundamental rights catalogued in the Joint Declaration. This is the case at least – but not limited to – for those fundamental rights expressly mentioned. The list is an open one, which is something that can be seen for example by the use of 'namely', suggesting an openness to other fundamental rights. All said, one should also not be forgetting the principle of the maintenance of the Macau social system.[83]

Glancing in general at the principle of the continuity of the legal system and advancing to what refers concretely to the fundamental rights, these words have been borrowed from the Joint Declaration on the question of Macau, *passim*:

> The laws currently in force in Macao will remain basically unchanged, all rights and freedoms of the inhabitants and other persons in Macau, including those of the person, of speech, of the press, of assembly, of association, of travel and movement, of strike, of choice of occupation, of academic research, of religion and belief, of communication and the ownership of property will be ensured by law … the MSAR shall, according to law, ensure the rights and freedoms of the inhabitants and other persons in Macau as provided for by the laws previously in force in Macau.

It appears legitimate to conclude the existence of a will of the two signatory sover-

81 Our, 'Permanent fundamental rights in a legal system in transition', Lawasia, Seoul, 1999.

82 For a summary of the Portuguese constitutional system of fundamental rights focusing on its special characteristics and originalities, see J Miranda, 'A originalidade e as principais características da Constituição portuguesa', 16, *Cuestiones Constitucionales*, 2007, p 253, focalising, among other characteristics of the constitution, on the extreme care of that constitutional text for fundamental rights.

83 For more on this, P Cardinal, 'Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações', 14, *Cuestiones Constitucionales* (2006), at pp 34–35.

eigns of the Joint Declaration in keeping, in obedience to the continuity, a certain *status quo* and thus irradiate a reliable capital to the people of Macau, who are after all the main addressees of these fundamental rights. While it is true that there was a transfer of sovereignty powers, it is also true to affirm that the consumption of this transference did not proceed to the elimination of the past but was the opposite – it assumed this past, respected this legacy, and is intended, within some coordinates, to keep it.[84]

It is relatively safe to voice the opinion that the Basic Law contains a substantive catalogue of fundamental rights that is generally quite satisfactory,[85] given the type of instrument, particularly when compared with provisions made in other legal orders in the region, such as that of Hong Kong.

A different issue results in the counterpoint being made between the Basic Law and the Portuguese Constitution, via the importation of the Macau Organic Statute as a necessary way to test the continuity in this field or, as proposed, to search for the dialogue in the fundamental rights topic between the Macau as territory under Portuguese Administration and as a Special Administrative Region of the PRC. In light of the principle of continuity, it matters to survey if the current situation mirrors integrally with what would be the ideal picture and find out if there are issues of discontinuity. The reply to give is that the current situation does not mirror the previous one in a totally satisfactory form.[86]

Before proceeding, it seems useful to highlight that the insertion of a given issue under continuity or discontinuity presents itself an exercise that is not always easy and maybe even equivocal. In fact, on the one hand, some issues may be viewed as a total discontinuity but, with some efforts of interpretation, that discontinuity may give some degree of metamorphosis and show, at the end of the day, some continuity, and on the other hand, the issue at stake may be better introduced on one side, eg, discontinuity, as a counterpoint or a connection point.

84 J Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, 2nd ed (1993), p 191.

85 See, for example, M. C. Davis, 'The Basic Law and Democratization in Hong Kong', 3, *Loyola University Chicago International Law Review* (2006), J Cotton, 'The retrocession of Macau and the limitations of the Hong Kong Model', 15, *Pacific Focus*, 2000, p 50. As a general rule, external reports on human rights in Macau are rather positive on the legal provisions for fundamental rights in Macau, as well as regarding its general approach in respecting rights.

86 P Torres, 'Interesses públicos e interesses privados – A perspectiva da transição', 11, *BFDM*, 2001, p 206. Some note 'provisions that are problematic', H Hannum, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. ed, UPP, 1996, p 147.

2. Continuities, quasi-continuities and uncertainties

Focusing on the wording of the Macau Basic Law and the Joint Declaration, the Basic Law reproduces, almost integrally, the list that existed before. However, before 1999, the constitutional rules developed and detailed the fundamental rights[87] and thus construed a protective web of constitutional standing around each right. Differently, the Basic Law seldom goes beyond the simple establishment of the rights.[88] It is crystalline clear that the level of development and densification of the constitutional rules is presented, in today's constitutional order, with accentuated simplicity. With effect, and without forgetting the general directive principle decreed in Art 4 of the Basic Laws establishing that the SAR assures, in the terms of the law, the rights and freedoms of the residents and of other people in the Region, and Art 11, in which it finds consecrated the internal constitutional platform of the Basic Law as norm parameter of all others. There are some issues that the Basic Law does not address, like the right to life and some rights and guarantees *vis-à-vis* the administrative bodies, among others,[89] or it delineates solutions substantially divergent of what were in force in the territory of Macau as in the measure of densification borrowed immediately in the constitutional norm to a given fundamental right.

A rather emblematic and significant continuity moves within the sphere of a transversal principle – of equality and non-discrimination and also representing a plus *vis-à-vis* the Hong Kong Basic Law.[90] In truth, whereas the Hong Kong Basic Law states in Art 25

87 G Rolla, 'Garantía de los derechos fundamentals y justicia constitucional', Porrúa/IMDPC, Mexico, 2006, p 65, proves correct that the trend is going along the way of creating extensive and detailed catalogues of fundamental rights in the new constitutional texts, pp 2–3. The authors fully concur, and in this light, cannot agree with Leong Fan when he states, 'As SAR's constitutional law, the Basic Law has as its primal objective to regulate, in general ... the fundamental rights and freedoms. Due to the big dimension of these, the Basic Law cannot establish all its aspects neither to regulate in detail the contents of the fundamental rights. It's a legislative characteristic of the constitutional laws', L Fan, *Guia da Lei Básica de Macau*, 1995, p 81.

88 To illustrate this thesis, some of the constitutional norms are reproduced: Art 27 of the Basic Law – 'Macau residents shall have freedom of speech, of the press and of publication; freedom of association, of assembly, of procession and of demonstration; and the right and freedom to form and join trade unions, and to strike'. The equivalent rights are, in the Portuguese Constitution, settled by Arts 37, 38, 46, 45, 55, 56, and 57, among others, that are connected to or develop aspects of those fundamental rights. It would be inadequate to reproduce all those constitutional norms. Anyway, these examples seem to be enough to substantiate the conclusion on the different density levels of both constitutional laws. Simon Young says '[t]he statement of rights in terse, vague and non-descriptive language is another commonality', S Young, 'The Basic Laws and the fundamental rights in the SARs', in P Cardinal and J Oliveira (eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders — Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China,* 2009, Springer-Verlag, Berlin, p 684.

89 A Katchi, 'As fontes do Direito em Macau', Faculdade de Direito de Macau, 2006, at p 330, provides several examples.

90 This does not mean that the above principles cannot be extracted at all from the constitutional text in Hong Kong, and much less that it presupposes a negative judgment to the Hong Kong practice *vis-à-vis* Macau. One thing is certain

that '[a]ll Hong Kong residents shall be equal before the law', the correspondent one in Macau states the same principle, but it also densifies it and enlarges it to cover the non-discrimination clause stating that 'all Macau residents shall be equal before the law, and shall be free from discrimination, irrespective of their nationality descent, race, sex, language, religion, political persuasion or ideological belief, educational level, economic status or social conditions.'[91]

A significant block of issues are faced with uncertainties and hence result in some dose of discontinuity or quasi-continuity. In fact, are there in the Basic Law other fundamental rights besides those not written down in Chapter III? In other words, does the system admit the existence of analogous fundamental rights in constitutional 'headquarters'? Does it also allow for analogous fundamental rights with international law rules source and with legislative act 'headquarters'? Can juristic persons be bearers of fundamental rights? The restrictions of fundamental rights are subjected to what regimen? Is there a reservation to law in this matter? Do the Basic Law norms have direct applicability in this area or not?[92] Can the bearers of fundamental rights, in the lack of law detailing/delineating a given fundamental right, exert this right and invoke it namely before the courts if necessary?

As to the question whether there exists in the text of the Basic Law other fundamental rights that are not established in Chapter III, that is to say, whether this constitutional law admits other dispersed fundamental rights, the reply is in the affirmative[93] – by call-

though – compared to Hong Kong, one can find some relevant differences in the Basic law that add to the level of Macau's display. Macau has a more comprehensive list of fundamental rights than Hong Kong. James Cotton, for example, writes about a 'greater precision' on the norms concerning the fundamental rights in the Macau Basic Law, J Cotton, 'The retrocession of Macau and the limitations of the Hong Kong Model', 15 *Pacific Focus*, 2000, p 50. It seems possible to assert that one good reason that explains the enrichment of the Macau Basic Law *vis-à-vis* the Hong Kong one is, besides a better constitutional background provided by the Portuguese constitutional norms, the fact that the Macau Basic Law was drafted and enacted after the Hong Kong Basic Law and thus allowed Macau to learn from the mistakes of Hong Kong and permitted an evolution in the constitutional construction of the normative texts, as well as provide an added level of trust in the way of legislating in a 'Westernalised' style. See also, Y Ghai, 'The Basic Law of the Special Administrative Region of Macau: Some Reflections', 49, *ICLJ*, 2000, pp 183–184.

91 The establishment and densification of this principle merited praises from, for instance, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2001, concluding observations, p 240. This can be seen in the implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination in Macau, Macau Law Journal special issue, 2007, p 119.

92 The author advocates a generally affirmative answer. Defending this direct applicability, for example, Torres, *'Interesses públicos e interesses privados – A perspectiva da transição',* 11, *BFDM, 2001*, at p 205; AM Magalhães, *Restrições cit*, defends this direct applicability and the connatural possibility of invoking directly the Basic Law norms to establish fundamental rights for most of the fundamental rights except those that impose an *interpositio legislatoris* – that is to say, some social rights.

93 Vitalino Canas, *The general regime cit*; Vieira de Andrade, *Direitos cit*; Gouveia, *cit.*.

ing for an interpretative criterion (integrator) rooted in the Joint Declaration immediately. While this international treaty presents an exemplifying catalogue of fundamental rights,[94] it is forcible to conclude that these rights addressed by the treaty still expressly subsist as fundamental even though they have not deserved such a label in the Basic Law (or such a label is absent from it).

For example, the rights of the praised religious confessions in Art 128, are found in the last paragraph of Annex I, part V of the Joint Declaration. The same goes for property right,[95] Art 6 of the Basic Law and its guarantees, Art 103. Equally, the international covenants serve as a mandatory reference for this. Other rights have not been qualified as fundamental because they are foreseen in the Joint Declaration in other paragraphs by its own nature and some others are dispersed throughout Chapters V and VI of the Basic Law.[96]

Given that the Basic Law of Macau already provides for a charter of fundamental rights and that, undoubtedly, establishes other fundamental rights outside Chapter III, the next step is to ask if it also allows for other rights, fundamental ones, which are established in international norms and in ordinary legislation, but not endowed with a special Basic Law norm. In this light, the 'opening' scope of Art 41 states that Macau residents shall enjoy the other rights and freedoms safeguarded by the laws of the SAR. Does this only mean that other rights, albeit not with a fundamental nature (meaning they are merely 'ordinary') are recognised? Or, considering that it is formally inserted in the fundamental rights chapter of a constitutional law and that it uses a terminology akin to fundamental rights such as 'freedoms', does this pretend to open the door to the existence of other fundamental rights besides those already established in the Basic Law?[97] The author believes that the second answer – in spite of a not so crystal clear wording – should be the correct one considering what was just said, in addition to the anchor of the continuity principle – in a manner somewhat similar to the pre-existing technique applicable in the Macau constitutional

94 Hannum, *Autonomy, sovereignty, and self-determination,* rev. edition (UPP, 1996), at p 142, in reference to the Hong Kong Joint Declaration citing explanatory notes to the international treaty.

95 In this same sense, for example, X Weyun, 'Conferência sobre a Lei Básica de Macau', APLBM, pp 126–127.

96 *Ibid*. Also in this sense the Court of Final Appeal of Macau, in decision 22/2005, clarified that there are more fundamental rights in the Basic Law, for example, in Art 98, even if they are not expressly branded as fundamental.

97 The case at stake is not, evidently, to promote to the fundamental category of all and every right established in infra-constitutional sources but only those that have an intrinsic fundamentality, J Miranda and R Medeiros, 'Constituição Portuguesa Anotada', 1, Coimbra Editora, 2005, p 138.

order before the handover.[98] In short, there are other fundamental rights established in ordinary legislation, such as, for example, the right to life.[99]

As to fundamental rights with an international law origin, it is suggested that not only those created by the international instruments alluded to in Art 40 of the Basic Law of Macau are to be called into the inner circle of being the constitutionalised ones,[100] but also many more embodied in the classic human rights conventions,[101] even in the absence of the integrative bridge process established in Art 40 of the Basic Law.

As to the importance of these 'opening' clauses, one must clarify and concur with crystal clear words that:

> The purpose of this clause open to the incorporation of atypical fundamental rights cannot be – as was also the case with the clause referring to "extradocumentary" fundamental rights – solely to identify materially the mentioned rights, viewing them as mere fundamental rights in a material sense and leaving them to their status as international rights or legal rights, but not as constitutionalised rights incorporated into the BLM. Its purpose is quite different since, should the constitutionalisation of said rights not take effect by virtue of that provision, then the provision would purely and simply be useless. It would only serve the purpose of putting a label on the fundamental rights thus incorporated. And that is certainly not what is expected of it: on the contrary, it is expected that the BLM, in case it has eventually failed to declare

98 Art 16(1) of the Portuguese Constitution states, 'The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law.' This type of clause is gaining the favours of many constitutions. For this Portuguese (also before a Macanese one) constitutional norm, see, among others, G Canotilho and V Moreira, *Constituição Anotada*, 4th ed, Coimbra Editora, 2007, p 364 (This is followed by another pillar of the fundamental rights system, Art 17, stating that 'the set of rules governing rights, freedoms and guarantees shall apply to those set out in Title II and to fundamental rights of an analogous nature'.).

99 António Malheiro Magalhães, *Restrições cit*., agrees, by resorting, namely, to the Joint Declaration, more precisely the interpretation guided by the conformity with that international treaty. See also, Gouveia, *supra*, who concurs and considers the principle enshrined in Art 41 is one of the most significant in the matter of fundamental right but also warns that the rule is not entirely unambiguous.

100 Young, *supra*.

101 For example, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and the Convention on the Rights of the Child are just some conventions applicable in Macau, and, as easily seen, the norms of these conventions embody far more reach and importance than some norms of the ILO conventions from the standpoint of fundamental rights. Katchi, *supra*, at p 94, considers that the fundamental rights in a formal sense are those established, namely, in the Basic Law, in the Joint Declaration, in International Covenants, and in the ILO conventions.

> other equally relevant fundamental rights, takes this opportunity to reach towards those other rights, engendered under different circumstances. In this manner, under the mentioned provision, such other rights can acquire the constitutional value of the rights formally enshrined in the BLM.[102]

Continuing to examine panoramically the continuities, the focus now shifts to the judicial mechanisms of defence, and one can mention the ***habeas corpus*** established in Art 28(2) of the Basic Law. In the field of legal 'infra-constitutional' continuities, one finds several continuity examples.[103]

3. Discontinuities, fractures and gaps

One preliminary point to be made is that a discontinuity does not necessarily involve a fracture, a gap, or some sort of a negative appreciation. For instance, the new existence of a local charter of rights – non-existent in the Macau Organic Statute of a self-contained system of fundamental rights – absent until 20 December 1999, or the solemn, general, and absolute proclamation that the human dignity of Macau[104] residents shall be inviolable,[105] are factors of

102 JB Gouveia, *supra*.

103 For instance, in Art 100(1)(a) of the Administrative Process Code, whereby any person who has a fundamental right violated or fear that his right will be violated can address the court to order the public authorities to adopt a given action or stop adopting a given action in order to assure the exercise of the right at stake. Significantly, there remains in force unlabelled/clandestine Amparo appeals. In the laws regulating the fundamental rights of assembly and demonstration (Law 2/93) and on data protection (Law 8/2005), they reinforced the judicial mechanisms of protection for those fundamental rights that are shaped in the Amparo model as can easily be seen from both its normative text and from the preparatory works. In this last case for example, competence is given to the Court of Final Appeal, where it is restricted to the issue of violation of a fundamental right, urgent and *per saltum*. The Civil Code of Macau contains a 'para'-chart of fundamental rights and many rights are established in it, extending beyond the normal boundaries of classic personality rights and thus being simultaneously fundamental and personality rights. Art 67 prescribes that everyone has the right to be protected and to demand for the necessary adequate measures to be taken in order to stop the menace on his rights, as well as preventive measures. Since, as seen, at least several of those rights of the 'para'-chart are fundamental ones, consequently this judicial process is also a fundamental rights one.

104 In fact, comparing with the establishment of this rector principle in the previous constitutional system, that is to say in the Portuguese Constitution, it was already said that the adhesion to the human dignity principle was originally fragmentarily made and was not expressed in a convincing manner and its connection to the system of fundamental rights as the dominant principle is not clearly assumed, J de Melo Alexandrino, 'A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa', 2, Almedina, 2006, pp 308–309.

105 Art 30 of the Basic Law. In fact, this is an innovation since the Joint Declaration is silent on this matter, and the formulation in the Portuguese Constitution was less emphatic and without such a generalised scope in its wording. This establishment in Macau constitutional law is a cornerstone of unquestionable importance in defining, interpreting, applying, and limiting restrictions to the fundamental rights. This principle constitutes a standard of universal protection, a 'pre-condition' and basis of the 'Republic' and the basis of consecration of many fundamental rights that endows them with an inherent 'personcentricity', among other functions, G Canotilho and V Moreira, *Constituição Anotada*, 4th

discontinuity that, abstractly considered, undoubtedly merit a rather positive assertion.

In terms of system 'guidelines', one can point out several differences – discontinuities in the way the system is structured. For instance, the traditional formal and systematic dichotomy[106] within fundamental rights between 'rights, freedoms and guarantees', on the one hand, and 'social, economic and cultural' ones, on the other hand, that previously existed, has disappeared in the SAR constitutional order.

Substantively, the outstanding omission or discontinuity in the Basic Law textual catalogue is the right to life and its correlated guarantee of prohibition of the death penalty.[107] Both were unmistakably constitutionally guaranteed. Today, formally, only in the sub-constitutional level are they to be found via both the Civil Code and the Criminal Code. It is true to assume that the right to life remains a fundamental right albeit evicted from the formal constitution. Briefly, one should resort to the continuity principle and, as eloquently put, 'The imperative of maintaining the laws previously in force basically unchanged is an imperative of the maintenance of the system (that is, of its essential norms, those that constitute its characteristic core including, for example, a norm that forbids the death penalty) and subsequent prohibition of an unjustified downgrading via legislative act.'[108] Besides the above, one should add other grounds such as the mentioned regime of Art 41 in admitting fundamental rights outside the Basic Law, as well as the principle of human dignity, ICCPR norms, namely its Art 6(6),[109] where all point to the maintenance of the right to life apex as a fundamental one (and as one core characteristic of the guaranteed 'way of life').

Very importantly, one of the most outstanding gaps refers to the regimen of exercise of fundamental rights,[110] that is, how and what design, can restrictions be introduced to

ed, Coimbra Editora, 2007, p 198.

106 Along with a differentiated regime.

107 For a critique of this omission, as well as for a denying of the ill-grounded reasons usually put forward to justify so clamorous an omission, A Katchi, *supra*, at p 334.

108 V de Andrade, *Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM.

109 'The death penalty having been abolished in Hong Kong prior to 1997, it probably cannot consistently with the ICCPR be reinstituted in Hong Kong', says Crawford, *supra*, at p 35. As for Macau, in a manner of a memory exercise, one should recall that the formal abolishment of the death penalty regarding civilian crimes was established in late 1860s and expressly confirmed in all 'overseas provinces' in 1870. Later, the abolishment was made absolute, inclusive of military crimes.

110 As Simon Young says, 'the Basic Laws are silent on many significant issues that relate to the actual enjoyment of the rights provided', Young, *supra*. António Malheiro Magalhães proposes four *punctum saliens* of the Basic Law regimen on fundamental rights: the principle of universality, the principle of equality, the principle of the restrictions reserved to law, and the principle of effective judicial protection, AM Magalhães, *Restrições aos direitos e liberdades*

the rights and freedoms guaranteed by the Basic Law? And what principles discipline these restrictions? What are the restrictions to the restrictions? Which rights and freedoms will never be able to be suspended?[111]

In spite of an apparent total silence[112] on these subjects in the Basic Law, Vitalino Canas states: 'We can support the existence of a Macau unwritten law *acquis*, comprising a set of rules on the restriction of the fundamental rights that go beyond the ones expressed in the Basic Law and the ones withdrawn from the exegesis of their own ICCPR by their authors. Nowadays, in Macau, those rules have not any written expression. Certainly, it would be safer if they had it.'[113] It indeed seems important, as a way to supply or to so only attenuate this gap, for the approval of legislation that 'copies' the abovementioned regimen[114] previously expressly in force by way of the Portuguese Constitution. It is needless to point out that the set of rules do not contain, in any way, violations of Chinese sovereignty

fundamentais e reserva de lei – os limites dos limites aos direitos e liberdades fundamentais (forthcoming).

111 Reference is made to the regimen established namely in Arts 18 and 19 of the Portuguese Constitution. Just to recap briefly, the regimen set out in these articles by the time they were fully enforceable in Macau. Art 18 states that the constitutional provisions relating to rights, freedoms, and guarantees are directly applicable to, and binding on, both public and private bodies; those rights may be restricted by law (hence not by an administrative regulation) only in those cases expressly provided for in the Constitution, and restrictions shall be limited to the extent necessary to safeguard other rights and constitutionally protected interests. Laws restricting these rights shall be general and abstract in character and cannot have retroactive effect or limit, in extent or scope, the essential content of the constitutional provisions. Art 19 provides, namely, that it is not possible to suspend the exercise of those rights except where a state of siege or a state of emergency has been properly declared; the proportionality principle must be applied and, in any case, should not be possible to suspend the exercise of, among others, the right to life, personal integrity, defence of accused persons, and freedom of conscience and religion.

112 On this JB Gouveia, 'A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de direito constitucional', 13, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, pp 187–188, where he points out the existence of a single mention to the regimen of fundamental rights, precisely on the restrictions – Art 40(2) – stating that 'in its simplicity that is a rule rather limited since being necessary in some cases, the fundamental rights restrictions naturally presupposes material intrinsic limits, that may guide the restrictions normative power and place it under parameters superiorly defined such as the principles of protection of the essential nucleus or of the proportionality'. The scope of Art 40 is, however, in the author's view, a bit vaster in the sense that those restrictions cannot go beyond what is established in the covenants. On this, also L Weijian, 'A Lei Básica – garantia importante dos direitos e liberdades dos residentes de Macau', 19/20, *Administração*, p 113. As for the counterpart norm in Hong Kong, for example, S Young, 'Restricting Basic Law Rights in Hong Kong', 34, *Hong Kong Law Journal*, 2004, p 111, '[T]he only sensible and coherent approach is to treat all Basic Law rights as autonomous ones having the potential to bloom beyond the minimum standards of the ICCPR' and 'It is noteworthy that these two restriction clauses are framed in the negative, rather than in the positive or permissive form … the two restrictive clauses should be seen as constitutional safeguards providing a safety net for, rather than a ban on, human rights standards'.

113 'The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments', in *One Country, Two systems, Three Legal Orders cit*., p 672.

114 If today such a regimen does not exist, one must fairly say that the current inertia is clearly less significant and with less liability than that from the previous holders of the necessary political powers. However, this fact will not serve as an excuse for not proceeding to the study and concretion of such a desideratum today.

or any norms against the Basic Law.

It is true one can argue that with the extension to Macau of the ICCPR and the IC-ESCR, this question would lose importance. However, and saved for a better opinion, it seems that both covenants do not allow the problem to be bypassed in an absolute fashion. In fact, it does not exist in the covenants a true general regimen of exercise of rights.[115]

On the other hand, it is indeed possible to mine from the Basic Law itself some general rules tenuously present in its text with relevance to the issue of construing general regimen on restriction of fundamental rights, such as the principles of proportionality and of legality.

The principle of proportionality presents itself as a triple patterned one – adequacy, necessity and proportionality *stricto sensu* of the restrictions that are to be imposed on a fundamental right. It is already noted that, contrary to the situation in force before 1999, there is no general clause on restrictions and thus no general clause imposing the principle of proportionality as a limitation to the restriction process. On this, the decision of the Macau Court of Second Instance, process 1284, 2002, in which, promisingly, it is mentioned that the principle of proportionality is a necessary tool of analysis of admissible restrictions to fundamental rights.[116] On this rector principle and its survival in the present constitutional order it was said that 'the proportionality principle was not received by the Basic Law in the same categorical way, however, that omission does not mean that the Basic Law is totally indifferent to it.'[117] In fact, see, for example, Art 28 on forbidding 'arbitrary' arrest, and Art 129 refers to

115 On the other hand, and having in mind the 'clause of the more favoured individual' expressed in Art 5(2) of both international law instruments – 'there shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent'. Hence, it should not be possible to add higher restrictions and/or establish lesser contents to the rights recognised in the covenants. However, it is well known that, in the territory of Macau, a more favourable regimen was devoted and hence this regimen will have to remain. Therefore, it will not have to be reduced on behalf of the rules of the covenants that established the set of restriction beddings. It is in relation to the effective regimen enforceable at the time of the extension to Macau of the covenants, and therefore one has to evaluate and to ponder which of the regimen is most favourable: the domestic one or the one contained in covenants, P Cardinal, *Os direitos fundamentais em Macau cit*, at p 57.

116 From the same second instance court, references were made to the proportionality principle in varying degrees of assessment with acceptance, 166/2003, 22/2002. In legislation, one finds references to proportionality and its dimensions on a (general) norm on restrictions — Article 8, Law of internal security, 9/2002, a positive aspect underlined by A Katchi*, supra* note 81, at 111.

117 L Ribeiro, *Lições de Direito Administrativo*, unpublished, p 125.

'impartiality and rationality'.[118] From these, again along with continuity, one can extract the maintenance of the proportionality principle regarding restrictions to the fundamental rights.

As for one of the previously identified uncertainties, being the question if there is a reservation of law (meaning that only laws from the Legislative Assembly are adequate and proper to address these issues), the reply is also in the affirmative, *maxime* (but not only) in what respects to the reserve of restrictive law[119] – the rules that are envisaged to impose restrictions on fundamental rights. This is correct in spite of the absence of a general clause rule allocating an express reservation of law to the Legislative Assembly. First, it is a general principle transferred to the new constitutional order by the continuity principle; and second, various norms of the Basic Law on fundamental rights expressly affirmed so. For example, Art 32, reads 'in accordance with the provisions of the law'; Art 33 reads 'unless restrained by law', among several others. Last but not least, in accordance with Art 40(2), which reads '[t]he rights and freedoms enjoyed by Macau residents shall not be restricted unless as prescribed by law.'

One point should be made clear – the regime sustained by Art 40(2) cannot be reduced to be applied only to the rights contained in the mentioned international instruments and not to any other fundamental right constitutionally established but outside the international treaties. According to Vitalino Canas:

> As for the others, that is, those rights of freedom that expressly are consecrated by the Basic Law, there are arguments that lead to an identical application of ICCPR regime. The main argument is the one of the congruence and balance of the system. It would be a bit nonsense if the rights directly consecrated by the Basic Law, those which this para-constitutional law wanted to recognize as having a superior systematic importance, giving them a plain consecration, would benefit from a regime of restrictions less secure than the rights only enunciated in ICCPR and in force in MSAR. Thus, the better

118 See L Ribeiro, 'A Lei Básica e os princípios conformadores da acção administrativa', 14, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, at pp 71–72.

119 On this relevant problem and its dimensions and upholding the principle of reservation of law, V Andrade, *ob. e loc. cit.*; W Xingping, *supra* note 26, at 84; P Cardinal, *Os direitos fundamentais cit*., at 59; AM Magalhães, *Restrições cit*.;. Also affirming this reservation, see for example, Parecer 3/II/2005, 3ª Comissão Permanente, Legislative Assembly. The Court of Final Appeal also affirmed the reservation of law and concomitant prohibition of administrative regulations, issuing norms in this field, Process 28/2006, ruling dated 18 July 2007.

> orientation is that both the freedom rights incorporated in MSAR legal order, by reception of ICCPR rules, made by the Basic Law and the freedom rights specifically enunciated in the Basic Law, benefit from the limitative regime of restrictions deriving from ICCPR.[120]

The meaning of law in the abovementioned norms cannot be other than in accordance with the constitutional order of Macau – law in the sense of a true legislative act emanated by the legislative body of the SAR[121] or formal laws prior to the transfer of sovereignty. In this light, one must conclude that, for example, any restriction imposed on a given fundamental right by way of an administrative regulation is illegitimate.[122]

With the continuity theme, one can find a rupture with the previous system concerning the judicial mechanisms protecting fundamental rights.[123] Among that small army of procedural institutes, one has the (general) *amparo*, albeit locating in an ordinary law and operating indirectly but effectively – and the constitutionality appeal. However, the year 2000 revealed itself as an unfortunate judicial year for both kinds of judicial mechanisms. In fact, with a few and short rulings,[124] the Court of Final Appeal, in the aftermath of the transfer, drew a deadly blow to both institutions[125] and to its mandatory role of safeguarding the constitutionality principle and to the effective judicial protection as well. It was the understanding of the court that the compatibility of norms with the constitutional order could not be adjudicated. The commands exposed before, namely in Arts 11 and 145 of the Basic Law on the supremacy of the Basic Law over any ordinary norm[126] and the principles

120 The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments', in *One Country, Two systems, Three Legal Orders cit.*, p 671.

121 Referring to laws of the Legislative Assembly, see for example, Cheong, *One China, Two Systems and the Macao SAR (Macau: University of Macau, 2004)*, at p 93.

122 In this sense, see, for example, the decision of the Second Instance Court, 223/2005.

123 For the system before the transfer of sovereignty, see Cardinal, *supra*, at p 38.

124 Basically, 8/2000, 4/2000 for the constitutional review and 1/2000 and 2/2000 for the *Amparo*.

125 It was the understanding of the court that neither the *Amparo* nor the compatibility of norms with the constitutional order could be exercised – in this last situation one even had the case in which a given norm was allegedly both in violation of the previous constitution and the present one, as in 1/2000.

126 In fact, for quite some time and despite a rather less than perfect clarity of the Basic Law on this issue, many have been claiming the necessity and adequacy of judicial control of the constitutionality of laws and administrative regulations (the latter are not even subject to the political control established in Article 17 of the Basic Law), even if it would be better if there was an enactment of specific legislation. See, for example, with differences but with commonality in the essential goal of expressely creating judicial review, Z Guoqiang, 'O meio de tutela do processo executivo da Lei Básica', 57, *Administração*, 2002, p 922; AM Magalhães, *Restrições cit.*; AM Magalhães, 'O princípio da separação dos poderes na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial de Macau', 41, *Administração*, 1998,

of justice and of the effective protection proclaimed in Art 36 of the Basic Law demanded a different attitude – one that could easily be reached in Hong Kong – even in the absence of a branded and expressly established judicial procedure.[127] Besides, as stated in Art 83 of the Basic Law, the courts shall be subordinated to nothing but law, and the first law is the Basic Law of Macau. Whereas one can see a clear active and widely respected *pro libertate* judicial activity in Hong Kong,[128] one fails to see such enthusiasm in Macau, at least in the same dimension that can be seen on the other side of the estuary of the Pearl River.[129]

Recently, however, a ruling by the same court promisingly and clearly affirms that it has the competence to scrutinise the conformity of any rule *vis-à-vis* the Basic Law, further stating that in the cases adjudicated, the courts cannot apply norms inserted either in laws or administrative regulations that are in violation of the Basic Law or its settled principles.[130] This is, from several angles, an apex decision that should merit further study and may indicate a certain shy deviation from a previously 'conservative stance' by the court. Time will tell.

Focusing specifically on the *amparo* appeal, one feels it does not need to underline its reputation worldwide – 'We can declare, without any exaggeration, that the *amparo* in its several modalities and designations … presents itself as a contribute to the human rights procedural law … of the same magnitude as the *habeas corpus*, the constitutional courts and the ombudsman',[131] or its expansive move to new legal systems.[132] On adjudicat-

p 721. G Tianwu and C Yan, 'As sugestões das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau para o alargamento do regime jurídico da China', 51, *Administração*, 2001, pp 22–23.

127 Vitalino Canas states, 'On the contrary, in the context of the Basic Law, there is no possibility of judicial review of the constitutionality by a Constitutional Court. But we may consider whether MSAR ordinary courts can, under BLM, Arts 143 and 11, 2nd paragraph, refuse the application of rules in conflict with that same BLM. It is relevant to underline that, in Hong Kong, in spite of the English tradition of parliamentary sovereignty, and the law sovereignty, and of the impossibility of the courts to review the constitutionality of laws, there is a doctrinal and jurisprudential opening to the possibility for the courts not to apply rules on the grounds of 'breach of the Basic Law', very much in line with North American tradition of *Marbury v Madison*', *The general regime cit.* Also P Cardinal, *Os direitos fundamentais cit.*, at pp 62–63.

128 Among others, J Chan, *supra*, at p 419, says, for example, that the Court of Final Appeal has readily and consciously assumed a role of guardian of the fundamental rights, or J Crawford, *supra*, at 10–11, mentions an emphasis on rights and a correlative narrow interpretation on restrictions in a distinctive, and overall impressive, judicial response.

129 See, for example, the 'Comments' of Pinheiro Torres at the International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, February 2007.

130 Process 28/2006, ruling dated 18 July 2007. It is worth recalling the following words: 'It is always null the normative act that violates what is established in the Basic Law', W Zhenmin, *supra*, at p 45. One can also invoke some rulings on *habeas corpus* as showing a certain *pro homine* and *pro libertate* judicial activity although unaccompanied in other decisions regarding highlighted criminal cases especially on the right of appeal.

131 H Fix-Zamudio, 'Amparo y tutela', in Ensayos sobre el derecho de amparo, Porrúa/UNAM, 3 ed., Mexico, 2003, p 696.

132 See, for all, H Fix-Zamudio and EF Mac-Gregor (ed), *El derecho de amparo en el Mundo* (Porruá/UNAM, 2006). In

ing the *amparo* appeals, the Court demonstrated that it lends more weight to formalistic aspects – the revocation of the law where the *amparo* was inserted – than to constitutional principles such as the continuity principle, the prohibition of recession and the effective protection, as well as other elements as the functional nature of the *amparo* norm, the nature of fundamental right of the *amparo*, and the existence of specific *amparo* appeals in Macau.[133] Or, in borrowed words, 'In the light of the Joint Declaration the institution subsists in the Macau legal system'.[134] Hence, one of the most significant component of Macau's legal system individuality, in other words, a component of the 'second system' was thus in a very simple manner thrown overboard, at least in the eyes of the courts. One is aware of the movements to reform the *amparo*, but in no place known, the aim is its eradication from the legal system; rather, its adjustment to the demands is due to its extreme popularity.[135] In this sense, it affirms the fracture in both the *amparo*[136] and in the constitutionality appeal.

D. GLOBAL CHARACTERISATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS CONSTITUTIONAL SYSTEM

One proposes now a leap to a present day tentative summary characterisation of

English, for example, JC Tinoco, 'International and Domestic Judicial Protection of Fundamental Rights: a Latin American Comparative Perspective', paper presented at the One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, 2007 conference.

133 On the other hand, it seems from the subtext that the court mistakenly took the *amparo* as a mechanism of judicial review, in the sense of a procedure envisaged to attack norms. It is clear that that is not the *amparo* philosophy, particularly in Macau.

134 J Miranda, 'Manual de Direito Constitucional', (2001) 7, Coimbra Editora, 56. The survival of the amparo as technically sustainable is affirmed, in spite of an *in memorian* de facto situation, *La institucion del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia — cit.*, p 891, as did Armando Isaac, in, for example, *Do amparo da continuidade (constitucional) à continuidade do recurso de amparo em Macau,* unpublished paper.

135 For example, for the Spanish case, PP Tremps (Coord), *La reforma del recurso de amparo* (Tirant Lo Blanch, 2004).

136 It seems relevant to bring in here some general considerations on the *amparo* and its impact on constitutionality and on fundamental rights. In many European and Latin American countries, and also in some states in Africa and Asia, the *amparo* is part of the constitutional *acquis*. For instance, in South Korea, the importance of the constitutional petition (an *amparo* model) in strengthening the fundamental rights is well underlined, curbing abuses of public powers and fulfilling the effective implementation of the fundamental right, K Ahn, 'The Constitutional Court and Legal Changes in Korea: Post 1987 Development', in Derecho comparado Asia-México Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados (ed) José María Serna de la Garza, UNAM, 2007, p 59. See also, CY Hwang, 'Critics on the Constitutional Complaint Against the Ordinary Courts' Judgements in Terms of Balancing and Proportionality Test in Korean Constitutional Review', paper prepared for the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law in Athens, Greece, June 2007.

the constitutional fundamental rights system[137] that does not focus primarily on a continuity/discontinuity assessment but on listing pre-eminent principles that shaped both the constitutional system per se and the fundamental rights one, and that highlights several principles that merit special attention here, be it for its innovation or for its importance in safeguarding the 'European roots' of Macau law.[138]

1. The Constitutional context

In order to obtain the identification and characterisation of the fundamental rights system, especially in its constitutional realm, one should first place it in context, which is to say in the constitutional system itself – a system which the fundamental rights is a part of and correlates with. The fundamental rights are not an isolated compartment inside the constitution; on the contrary, they are part of the global constitutional order being connected to other constitutional areas, namely the 'political' constitution and the 'economical' constitution. The fundamental rights are one of the essential elements of the 'constituent decision'[139] of the new Macau constitution.

In fact, as stipulated in the Joint Declaration that all rights and freedoms of the inhabitants and other persons will be ensured in the Macau SAR,[140] the local constitution establishes, as already seen, a wide catalogue of fundamental rights and several principles impregnated with a 'westernalised' approach and thus contributes to one more ground of differentiation *vis-à-vis* the sovereign besides the usually more adulated group of economic differentiations.[141] The maintenance of capitalism was undoubtedly one of the driving forces of the new constitutional order of the SARs[142], but so are the democratic principle (the

137 For a more detailed analysis, see our 'The constitutional layer of protection of fundamental rights in the Macau Special Administrative Region'.

138 One could also add legislative measures that, with a different context and method, have been helping to secure this connection and the maintenance of the 'European roots', anchored in the case of the data protection law, Law 8/2005 – and others such as the law on terrorism – thus impregnating the legislative tissue with values that are pro liberate as the system previously in force was.

139 Topics retrieved from G Canotilho and V Moreira, *supra*, at p 306.

140 See, namely, Art 2(4) of the Joint Declaration.

141 Note, as James Crawford, states that 'that autonomous economic system implies the rule of law … together with an immediate guarantee of individual rights', Crawford, *supra*, at p 3.

142 For a critique see, Gomes Canotilho, '[T]he basic idea of 'one country, two systems' does not have to be interpreted in a strictly functional sense. The autonomy of the Macau Special Administrative Region is not an organizational skeleton exclusively directed at the maintenance of a capitalist system. It is an organizational autonomy (regarding the horizontal

question remains only as to its extent and scope[143] and not its existence) and the continuity of the fundamental rights 'guarantistic' and pre-existent system in its general delineation, such as wide listing, enforcement, guarantees, its high value, no unconditional submission to the collective, and 'local' rather than central methods and ideology of interpretation and application. One can easily read in Art 11(1) of the Basic Law the pre-eminent values that, following the steps of the Joint Declaration, were the driving force in shaping Macau's constitution once the resumption of sovereignty was effected under the 'one country, two systems' principle. Returning to a now familiar expression, those comprise the contents of the constituent decision for the Basic Law of the Macau SAR.

Bearing in mind what was said before, several principles that preordain the constitutional system as a whole and also the fundamental rights constitutional subsystem or component will be tentatively identified.[144] The aim is to present the principles that have or may potentially have a contributive role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system. In other words, an integrated group of principles that constitutes the protective web of the fundamental rights system, shaping it into a potential and formal *pro libertate* one, from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the standpoint of the subnational unit.

In general, that is to say, as to what relates to the constitutional system, one can bring in here: the principle of obedience to the Joint Declaration basic policies; the principle of a constitution; the principle of continuity; the (sub)principle of the second system within the 'one country, two systems' principle; the principle of autonomy; the principle of democratisation; the principle of an own and distinct legal system; the principle of consti-

distribution of power) structural-internal (regarding the division of power among the different levels of government) and structural-external (regarding the competence in external affairs) that allows for a legal and political support to the substantive constitution of Macau (and not just the capitalist system)', G Canotilho, 'The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance', in One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau, *cit.*, at p 745 and ff..

143 Referring to Hong Kong, Albert Chen says, '[H]ere it must be pointed out that the domestic political system of the HKSAR falls short of international standards of democracy', and 'I would characterize the present political system of Hong Kong as one with constitutionalism but only partial democracy'. This means that, although without a very high degree, the fact remains that democracy is present, Chen, *supra*. The author further states that '[o]n the other hand, the Basic Law does provide for the possibility of further democratization of the SAR'. Noting however that there are still legal and political limitations to a full democracy, James Crawford notes of at least a responsive government and, in the long run, a democratic one, J Crawford, *supra*, at p 3.

144 It is not intended that the listing be exhaustive and complete. It is rather, in the author's continuing research, as a starting point.

tutionality; the principle of legality; the principle of separation of powers; and the principle of independent judiciary.

As to what concerns the fundamental rights constitutional subsystem: the principle of safeguarding;[145] the principle of self-containment and of exclusivity; the principle of a charter of rights; the principle of continuity of fundamental rights; the principle of non discrimination; the principle of safeguarding human dignity; the principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular; the principle of reception of at least minimum international standards; the principle of self-executing constitutional norms; the principle of 'local' philosophy interpretation and integrative methods; the principle of effective judicial protection; the principle of proportionality; the principle of overture to other rights in the Basic Law; the principle of overture to other rights outside the Basic Law; and the principle of extension to collective persons.

The above listings are open and they do not necessarily show any sort of hierarchisation or degree of relevance in the order that they are introduced. On the other hand, one will not be able to develop all the above mentioned principles, and the degree of densification of analysis of those selected will vary.[146]

2. The principle of self-containment and of exclusivity

In Macau (and Hong Kong), contrary to what is common in autonomous regions,[147] there is a comprehensive local bill of rights. Hence, there is a diversity in the recognition of fundamental rights *vis-à-vis* the sovereign, which may be seen as a symbol (another one) of the autonomy of the subnational unit.[148] However, besides this autonomous charter of rights, the Macau legal system goes further and presents itself as following the principle of

145 On this structural principle and its relevance to the whole fundamental rights system, P Cardinal, *supra*; AM Magalhães, *Restrições cit*..

146 It deserves to be mentioned that, although sharing the same format and spirit, there are some differences on the principles of the subconstitutional system of fundamental rights of the two SARs, especially in its expressly normativisation in the constitutional texts, such as in the case of the principles of non-discrimination and of human dignity.

147 With few exceptions that are recent, such as in Spain, particularly in Catalonia. See, for example, JC Andreu, 'Hacia una protección "multinivel" de los derechos en España. El reconocimiento de derechos en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas', (2007) 120, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 723.

148 C Fercot, 'La diversité des sources des droits fondamentaux: une caractéristique essentielle du fédéralisme. Les exemples des Länder allemands, des cantons suisses et des Etats américains', paper prepared for the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law in Athens, Greece, June 2007.

self-containment and of exclusivity.

This principle of a self-contained system of fundamental rights and of exclusivity constitutes one of the key characteristics of both the Macau constitutional system and of the fundamental rights system.[149] It is intimately connected with others, such as the principle of autonomy (which is one of the master components), the 'one country, two systems' principle, and the existence of a constitution and a charter of rights, etc. On the other hand, it represents a discontinuity in the sense that it ruptures the previous system by which there was a dual system of sources and of judicial mechanisms with a special emphasis on the Portuguese constitution.

The SAR cases present to the fields of comparative constitutional law a challenging and unique case study. In composite states, the system delineated for the fundamental rights establishment and guarantee is in normalcy anchored in two different complementary domains –the centre constitution on the one hand and, on the other hand, the subnational one. This is a particularly true assertion in formal federations, but it is also true in some regionalised states even if the techniques used vary in a great manner.[150]

Very different is the situation of the Chinese SARs. The centre constitution simply does not have a say in establishing fundamental rights in the regional level.[151] Again, at-

149 As stated, for example in, Cardinal, *supra*. See also, 'A first approach reveals the nuclear character of the positive legal sources of the fundamental rights, as a result of their recognition being totally autonomous with regard to the constitutional law of the People's Republic of China', JB Gouveia, *supra*.

150 Even within the same federal composite entity, as for instance in the case of Mexico, three methods of subnational fundamental rights system cohabit: a) a general clause of incorporation stated in the local constitution establishing that the inhabitants of that state enjoy the rights enshrined in the federal constitution; b) with or without the general clause of incorporation the local constitutions reproduce the federal catalogue or parts of it; and c) the arid way by which one does not find the general clause of incorporation or a comprehensive catalogue but sparse references are given to fundamental rights. On this and for further development, JC Tinoco, 'La incorporación de los derechos humanos en las Constituciones locales mexicanas, Derecho y seguridad internacional', in Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados; Ricardo Méndez Silva, (Coord); UNAM, 2005, p 366 ff Or even in terms of timing, as in the case of the United States where some local units preceded the federal one in establishing fundamental rights as, among others, Pennsylvania, Vermont, and Maryland; on this, see, for example, DT Beasley, 'Federalism and the protection of individual rights: the American state constitutional perspective', in E Katz and GA Tarr (eds), *Federalism and Rights*, Rowman & Littlefield, Maryland, 1996, p 102. For a general and comparative analysis especially for these three specific cases, see Fercot, *supra*.

151 See, for example, W Zhenmin, 'Uma tentativa de abordagem sobre a eficácia da Constituição nas Regiões Administrativas Especiais', (2006) 73, *Administração,* 2006, 973; X Chang, 'Nova reflexão sobre a relação entre a Constituição da República Popular da China e as Leis Básicas', (1999) 45, *Administração* 669–670; Xingping, *supra*, at p 74, says, 'Under the principle "One country, two systems", the socialist principles and policies established in the Constitution are not applicable in the Regions (SAR). In accordance with Art 11 of the Basic Law, the systems and policies practiced in the MSAR, including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, the executive, legislative and judicial systems, and the relevant policies, are based on the

tention is drawn to Art 11(1) of the Basic Law – the systems and policies practised in the Macau SAR, including the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, shall be based on the provisions of this Law. This principle proves beyond doubt that at least in the referred areas in Article 11, in the case at stake concerning the system of fundamental rights, there is no place at all for the Chinese Constitution in the Macau legal system.[152] Specifically concerning the issue of fundamental rights, Macau enjoys statehood-like situation or status, be it in its establishment in constitutional terms because, as seen before, the Basic Laws are not the product of an exclusive and unrestricted will of the sovereign, as evidenced by its detailing (in a legislative fashion), its application (both in administrative and judicial terms), its popularisation, its changes and its ideology.

This self-contained system constitutes one of the most important and distinctive features of the Macau subnational entity in which contrary to known examples in federated states (such as in Germany, Switzerland, Mexico or the USA) and in autonomous regions (namely the Portuguese, Spanish and Italian ones), there is no place available for the application of the central constitution or for the central courts machinery. The fundamental rights articulated in the Chinese Constitution do not extend into Macau's 'new' legal order. Thus, on these matters, the Basic Law shields Macau from the correlative norms of the PRC Constitution. In other words, the system of fundamental rights is self-sufficient and concedes to outside norms only to the extent properly allowed, such as regarding the international covenants and also to ensure concurrence with the stipulations in the Joint Declaration.

There can be, however, a couple of possible exceptions and thus a window can, in a certain way, be opened to the reception of the Chinese legal order, including its laws. Some of such possible ways are the mechanism of interpretation of Art 143, and the other being the proviso inserted in Art 18 on state of war and of emergency.[153]

provisions of the Basic Law. This means that the Constitution is applicable in the MSAR, except for those rules that are related to the socialist principles and policies and the ones referred in Art 11 of the Basic Law'.

152 In this sense, the SAR example is unique and embodies quite the opposite stance to known examples of composite states. Its fundamental rights system mirrors more of a sort of *fundamental rights declaration of independence* rather than of a declaration of autonomy when compared to the abovementioned situations, both in federal and non-federal states, where the rule is the applicability of the Constitution of the sovereign state in spite of the existence of substate charters of fundamental rights or of its contents and extension. In short, there is not in the SARs a domestic multilevel system of fundamental rights — in sharp opposition to any known models of composite states.

153 Making this point concerning Art 18, MC Davis, 'The Basic Law and Democratization in Hong Kong', (2006) 3, *Loyola University Chicago International Law Review,* 180, says that this article (and Art 23) elevate concerns over mainland intervention.

The mechanism of interpretation may, indeed, have the potential to 'export' to Macau namely certain postures of the centre *vis-à-vis* the fundamental rights and thus impose a fracture to the 'European influences'. The issue is extremely complex. Art 143 could potentially serve either as a threat to autonomy, in other words, become its 'Achilles' heel',[154] or create possibilities for its expansion.[155] This provision establishes that the power of interpretation of the Basic Law is vested in an external body, the NPC Standing Committee. This is a political institution, not a judicial one, and this results in the imposition of a method that is foreign to Macau. The new system goes against the idea of autonomy proclaimed for Macau. Regarding provisions of the Basic Law that relate to issues within Macau's autonomy, the NPC Standing Committee 'shall authorize the courts of the Macau SAR' when adjudicating cases 'to interpret [them] on their own'. However, if the cases involved are within the scope of the autonomy as in the case of fundamental rights, the question that arises is why is it necessary for an external body to authorise the local courts to interpret these provisions.[156]

As for Article 18(4), it states that in the event that the Standing Committee of the NPC decides to declare a state of war or, by reason of turmoil within the Macau SAR which endangers national unity or security and is beyond the control of the government of the Region, decides that the Region is in a state of emergency, the Central People's Government may issue an order applying the relevant national laws in the Region. One has to note the absence of a listing of rights that may not be suspended and in what terms can such rights be suspended, as well as the absence of any set of rules prescribed by the Basic Law.[157] In that norm, it allows the implementation, though in our view temporarily only,

154 Y Ghai, 'The imperatives of autonomy: contradictions of the Basic Law', in J Chan and L Harris (eds), *Hong Kong Constitutional Debates* (2005), *Hong Kong Law Journal Limited* ,p 40.

155 That is, if there is a trend in interpretation friendlier to the autonomy and its expansion than the one that favours the centre. This may not be likely, but, in theory, the potential for broadening is there. As for Hong Kong, 'Unfortunately, the constitutional problems have not been resolved by this *modus vivendi*. The Basic Law is not self-contained – it has not established a complete constitutional "firewall" around the HKSAR. There remain several means by which China's laws – and legal mores – may cross the border and mingle adversely with Hong Kong's common law regime. The most detrimental conduit has been and remains Art 158 of the Basic Law, which allows the Standing Committee of the NPC to interpret the Basic Law', F Hualing and R Cullen, 'Two Views of Hong Kong's Basic Law: But Hong Kong Should Seek A Better Way…', 2 *Hong Kong Journal*, 2006, available at www.hkjournal.org/.

156 Regarding Hong Kong, Ling Bing, makes a very strong point, resorting namely, to the draft history of the corresponding Art 158 of the Basic Law, concluding that the power of the NPCSC to interpret the Basic Law is limited to the provision that are outside the limits of the autonomy of the Region, L Bing, 'Subject matter limitation on the NPCSC's power to interpret the Basic Law', (2007) 37, *Hong Kong Law Journal,* 619.

157 Although in a somewhat different presupposition, Jorge Bacelar Gouveia defends the 'drafting of balanced rules for the suspension, in view of the BLM's silence in that respect. The rules could flow directly from the constitutional principles or from existing norms enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights and in the Inner

of centre laws directly affecting fundamental rights and thus making an exception to the self-contained system and the principle of exclusivity. One must point to the necessity of an extraordinary situation arising[158] and thus in normalcy it would be illegitimate to apply the national laws. Moreover, that procedure must be made with extreme caution in order to safeguard the internationally and constitutionally guaranteed autonomy and, as said, the effects must only be temporary, which leads us to say that we are faced with an exception to the principle of exclusivity that is, redundantly saying, exceptional and temporary.

3 The principle of 'local philosophy' in the interpretation and integrative methods

This principle is one of the anchors of the maintenance of the 'European roots'.[159] In fact, having its constitution and having a mandate to address the issue of fundamental rights in an exclusive matter must also signify that the system is impregnated with its own set of values and philosophy that must come in hand when interpreting and implementing fundamental rights, as well as when integrating lacunae – filling gaps.

> It is important to mention the essential aspects of the conception that was in force in Macau until 19th December 1999, which is subjacent to the ICCPR and to the CFREU, and that in principle ought to be the one of BLM. This is about the democratic and liberal conception of fundamental rights. The acknowledgement of the fundamental rights lies on the dignity of the human person, which is the beginning and the end of the organization in society;

Security Law of Macau', *The fundamental rights cit*. We have voiced doubts on the procedure contents *maxime* its non normativization in the Basic Law, JB Gouveia, *supra*, at p 58.

158 H Fix-Zamudio, 'States of emergency and defending the Constitution', (2007) 7, *Mexican Law Review,* provides a historical account and warns of excesses that were practiced in several latitudes and thus mandating comprehensive constitutional regimes about states of emergency saying, for example, 'the Constitutions promulgated in the late 19th century included guidelines on the states of emergency. These guidelines required mandatory intervention from the Legislative branch to authorise and supervise the declarations of exception or of emergency to be exercised by the Executive' and a tendency that 'has become stronger in recent years is characterised by the fact that situations of emergency or of exception are instituted according to the procedures established by constitutional provisions, precisely for the purpose of upholding democratic constitutional provisions'.

159 Of relevance in this issue is, namely, the historical-philosophical foundation of fundamental rights in the 'Western thought', see, for example, a brief and pedagogic summary in AE Rocha, 'Direitos Fundamentais e Perspectivas Filosóficas no Pensamento Ocidental', paper presented at the Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução, 2008. Presenting a comprehensive nutshell of perspectives of fundamental rights in the 'West *vis-à-vis* socialist one', JR Novais, 'As restrições aos direitos fundamentais em Macau', paper presented in *idem*.

> on the individualistic and humanistic idea of free development of the human beings personality; on the creation of conditions for a full citizenship and on the definition of the respective collective destiny by the communities in which they are integrated. The contents and the exercise of these rights benefit from a general principle of *favor libertatis* and their delimitation, suspension or restriction is subject to strict rules of grounding, controllability, plainness, specification, temperance and proportionality.[160]

One should again stress here the prevalent role of the Joint Declaration as an interpretative tool in shaping and reinforcing the segment of the 'second system'.

An intense debate has arisen in several composite jurisdictions on whether the interpretation of a given fundamental right inserted in a local constitution should be made in 'obedience' to the centre – eg, federation – or instead should be made in line with the 'local' reality and set of values. In the United States, for example, there is a tendency to resort to a localised interpretation of the subnational constitution since, even when faced with similar normative texts both in the federal level and state level, the local rule has its own history and singularity.[161] Thus even in a situation of a dual system of protection, one can find a tendency for a periphery rather than a central interpretation. So, with much more justification, one can choose the local interpretation in a system of exclusivity as seen above.

As Jorge Menezes Oliveira warns us:

> Resorting to the interpretation of protection of rights' provisions according to Chinese principles and tradition would very likely turn out to be a self-defeating undertaking. Bearing in mind the three main purposes of the Basic Law, I believe that one can find reasonably safe grounds in the Basic Law itself to claim that it is to be interpreted according to the techniques and principles

160 V Canas, *The general regime of fundamental rights cit*., p 657.

161 See, for example, GA Tarr, 'Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos', in M Aparicio (eds), *Derechos y libertades en los Estados compuestos,* Barcelona, Atelier, 2005, p 59, tells of the role of both sources, federal constitutions and state constitutions. On the Mexican case and the emergence of the 'judicial federalism', H Fix-Zamudio, 'Relaciones entre los tribunales locales y federales*, in* Las entidades federativas y el derecho constitucional', in MNG Parral (Coord), UNAM/IIJ2003, 126. See also, H Fix-Zamudio and SV Carmona, *Derecho constitucional Mexicano y comparado*, 4th ed, Porrúa, 2005, p 920.

characteristic of Macao's autonomous legal system.[162]

Thus, in order to comply with this autonomic fundamental rights system, there is to be no importation of rules, methods of interpretation, and methods and theories of fundamental rights that are observed in the PRC. On the contrary, the matrix must be the Western idea of fundamental rights fully embodied in the Macau legal order before 1999. This is particularly important as these embody an extremely different general approach to the subject matter when compared to that of the SARs.

To sum up, in one country, we (are promised to) have two systems.

162 JM Oliveira, 'Interpretation of the Basic Law', in P Cardinal and J Oliveira (eds), *One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Springer.

FRAGMENTOS EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL DE MACAU

DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

FRAGMENTOS EM TORNO DA *CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL* DE MACAU

– DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA [#]

I

Prelúdio

«O direito processual penal é (...) verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente.»

JORGE FIGUEIREDO DIAS[1]

«Por comparação com a China, o direito processual penal de Macau tem uma história mais longa e por isso as suas disposições legais são mais pormenorizadas, suficientes e operativas, ao mesmo tempo que tal constitui ainda o resultado de uma prática judicial e de um estudo teórico durante um período longo de tempo (...) Tendo em conta o facto de se estar na fase inicial do estudo teórico, não é surpreendente que a Constituição chinesa e o Código de Processo Penal sejam ainda muito simples. (...) na prossecução

[#] Texto originalmente elaborado para as Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direito processual penal – estado presente e perspectivas de evolução, Macau, publicado em Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direito processual penal – estado presente e perspectivas de evolução, Leonel Alves/Paulo Cardinal (coords), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, e em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, org. Manuel da Costa Andrade *et all*, Coimbra Editora, 2010.

1 *Direito Processual Penal*, *I,* Coimbra Editora, 1974, p. 74.

dos fins do direito processual penal, em Macau a passagem da tradição de combate ao crime a de reforço da protecção dos direitos humanos constitui uma exigência necessária da evolução do direito processual penal e o seu resultado necessário num momento em que as práticas do processo penal e o desenvolvimento teórico já atingiram um determinado estado histórico. A China, pelo contrário, tem vindo a privilegiar a função do processo penal de combate ao crime. Todavia, a alteração actual do Código de Processo Penal resulta, em princípio, da exigência de reforço da protecção dos direitos humanos.»

XIAO SHENGXI/SUO ZHENGJIE [2]

«One Country, two systems is a special concept (…). It means that China recovers its sovereignty over the former colonies without changing their existing social and political systems, which are completely different from those practised throughout China's mainland.».

YANG FENGCHUN[3]

«*El trato que los poderes públicos le otorguen a los seres humanos en cumplimiento de una ley que afecta la dignidad humana, debe ser considerado como un detrimento de los valores de que goza el ser humano por el hecho de ser persona.*»

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO[4]

Afigura-se-nos de possível utilidade para o ilustre auditório, a modos de prevenção, apresentar algumas *bóias de sinalização* à navegação que procuraremos empreender e, para tal, socorremo-nos do método de citações de outrem as quais expressam, de forma tão compactada quanto profunda, *ideias chave* que nos servem de fundação para o tema que aqui nos traz. Por outro lado, confessa-se algum conforto num eventual respaldo proporcionado por escritos de terceiros, não que se receie caminhar eventualmente só.

Por outro lado, e não é por um pretenso exercício de cultivo de falsa modéstia, a designação desta comunicação assenta, a abrir, na ideia de fragmentariedade. E, em boa verdade, é disso que se trata porquanto não se pretende elaborar uma possível teoria da constituição processual penal de Macau, com o que nomeadamente ela possa ter de pró-

2 *Estudo comparado do direito processual penal de Macau e da China*, Perspectivas do Direito, 1, p 30.

3 *Chinese Government*, Foreign Languages Press, Beijing, 2004, pp. 247-248.

4 *Sentença*, 30, 1, em *Cincuenta anos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, JURGEN SCWABE, Konrad Adenauer Stiftung/EJ Gustavo Ibanez, 2003, p. 17 (demais dados identificadores do aresto constam deste citado volume também a páginas 17).

prio, nem inventariar todo o seu conteúdo. Convocaremos, apenas, alguns dados e, é mister referir, seremos pouco imparciais na recolha a apresentar. Com efeito, dado que as lentes de que nos vamos servir para mirar o tema são, assumidamente, as do direito constitucional em geral e dos direitos fundamentais em particular, serão estas também as matérias privilegiadas. De resto, os princípios identificados em subtítulo já para aí permitiriam, de algum modo, insinuar.

Partimos de um conceito *operativo* de constituição processual penal como plataforma de apresentação e sustentação de algumas ideias base que devem presidir a uma análise da, e se repercutem com especial vigor e premência, na temática processual penal (e penal em sentido lato) sobretudo enquanto imbuída e dominada por valores constitucionais[5].

Esta partição da constituição não é nova – recorde-se, por exemplo, análises sobre a *constituição económica*, a *constituição fiscal* ou a *constituição penal* – e contribui para a compreensão do efeito de irradiação que a Constituição deve ter, ou seja, adjuva na compreensão da constituição como direito *vivo e de vera existência fáctica* que permeia vários ramos do direito e que deve merecer aplicação e concretização judicial tal qual outro direito *ordinário*. Por conseguinte, também aqui nada de novo. Refira-se, aliás, que este exercício de identificação da constituição processual penal de Macau foi já levado a cabo[6].

Uma outra advertência reside na circunstância de não haver, no que se segue, um tratamento harmonioso no sentido de, aos vários pontos, não ser dispensada a mesma densificação ou o mesmo desenvolvimento na sua exposição.

Daremos conta breve, de seguida, de algumas questões que se apresentam como necessárias para uma adequada contextualização e também como forma de elaborar algu-

5 Entre muitos outros, JORGE FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 74 e seguintes, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal,* I, Verbo, 1993, p. 56, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *A nova constituição processual penal*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48 , vol. II, Setembro 1988, páginas 425 e seguintes, TERESA P. BELEZA, *Apontamentos de direito processual penal*, AAFDL, 1992, pp. 47 e seguintes. E, com expressas referências a Macau, JORGE CARLOS FONSECA, *Fundamental rights and constitutional limits and constraints to the police action in the criminal procedure: several aspects in some Jus-lusophony systems*, em vias de publicação em One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P.Cardinal/J.Oliveira (eds), Springer, COSTA ANDRADE, *Constituição e direito penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, 13, p 209, LEONOR ASSUNÇÃO, *Princípios de direito penal e direitos e garantias processuais penais dos residentes de Macau, no contexto da Lei Básica*, Administração, 19/20, p. 129.

6 JOSÉ FARIA COSTA, *A Lei Básica da RAEM e o processo penal – afloramento de alguns pontos 'básicos'*, Boletim da Faculdade de Direito, 13, Macau, pp. 217-222. Com referências à constituição processual penal em três ordenamentos juslusófonos, incluindo Macau, JORGE CARLOS FONSECA, *Fundamental rights and constitutional limits cit.*.

mas precisões o que, atenta a singularidade de Macau, a tantos títulos, poderiam na sua incerteza ou esquecimento hipotecar algumas das reflexões que trazemos neste *paper*.

II
Contextualização

Macau, outrora território sob administração portuguesa, é uma Região Administrativa Especial da República Popular da China estruturada em torno de princípios rectores como os de «Um país, dois sistemas» e do «alto grau de autonomia» *ex vi* os comandos normativos expressos pelo tratado internacional[7] denominado Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau[8], posteriormente plasmados, densificados e expandidos pela Lei Básica da RAEM[9], lei aprovada nos termos excepcionais permitidos pelo artigo 31.º da Constituição da RPC, e por aquela exigida.

O sistema jurídico de Macau, enquanto RAE, detém um conjunto de traços caracterizadores que se podem traduzir em vários princípios, nomeadamente quanto ao ordenamento constitucional. Não é este o momento adequado para a eles dedicarmos uma análise[10] mas tão somente explanar, em passo apressado, um ou outro que elegemos porque ao tema da presente comunicação, neste pré momento, interessem sobremaneira.

O estatuto de Macau e o acervo de poderes de que goza e, bem assim as garantias

7 Que a Declaração Conjunta é um tratado internacional não deve restar sombra de dúvidas nem deve pairar a mínima reserva, ainda que porventura motivada em elementos de ocasião ou em considerações de pura política. Veja-se neste sentido, entre tantos outros, JAMES CRAWFORD, *Rights in One Country: Hong Kong and China*, Hochelaga Lectures, Faculty of Law, HKU, 2005, pp. 3 e 4, RUI MOURA RAMOS, *A Declaração Conjunta Luso-Chinesa na Perspectiva do Direito Internacional*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. 74, 1998; pp. 671 e seguintes, CHEN ZHI ZHONG, *The Joint Declaration and the International Law,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, 11, 2001, pp. 89 e seguintes.

8 Assinada por ambas as partes soberanas contratantes em Pequim, a 13 de Abril de 1987. Foi, em Portugal, aprovada para ratificação pela Resolução nº 25/87 da Assembleia da República, ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 38-A/87 e posteriormente publicada no Boletim Oficial de Macau, 23, 3º Suplemento, de 7 de Junho de 1988. Foi depositada por ambas partes nas Nações Unidas.

9 Adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e promulgada pelo Decreto nº 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999 e publicada no Boletim Oficial de Macau, 1.ª série, a 20 de Dezembro de 1999.

10 Fizemo-lo em *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region,* comunicação apresentada à 20th LAWASIA Biennial Conference, Hong Kong, Junho 2007, sessão Public Law – Constitutional Protection of Human Rights.

arregimentadas, não encontram paralelo – isto é, para além do símile exemplo de Hong Kong – nem no direito constitucional comparado nem na sua história. Como também a sua posição e relacionamento *vis-à-vis* o direito internacional, em um punhado de questões, é singular. Destes *factos jurídicos*, corolários há que necessitam de ser tirados e que se traduzem, em não raras vezes, em soluções *prima facie* aparentemente inadequadas, anacrónicas e infundadas e, como tal, incompreendidas e objecto de resistências e negação; todavia, só na aparência é que essas soluções padecem daqueles tantos e tão graves vícios. Soluções inovadoras, arrojadas e diferentes não equivale a dizer soluções erradas.

O ineditismo e virtuosismo do princípio político-jurídico «Um país, dois sistemas» dita soluções (compromissórias) que rompem com cânones e habituações, não se compadecendo com, por exemplo, concepções clássicas e ultrapassadas de soberania nem com teses de desconstrução ou despromoção do segmento «dois sistemas» daquela máxima elaborada por DENG XIAOPING[11].

A Declaração Conjunta e o princípio da obediência às suas políticas fundamentais

Podemos afirmar que a Declaração Conjunta estabelece o conjunto de princípios que regem a transição em sentido amplo[12], estatui um conjunto de *políticas fundamentais* para variados segmentos da RAEM, por exemplo os sistemas social, económico, jurídico, judiciário ou dos direitos fundamentais e, bem assim, estabelece determinados períodos de transição, *rectius* subperíodos.

Em determinada perspectiva apresenta-se intransponível a constatação de que a Declaração Conjunta constitui um espartilho ao pleno exercício de soberania sobre este enclave prenhe de autonomia, só que, este ónus é desejado e concretizado de livre vontade por aqueles estados soberanos num normal exercício dos seus poderes jus-internacionais, nomeadamente concretizando o seu *jus tractum,* conforme as regras internacionais estabelecidas e

11 Recorde-se o que *a propos* afirmou, nomeadamente, «*Even after 50 years our policy will not change either. That is, for the first 50 years it cannot be changed* », *On the Question of Hong Kong*, New Horizon Press, 1993, p. 61.

12 A qual, nesta acepção, apenas termina em 2049. Na verdade, por período de transição há que entender-se todo o tempo de vinculação das partes contratantes, Portugal e RPC, ao tratado internacional que decidiram celebrar, prolongando-se por um período de cinquenta anos após a transferência de soberania, período este em que se garante a existência da própria RAEM *qua tale* e, bem assim, da Lei Básica, como se afirma no (12) do nº 2 da DCLC. Para mais desenvolvimentos o nosso*, Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, 2006, pp. 24 e seguintes. No mesmo sentido veja-se, entre outros, JORGE GODINHO, *Macau SAR Business Law and Legal System*, Lexisnexis, 2007, p 2.

vinculando-se de acordo com o regime procedimental interno de cada um daqueles sujeitos de direito internacional os quais, presume-se, agiram de boa fé e fieis ao princípio *pacta sunt servanda* e de tudo isso dando testemunho público e formal junto da comunidade internacional por virtude do depósito do tratado internacional junto das Nações Unidas. São, destarte, limitações *auto-impostas* e vertidas num instrumento convencional internacional, as quais se reflectem numa refracção de exercício de um feixe alargado de poderes por parte do *novo* soberano face a Macau, indiscutivelmente parte integrante da China. Com efeito, durante cinquenta anos a China reservou para si o exercício de apenas alguns poderes, nomeadamente relativos a defesa nacional, relações externas, interpretação da lei fundamental de Macau, nomeação de alguns titulares, repousando (quase) todo o restante nas mãos dos órgãos locais[13] como expressão do forte esquema de autonomia de que goza Macau.

Como bem escreveu GOMES CANOTILHO, a Declaração Conjunta estabeleceu «*as regras do jogo*» da transferência de soberania, jogo esse «*difícil e incerto mas, apesar de tudo, com regras...*»[14]. As regras do jogo apresentam-se em forma de compromisso *inter-geracional* porquanto a Declaração Conjunta caducará apenas em meados do presente século mantendo-se, destarte, uma fonte do direito na RAEM para a actual e para as futuras gerações de Macau enquanto compromisso de garantia e de estabilidade acordado pela China e por Portugal e que os vincula pelo mesmo lapso de tempo.

A Declaração Conjunta permanece bem presente no sistema jurídico de Macau não devendo, pois, ser olvidada. E permanece num patamar sobrelevado na hierarquia das fontes[15]. As suas normas, designadas como «políticas», estabelecem as obrigações que, pós 1999,

13 Ver, por exemplo, WANG ZHENMIN, *Um País, dois sistemas e a Lei Básica de Macau,* comunicação apresentada na Assembleia Legislativa de Macau, Macau, 2007.

14 *As Palavras e os Homens - reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e no Direito Comparado, 1999, p. 336.

15 . A qual se apresentará como uma *Grundnorm de classe superior* – inclusive *vis-à-vis* a Lei Básica - e externalizada, não podendo a Lei Básica, por exemplo, eliminar do seu próprio articulado um dado direito fundamental que se ache preconizado na Declaração Conjunta, quer pelo comando estatuído nesta como se viu quer pela confirmação que aquela faz no seu artigo 144º ao afirmar peremptoriamente que nenhuma revisão desta Lei (Básica) pode contrariar as políticas fundamentais relativas a Macau definidas pela RPC, as quais foram definidas, como se consabe, naquele tratado internacional. Cfr. PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau cit*., p. 29, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei básica da futura Região Administrativa Especial*, revista Administração, nº 19/20, pp. 24 e 25. GOMES CANOTILHO afirma que não repugnaria defender a tese de que «*durante o lapso temporal de cinquenta anos os princípios de políticas fundamentais plasmados na Declaração Conjunta constituiriam limites substantivos ao exercício do poder do Estado Chinês no direito territorial de Macau*», *As palavras e os Homens cit*, p. 340.

têm a RPC como destinatário, as quais poderão mesmo constituir «limites de natureza material» ao poder legislativo encarregado de elaborar e alterar a Lei Básica, nos dizeres de GOMES CANOTILHO, sempre úteis de rememorar, que descortina na Declaração Conjunta funções garantística, dirigente, dinâmica e interpretativa, no âmbito da RAEM[16].

Atrevemo-nos a afirmar que, por esta via pactícia, formal, *amistosa* e de concessões mútuas de alto relevo com impacto em questões de soberania, a resolução de um problema de cariz colonial legado pela História - sempre susceptível de motivar dificuldades gravosas e transversais como em tantos e tantos exemplos a história contemporânea tem demonstrado - Portugal e a China contribuíram para a dignificação do direito internacional – em tempos tão conturbados e de alguma falência do direito das gentes – e, porventura, revisitaram, e reavivaram, o espírito que perpassa a *Paz Perpétua Kantiana*[17] fornecendo um exemplo de *Bem Fazer* aos seus parceiros na arena jus-internacional[18].

A autonomia

Macau, tal como solenemente proclamado pela Declaração Conjunta e pela Lei Básica, goza de um alto grau de autonomia. Esta proclamação não se limita a uma *bonita* narrativa ausente, no entanto, de conteúdo. Bem pelo contrário. O princípio da autonomia é vasta e ricamente preenchido de tal sorte que coloca sérias inquietações quando se pretende colocar a autonomia da RAEM num contexto de direito constitucional comparado[19]. E tal sucede quer

16. GOMES CANOTILHO, *As palavras e os Homens cit.*, págs. 340 a 342.

17 Veja-se, IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua – um projecto filosófico*, (1796) em A Paz Perpétua e outros opúsculos, Edições 70, 1995, pp. 119 – 171, e, desde logo, os *artigos* preliminares e definitivos para a paz perpétua e, nomeadamente, a afirmação que o a paz perpétua é uma tarefa e não uma ideia vazia, p. 171. No fundo, arriscamos dizer, em presença neste *jogo soberano* esteve o ideal cosmopolita Kantiano de resolução pacífica de um (potencial) conflito internacional o qual, ademais, envolvia não só questões – sempre importantes - de orgulho nacional e de reclamação territorial como colocava em situação de interesses opostos, não duas potências (como por exemplo no caso de Hong Kong) mas outrossim uma potência e um pequeno país distante. Como também uma certa ideia *actualizada e localizada* de um direito de *hospitalidade*, a qual pode ser reconhecida em vários preceitos que enformam um certo estatuto de garantia perante não nacionais chineses, v.g., portugueses ou ainda uma *constituição* (DCLC e LB) fundada nos princípios da liberdade

18 Exemplo que, diga-se, tem sido tentado concretizar em outros areópagos. Algumas tentativas simplesmente frustradas e sem qualquer sucesso (por exemplo nos Balcãs), outras ainda em fase de (tentativa de) construção, (por exemplo no subcontinente indiano).

19 «*Placing the two SARs in a comparative perspective is (…) highly problematic. This model of autonomy includes elements typical of the regional, the federal, the unitary and the confederal arrangements but it does not correspond to anyone of these*», MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models*, em vias de publicação em One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.* Sobre estas questões e, em geral para o estudo da autonomia da RAEM, para mais desenvolvimentos, PAULO CARDINAL, *Continuity and*

por razões de apriorística análise quantitativa, quer por razões de qualificação. Por outro lado a sua relevância para Macau (e Hong Kong) é deveras enorme não faltando quem, por exemplo, enfileire o princípio da autonomia conjuntamente com o da continuidade e o da protecção de direitos enquanto os três fins principais que o conteúdo da Lei Básica revela e consagra[20].

Para o que ao nosso tema interessa é mister recordar que, como afirma o preâmbulo da Lei Básica que *não se aplicam em Macau o sistema e as políticas socialistas. As políticas fundamentais que o Estado aplica em relação a Macau são as já expostas pelo Governo Chinês na Declaração Conjunta*. Por outro lado, nos termos do artigo 2.º, a RAEM *exerce um alto grau de autonomia e a goza de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes*, com enfatiza o artigo 5.º e *os sistemas e políticas aplicados em Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei Básica*, artigo 11.º da lei fundamental. Mas também, *o órgão executivo e o órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau são ambos compostos por residentes permanentes da Região*, artigo 3.º e, *nenhuma repartição do Governo Popular Central, província, região autónoma ou cidade directamente subordinada ao Governo Popular Central pode interferir nos assuntos que a RAEM administra, por si própria,* como proclama o artigo 22.º.

Decorre ainda do princípio da autonomia, entre muitos outros aspectos, a concretização de um sistema jurídico também ele autónomo[21]. Próprio, distinto, e elemento de contras-

autonomy – leading principles shaping the fundamental rights constitutional system in the Macau Special Administrative Region, a publicar no livro *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto Mexicano De Derecho Procesal Constitucional/ Marcial Pons, México, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach,* em vias de publicação em One Country, Two Systems, Three Legal Orders *cit.* Especificamente para Hong Kong, YASH GHAI, *The imperatives of autonomy: contradictions of the Basic Law*, in Hong Kong Constitutional Debates, Johannes Chan/Lison Harris (eds), HKLJ, 2005, ALBERT CHEN *The theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong,* em vias de publicação em One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*.

20 Por exemplo, JORGE MENEZES OLIVEIRA*, Interpretation of the Basic Law by the courts of the Macau SAR*, em vias de publicação em One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*.

21 Se é que não mesmo independente (ou quase), ao menos em algumas áreas, desde logo face à Constituição da

te *vis-à-vis* o do poder soberano, isto é, constitui uma componente do segmento «segundo sistema» do princípio «Um país, dois sistemas». É disto que daremos conta de seguida.

Um sistema jurídico próprio e *imunizado*

Como se viu já, Macau está dotado de um sistema jurídico próprio, com as consequências que daí se achem de retirar. O princípio geral é o da separação do sistema jurídico de Macau face ao do da China soberana, a excepção é a da intersecção de ambos os sistemas[22], facto que ocorre em apenas algumas limitadas circunstâncias[23].

O sistema jurídico de Macau é, destarte, composto por regras próprias[24], enformado por princípios que lhe são conaturais e historicamente sedimentados e que se apresentam, alguns, como pré condicionantes[25] – e aos quais não se lhes exige similitude ou conformida-

RPC, *ex vi* do disposto no artigo 11º da Lei Básica, «*Ao abrigo do artigo 11º da LB, os sistemas e as políticas aplicados na RAEM (...) , baseiam-se nas disposições da LB. Quer isto dizer que a Constituição é aplicável na RAEM, salvo as disposições respeitantes aos sistemas e políticas socialistas e as referidas no artigo 11º da LB*», WU XINGPING, *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, pp. 74. Veja-se, ainda, em sentido símile, WANG ZHENMIN, *Uma tentativa de abordagem sobre a eficácia da Constituição nas Regiões Administrativas Especiais*, Administração, 73, 2006, p. 973, XU QING, *A Natureza e o estatuto da Lei Básica da RAEM – uma tentativa de abordagem,* comunicação apresentada ao Seminário intitulado Linhas de Evolução do Direito da RPC – Reflexos em Macau, 1994.

22 YASH GHAI, *The intersection of Chinese Law and the common law in the Hong Kong Special Administrative Region: Question of technique or politics?*, Hong Kong Law Journal, 37, 2, 2007, pp 363 e seguintes.

23 YASH GHAI, *The intersection cit.,* pp. 372-373, identificando, por exemplo, a aplicação das leis nacionais (com um âmbito de aplicação deveras restrito), alteração da Lei Básica e sua interpretação. Especificamente quanto a Macau, LIU GAOLONG, *Leis nacionais a aplicar na Região Administrativa Especial de Macau*, in Repertório de Direito de Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, pp. 49-50, diz-nos que o âmbito de aplicação a Macau das leis nacionais tem um alcance muito limitado e uma baixa quantidade. CARLOS BLANCO DE MORAIS fala-nos, em comparação com o sistema anterior, de uma capacidade de penetração menor por parte da legislação soberana acompanhada de uma maior amplitude da legislação local, *A organização do poder politico-legislativo no Território de Macau – durante e após a transição para a soberania chinesa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2002, p. 147.

24 Note-se que, para além de poucas interferências ao nível das fontes do direito, o pouco que vem de fora, Lei Básica incluída, de algum modo *rearranja-se* ao sistema que vai incorporar. Quanto à Lei Básica, é mister ter presente que tem um conteúdo magno pré-definido pela Declaração Conjunta e dá concretização a vários princípios de *reforço local* como os da continuidade e autonomia.

25 Atente-se em «*A elaboração de nova legislação(...) impõe ainda que seja atendida, prudentemente, a relação entre a Lei Básica e as leis anteriormente vigentes, mas também que sejam mantidas as características do direito continental europeu, de modo a assinalar o estilo típico de Macau.»,* SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, 2002, p. 54. LIUTING WANG, *Macao´s return: Issues and concerns*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 22, 1999, nº 2, p. 180 fala-nos na necessidade de o *novo* soberano reconhecer a existência de um sistema jurídico distinto em Macau e bem assim do acervo dos costumes sociais locais. Veja-se, ainda, detidamente, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico ,cit.* pp. 24 e seguintes.

de com os que imperam na *mainland* – constitucional e *jusinternacionalmente* garantidos, um sistema específico de fontes, que se expressa numa língua característica *própria*[26], uma magistratura e uma maquinaria judicial exclusiva e excludente – donde não ser possível a intervenção de magistraturas externas e não haver sequer interferência em sede de recurso[27] - um ministério público também exclusivo e excludente e, por tudo isto, a imposição de uma interpretação com cânones e métodos *locais* e consequente arredabilidade da uma interpretação subordinada a critérios do *Meio*, quem quer que seja que interprete, incluindo no que respeita à interpretação da Lei Básica[28].

Pode ainda afirmar-se que vigora um regime de *numerus clausus* quanto à conformação externa do sistema jurídico de Macau, seja nos meios seja na legitimação[29], e no restante – maioria imensa – o sistema jurídico de Macau está dotado de uma garantia de imunidade vis-à-vis o sistema jurídico da China continental[30]. De outra perspectiva já se afirmou estarmos perante um sistema *auto-referenciado* e *auto-fechado*[31].

Em consolidação destas linhas estruturantes importa sobressair a pertença de Macau à família jurídica continental em geral e – se assim se pode falar- à subfamília jus-lusófona[32]. Tal permite, desde logo, e sem dramas, obter um respaldo doutrinário e jurisprudencial do qual Macau bem carece, no fundo nada mais – apesar de em causa estar uma outra família

26 ZHU LIN, *A situação da língua chinesa nas sentenças judiciais de Macau – duma perspectiva dos direitos fundamentais*, Administração, 75, 2007, p. 159.

27 Não se esquece aqui a possibilidade de intervenção na ordem jurídica de Macau, por parte de um órgão político, a pretexto do mecanismo de interpretação inovadoramente plasmado no artigo 143º (note-se que é omissa qualquer referência na Declaração Conjunta). Não estamos, portanto, nem perante recursos propriamente ditos nem perante tribunais. Chamando a atenção para os possíveis efeitos de erosão na autonomia das RAE (verificada em Hong Kong mas não em Macau) e considerando o preceito o calcanhar de Aquiles da autonomia, YASH GHAI, *The imperatives of autonomy, cit.*, p. 40.

28 Assim, entre outros, PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau - from territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the P.R. of China*, a publicar no livro The legal system of Macau and its European roots, Jorge Godinho (editor), Macau, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation of the Basic Law cit.,* VITALINO CANAS, *The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments*, a publicar em One Country, Two Systems, Three Legal Orders *cit.*.

29 PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit.*.

30 MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions cit,* autor que afirma, *«It is a strict consequence of the principle "one country, two systems" that the Chinese legal order does not find application in the territory of the two SARs».*

31 ARMANDO ISAAC, *Autonomy and the Basic Law: Grundnorm, System and Autopoiesis*, comunicação apresentada à International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 2007.

32 Subfamília assente, naturalmente, em padrões que são comuns, nomeadamente ao nível de direitos fundamentais; para mais desenvolvimentos, PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit,* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Tópicos sobre a formação de uma comunidade constitucional lusófona*, in Ab Uno ad Omnes, Coimbra Editora, 1998, pp. 55 e seguintes, em especial p. 69.

jurídica, a *common law* bem mais propensa a estas operações – do que em Hong Kong se vem fazendo[33] - sem dramas e sem imputações de neo-colonialismo. A manutenção de Macau na órbita da Juslusofonia só pode acarretar vantagens para a solidificação e projecção do seu sistema jurídico[34].

III
A CONTINUIDADE

O princípio da continuidade deve assumir-se omnipresente para quem proceda ao estudo do ordenamento jurídico de Macau, com ainda mais ênfase mas não apenas, quando esse estudo incida em matérias de direito público.

Ele apresenta-se multidimensionalmente e, no que ao tema importa, de uma forma tríptica, isto é, enquanto:

a) Princípio aglutinante de manutenção da maneira de viver[35] - «*Os actuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver*»[36];

b) Princípio de inalterabilidade essencial do ordenamento jurídico previamente vigente - «*as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas*»[37]; e,

33 Acentuando esta característica, por exemplo, ANTHONY MASON, *The place of comparative law in developing the jurisprudence on the rule of law and human rights in Hong Kong*, Hong Kong Law Journal, 37, p. 2, 2007, pp. 259 e seguintes, JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review: The first decade*, in *idem*, pp. 410 e seguintes.

34 Como dissemos já, «*In short, Macau is not an isolated legal system island surrounded and overwhelmed by strange legal systems to it bearing the risk of loosing its own legal system identity. Macau's autonomy road also passes by this asset and its core maintenance*.» , *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit.,* veja-se, ainda, MANUEL ESCOVAR TRIGO, *Por um lugar para Macau*, Administração, 40, 1998, pp. 432 e seguintes.

35 ANTUNES VARELA, *O domínio público e o domínio privado sobre as terras e as águas do território de Macau*, Revista Jurídica de Macau, número especial, A questão das terras em Macau – Doutrina, 1997, p. 460, considerou este o mais «*precioso dos valores que a República Popular da China solenemente prometeu respeitar no futuro próximo de meio século*».

36 Declaração Conjunta, 2, (4). Na Lei Básica, v.g., Preâmbulo e artigos 5º e 11º.

37 Declaração Conjunta, 2, (4). Na Lei Básica, v.g., artigos 8º e 18º mas também artigo 145º. Ver, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico cit. passim.* Ainda*,* PAULO CARDINAL, *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit,* ARMANDO ISACC. *The constitutional framework for legal co-operation between the 'Two Systems' of the 'One Country': the case of Macau, Conference on Mutual Legal Assistance under 'One Country, Two Systems',* Faculty of Law of the University of Hong Kong, 1999.

c) Princípio de manutenção de todos os direitos fundamentais anteriormente existentes - «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau*»[38].

Pode, destarte, fazer-se aqui um apelo à *ideia* de *adquiridos constitucionais*, sinteticamente posto, soluções constitucionais participativas da realidade constitucional de dado ordenamento jurídico e que já valeram no passado mas que também valem no presente e que se podem projectar para o futuro sendo constante e pacificamente aceites[39] e, neste caso, carreadas pela Declaração Conjunta e ancoradas no *jus cogens do jus cogens*: *pacta sunt servanda.* Tratado internacional que, rememore-se, não impôs valores, modelos e princípios a Macau, antes os reconheceu, estabilizou e garantiu normativamente. Estes *adquiridos* farão parte do que alguns autores apelidam de lado não aberto das Constituições, por contraposição evidente à chamada abertura constitucional que aquelas reclamarão necessariamente.[40] Afirmou-se já que estes adquiridos consubstanciam soluções jurídico-constitucionais que poderão mesmo deixar de ter acolhimento positivado em determinado texto constitucional que, ainda assim, não deixarão de se manter presentes no ordenamento jurídico e com validade, mesmo que em oposição à narrativa constitucional[41]. É curial aqui reafirmar que o princípio da continuidade e o processo de transição acolhem plenamente esta ideia estabilizadora de adquiridos constitucionais.

Continuidade é um valor bem presente e constante em diversos areópagos não se podendo, pois, afirmar que, em si mesmo, representa uma particularidade das RAEs surgindo,

38 Declaração Conjunta, V, Anexo I. Na Lei Básica, artigos 4º, 11º e 40º, os quais, não reflectem *expressis verbis* a totalidade da garantia dada na norma da Declaração Conjunta. Daí não resultando, todavia, e por razões jurídicas várias, a sua desconsideração. Veja-se uma aplicação concreta do princípio em COSTA ANDRADE, defendendo o autor, no silêncio da Lei Básica, a manutenção de uma garantia fundamental processual penal (extensão do princípio da legalidade às medidas de segurança) expressamente consagrada no direito constitucional anterior, *Constituição e direito penal cit*., p. 208. Sobre esta dimensão, ver nomeadamente, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais* cit e *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit,* VIEIRA DE ANDRADE*, Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM, e LEONOR ASSUNÇÃO, *Princípios de direito penal cit.*

39 AFONSO DE OLIVEIRA MARTINS, *Para uma teoria dos adquiridos constitucionais*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2002, p. 1049 e 1050. Veja-se, a propósito, REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, especialmente pp. 123 e suas considerações sobre Constituição versus continuidade, afirmando que o ordenamento não é tanto a consequência de um poder que o constitui *ex novo* mas outrossim o resultado de uma articulação de poderes constituintes ao longo do tempo entrelaçados por um princípio de continuidade.

40 Cfr. KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, pp. 19 e 20.

41 AFONSO DE OLIVEIRA MARTINS, *Para uma teoria dos adquiridos cit.,* p. 1051.

muitas das vezes *funcionalizada* ao valor estabilidade. E é abordada com particular ênfase na literatura constitucional[42], também aqui estreitamente ligada à estabilidade; por exemplo, JOSEPH RAZ *dá o pontapé de saída* ao tema expressando-se por recurso a *Stability and continuity*[43]. Este mesmo autor fala-nos da grande importância moral que considerações de continuidade devem ter, constituindo-se mesmo como o tipo de considerações determinantes da contínua legitimidade da Constituição[44]. A continuidade na Constituição e consequente efeito estabilizador foi já apodada de continuidade *suprapessoal*[45]. Por outro lado, não pode deixar-se também de descortinar valorações de continuidade quando uma nova Constituição surge a encimar um dado ordenamento jurídico e se procura determinar a sobrevivência do direito ordinário pré constitucional[46].

É também este propósito de continuidade que consubstancia a manutenção do tecido normativo em situações de transição constitucional[47] como, por exemplo, obtenção de independência, seja por via formalmente positivada[48] seja tão só pela prática de aplicação.

Mas, como bem alerta JORGE MENEZES OLIVEIRA, o caso de Macau é diferente e situa-se bem mais além da continuidade que temos vindo a mencionar, descortinando-se uma clara directriz constitucional de preservação do antecedente, preservação essa que recebe prioridade normativa-constitucional[49]. Em outras palavras, pode-se afirmar que, no caso de Macau verifica-se não só *um alto grau de continuidade*[50] como é, desde logo, uma continui-

42 JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation cit.*.

43 *On the authority and interpretation of Constitutions: some preliminaries*, in Constitutionalism: Philosophical foundations, L. Alexander (ed.), CUP, 1998, p. 174.

44 JOSEPH RAZ, *On the authority and interpretation cit*., p. 178 adverte para a consideração de outros valores. Vide, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation cit.*, JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review, cit.,* p. 431, fala-nos, por exemplo, de «*the tension between stability and certainty on the one hand and the need to make progress and adaptation to new challenges on the other hand*».

45 KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional, cit.* p.20.

46 Exemplo paradigmático o de Espanha e o labor do Tribunal Constitucional, REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales,* pp. 135 e seguintes.

47 ANTÓNIO KATCHI, *As fontes do Direito em Macau*, Faculdade de Direito de Macau, 2006, pp. 214 e seguintes aponta variadíssimos exemplos que em comum têm a continuidade das várias componentes do sistema jurídico salvaguardada a sua conformação constitucional.

48 Como informa YASH GHAI, «*Typically all the laws (including relevant UK statutes) continue in force, with a proviso that they shall be 'construed with such modifications, adaptations, qualifications and exceptions as may be necessary to bring them into conformity' with the new Constitution. (…) This way there are no gaps in the law*.», *Hong Kong's new constitutional order*», Hong Kong University Press, 1997, p. 336.

49 *Interpretation cit.*

50 JAMES CRAWFORD, *Rights cit.,* p. 29.

dade formalmente hetero-garantida[51] e, em certo sentido, impositiva por virtude do acordo internacional sobre a questão de Macau. Por conseguinte, não se reconduz somente a um resultado assente numa *policy* autónoma voluntarista preconizada e concretizada pelos órgãos locais competentes da RAEM.

No que a continuidade do ordenamento jurídico concerne diremos, telegraficamente, que é uma imposição da Declaração Conjunta reafirmada *mutatis mutandis* na Lei Básica e que se entende que inalterabilidade essencial não se pode reconduzir por um lado, a absoluta manutenção, nem de outro lado oposto, continuidade sim mas apenas até que as normas sejam alteradas pelos poderes locais. E não se postula como sinónimo de intangibilidade porquanto assim o pretenderam as partes contratantes por forma a evitar um indesejável esclerosamento do ordenamento jurídico de Macau. Na verdade, esta característica de elasticidade, ainda que limitada, do princípio da continuidade constitui-se como uma garantia mais à efectiva sobrevivência do ordenamento jurídico já que lhe permite, sem abdicar contudo das suas características essenciais, adaptar-se ao evoluir natural e imprevisível do sistema social em que se insere.

Se é *vero* que o ordenamento jurídico se deverá manter embora não em termos absolutos não é, no entanto, menos verdadeiro que só poderá ser alterado no respeito aos limites estabelecidos pela e na Declaração Conjunta. O limite à plenitude do princípio da continuidade não poderá reconduzir-se tão-somente à tese da manutenção das leis salvo no que contrariar a Lei Básica ou no que for sujeito a alterações posteriores por via normativa, isto é leis da RAEM por exemplo, sob pena de, como se pode antever, levar a um total esvaziamento daquele princípio reitor e consequente inutilidade. Há que admitir a possibilidade de introdução daquelas alterações não sendo, no entanto, admissível que essas alterações se consubstanciem em mudanças básicas[52] com isto se pretendendo significar que os princípios gerais de Direito enformadores da ordem jurídica de Macau não podem ser inobservados bem como os diversos regimes jurídicos – por exemplo dos direitos fundamentais em geral e de cada direito em si mesmo – não poderão ter a sua *ratio* desvirtuada ou aniquilada ou, por

51 Assim propusemos este baptismo em *A panoramic view on fundamental rights in Macau cit.*.

52 Defendendo tese próxima, afirma LOK WAI KIN «*A inalterabilidade básica das leis refere-se meramente à inalterabilidade do seu espírito e ao valor básico da legislação, que não à inalterabilidade (...) dos articulados concretos.». Impacto da Lei Básica da RAEM na concepção do Direito de Macau,* Boletim da Faculdade de Direito, Macau, nº 13, 2002, página 61. O autor parece, todavia, afastar-se em alguma medida desta sua tese em função de critérios temporais e de necessidade de alterar «*certos conceitos jurídicos originais da RAEM*». Veja-se, ainda, SUN WANZHONG, *A Lei Básica cit.,* p.54.

outras palavras, o conteúdo essencial de determinado regime jurídico terá de ser respeitado e mantido[53].

Por outro lado é premente relevar que no que ao conceito de leis previamente vigentes diz respeito este deve ser entendido, como o faz LEONEL ALVES, num sentido lato, isto é compreendendo não somente o aspecto formal da lei escrita mas também o espírito do sistema jurídico, a sua lógica interna, a sua dogmática conceptual e tudo o resto que fornece vida e sentido ao ordenamento previamente existente à data da transferência do exercício de soberanias[54]. Isto é, a continuidade não se compadece com supostas hermenêuticas isoladas da essência do sistema, não se destina apenas a garantir normas despidas dos valores que as enformam. Também aqui há-se assumir especial relevo o intérprete.

Finalmente, referimos já uma terceira dimensão do princípio da continuidade expressamente vocacionada para a defesa dos direitos fundamentais. A protecção dos direitos fundamentais assume particular papel de contraste da ordem jurídica de Macau no contexto geográfico em que se insere e, por outro lado, dimana importantíssimas consequências em sede de processo penal.

Esta particular vertente de continuidade, exclusivamente[55] dedicada aos direitos fundamentais permite falar-se em «*direitos fundamentais permanentes*»[56] apesar da transferência de soberanias. A íntima relação continuidade *vs*. protecção de direitos apresenta-se bem nítida. A este propósito escreveu-se já que este princípio constitui-se como uma verdadeira almofada na temática dos direitos fundamentais no contexto da transição e «*O imperativo de manutenção das leis previamente vigentes em Macau basicamente inalteradas como um imperativo de manutenção do sistema (isto é, das suas normas essenciais, das que constituem o seu núcleo caracterizador, incluindo, por exemplo, a norma que proíbe a pena de*

53 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit*., pp. 32 e 33. Veja-se ainda JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade cit., passim*.

54 *A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória*, BFDM, 12, 2001, p.207.

55 Exclusivamente para direitos fundamentais mas, naturalmente, não excludente das duas vertentes precedentes formando, antes pelo contrário, um todo harmonioso na e para a manutenção dos direitos fundamentais.

56 PAULO CARDINAL, *Permanent Fundamental Rights in a Legal System in Transition - The Case of Macau*, Seoul, The 16th Biennial Lawasia Conference, Collection of Papers, S 15 - 3, 1999, pp. 1 – 10, também disponível em East & Southeast Asia: An Annotated Directory of Internet Resources, University of Redlands, CA, US. Sobre esta concepção e seus corolários, nomeadamente quanto a situações de balanceamento em casos de conflitos de direitos fundamentais, JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation cit*..

morte) e a consequente proibição do retrocesso infundamentado por via legislativa.»[57].

Há princípios das políticas fundamentais estabelecidas na Declaração Conjunta que se assumem «*como cláusulas de salvaguarda de direitos adquiridos (direitos às liberdades pessoais, direito à função pública, direito a vencimentos e subsídios).*» e que apelam a uma «*compreensão amiga das liberdades previamente acolhida na Constituição da república Portuguesa de 1976 vigente em Macau na altura da assinatura da Declaração Conjunta*.»[58].

E por assim se considerar e dado que a Declaração Conjunta criou um catálogo (aberto ou exemplificativo portanto não excludente) de direitos fundamentais, estes permanecem em Macau basicamente inalterados no ordenamento jurídico; como também seria de supor que alguns direitos não seriam despejados da sua morada constitucional e que o seu regime de exercício se manteria.

Assim é, quer com a guarida geral do princípio da continuidade do ordenamento jurídico, quer alicerçando-se na garantia específica de reforço de continuidade dos direitos fundamentais catalogados na Declaração Conjunta, pelo menos - mas não apenas - destes[59]. A importância deste tema na construção da constituição processual penal de Macau é *self-evident*.

Não compreender a continuidade[60], quer parcelarmente *v.g.* nos direitos fundamentais, quer como um todo estruturante equivalerá, a final, à negação do próprio princípio rector «Um país, dois sistemas» e torná-lo desprovido de sentido[61] «*O que merece ser referido também é que uma das mensagens contidas na política 'Um país, dois sistemas' é a admis-*

57 VIEIRA DE ANDRADE *Direitos e Deveres Fundamentais cit*..

58 GOMES CANOTILHO, *As palavras cit*., pp. 341 e 342. ARNALDO GONÇALVES afirma, «*Macau residents will benefit from the rights and freedoms they are entitled to under Portuguese Law (and during Portuguese rule*)» sendo este um dos «*sequential set of guarantees set by Central authorities*» (of China), *Macau Basic Law and the future of the SAR*, paper apresentado na Universitdade de Macau, Outubro de 2007.

59 Vimos já que o catálogo de direitos fundamentais da DC é aberto recorrendo-se a expressões como «designadamente» precisamente para reforçar o entendimento de não exclusão de outros direitos não catalogados no texto do tratado internacional. Sobre isto, com referência ao princípio da continuidade/inalterabilidade essencial consagrado na DCLC, já se afirmou que as (necessárias) alterações não podem representar «*limitações dos direitos, liberdades e garantias dos residentes de Macau, que pelo seu objecto e dimensão, constituam o núcleo ou mínimo essencial de protecção jurídica. O entendimento contrário transformaria a Declaração Conjunta num 'acto absolutamente intransitivo', sem causa nem finalidade...*», LEONOR ASSUNÇÃO, *Princípios de direito penal*. *cit.,* p. 131.

60 Seja por força de reacções anti colonialistas ou de neo-nacionalismos ou por qualquer outra demanda política de conjuntura.

61 Veja-se MAI MAN IENG, *Diploma legal administrativo e acto legislativo por autorização*, Revista do Ministério Público, *apud* SUN WANZHONG, *A Lei Básica cit*..

são da continuidade de existência do regime deixado por país estrangeiro».[62].

Por tudo isto, em jeito de remate à *vexata quaestio* da continuidade ousamos sugerir que todo e qualquer bom intérprete e aplicador da Lei Básica (sobremaneira, mas também de demais actos normativos), deve colocar sobre os ombros uma cabeça de Jano. Interpretando a norma com uma cara no passado e com a outra no futuro que vai reservar à norma logrando assim o *intérprete-porteiro* um *continuum*[63] desejado e erigido em imperativo categórico durante 50 anos cinzelado na Declaração Conjunta e *debruado* na Lei Básica.

IV
A CONSTITUIÇÃO DE MACAU

Umas advertências prévias no sentido de considerarmos que o bloco constitucional de Macau é multicomposto porquanto assenta, em enunciados normativos que repousam em diversos instrumentos jurídicos diferenciados. Por outro lado, é mister desde já advertir que o que aqui se defende é objecto de profundas críticas muito particularmente (ou quase só) quanto à consideração da Declaração Conjunta como elemento constitutivo e constituinte da Constituição de Macau[64].

Decorre ainda da multi-origem das normas de valor e função constitucional uma (quase necessária) *multilevel constitution*. Isto é, o bloco da constitucionalidade surge em uma ordenação diferenciada e não dotado de uma homogénea força jurídica. Por último, e também aqui já habituados aos dissensos, o documento normativo Lei Básica corresponde, ao menos em alguma medida, à Constituição, formalizada, de Macau[65] Afirma-se a Lei Básica como a constituição a título principal de Macau, que não a título supremo, diga-se. Isto é, a principal fornecedora normativa – em termos de quantidade e de abrangência e,

62 SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM cit*., p. 54.

63 Note-se que não se preconiza, destarte, qualquer tentativa de *passadismo* bacoco que meramente atente no passado, sem mais, só porque é o passado...

64 Por norma especialmente politizadas e despojadas quase de argumentação de índole jurídica radicando muitas vezes, por outro lado, em concepções fundamentalistas e anacrónicas sobre a soberania.

65 Não enveredamos, aqui e agora, pelos ricos caminhos da indagação da Constituição instrumental, formal, material, entre outras.

bem assim, de estruturação, articulação e estabilização de valores e princípios – da ordem constitucional de Macau. As outras fontes desta ordem superior são-no ou esparsamente (Constituição da RPC) ou dirigente e principiologicamente (com grande riqueza, diga-se) com, todavia, relativa escassez de densidade normativa (Declaração Conjunta). Se outras mais fontes contribuem para a composição da ordem constitucional, fazem-no subordinadamente e fragmentariamente (por exemplo, o PIDCCP?).

A Lei Básica é uma Constituição? Esta uma primeira interrogativa a colocar. Apetece-nos, com JORGE MENEZES OLIVEIRA[66], afirmar que se assume, *with no further discussion*, que é um documento constitucional ou que, ao menos, desenvolve um papel constitucional[67]. Por razões que, as mais das vezes se prenderão ora com um purismo de formas estrito e radicalizante ora com concepções neoclássicas fundamentalistas assentes em considerações nacionalistas exorbitantes e bacocas, é por muitos apodado de quase pecado material a consideração da Lei Básica como constituição. Quanto a estas consideração não convocamos comentários para além de se dizer que a consideração da lei Básica como lei constitucional não vem beliscar a soberania da RPC face a Macau e, quanto aquelas não desconhecemos conceitos nem pressupostos (*Kompetenz-kompetenz, v.g.*) outrossim partindo da premissa de existência de um ordenamento separado e que cada ordenamento jurídico há-de ter uma lei constitucional[68], a que juntamos razões de *pragmatismo*, operatividade e, de densificação do alto grau de autonomia assumimos uma referência à Lei Básica enquanto realidade normativa constitucional. Por outro lado, é inescapável o comando expresso no artigo 11.º impondo a superioridade normativa interna da Lei Básica[69].

66 E com JOSÉ FARIA COSTA, *A Lei Básica da RAEM*, *cit.*, p.218, «*É óbvio que estamos, aqui, a fazer um juízo de similitude material entre a chamada 'Grundgesetz' – que é como sabemos a Constituição – e a Lei Básica da RAEM. Não obstante estarmos conscientes das diferenças que intercedem entre as duas realidades normativas que se convocam consideramos ser, juridicamente, sustentável e até salutar afirmar-se a pertinência de uma tal analogia material, que não estritamente nominal.*».

67 JORGE MENEZES OLIVEIRA*, Interpretation cit.*.

68 ANDREI MARMOR, *Constitutional interpretation*, University of Southern California Law School, disponível em Interpretation and legal theory, 2.ª edição, Hart, 2005, «*if by 'constitution' we mean the basic political structure of the legal system, its basic law making and law applying institutions, then every legal system has a constitution.*».

69 «*The Basic Law has constitutional status and dominates all other Hong Kong laws. (…) The Basic Law dominates all local statutes of the territory, and enjoys constitutional status, namely, as a charter which cannot be defied and one that guarantees social stability and steady economic development. In light of this, all governmental institutions, organizations and individuals must strictly adhere to the Basic Law.*», RAO GEPING, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: From Beijing, "One Country" Must Dominate the Two Systems…,* Hong Kong Journal, http://www.hkjournal.org/archive/2006_spring/rao.html. GIANCARLO ROLLA coloca assim a questão, «*Further evidence of the constitutional nature of Basic Law is provided by the fact that its revision may be carried out only by way of a special procedure, a "reinforced" procedure, (…) which cannot be amended by the national People's Congress except following specific*

Poderíamos ainda convocar aqui o critério das *sete características* avançado por RAZ que permitem aferir se existe, ou não, constituição: definição da constituição e poderes dos principais órgãos de governo dos diversos ramos; é, e é suposto que seja, de longa duração; contém uma formulação em cânones, aqui significando que, normalmente, se acha esculpida em um ou em pequeno número de documentos; constitui uma lei superior, ou seja, dotada de valor paramétrico; existência de mecanismos judiciais de implementação daquela superioridade; as suas revisões, se bem que possíveis, obedecem a procedimentos que as tornam mais difíceis por comparação com as alterações à legislação ordinária; finalmente, as suas provisões incluem princípios de governo, tal como estatuição de direitos fundamentais, que reflectirão geralmente valores societais comuns[70]. Desta listagem, como se pode verificar, a Lei Básica diz presente a todos os critérios apenas encontrando algumas dificuldades quanto à conformidade com a dimensão de existência de mecanismos judiciais – de todo o modo, para além do mecanismo político, certo é que, com ou menor expressão, a Lei Básica prevalece sempre perante qualquer norma ordinária devendo esta, em caso de conflito, ser, no mínimo, *desaplicada* pelos tribunais.

A rotulagem que tem vindo a ser feita pode resumir-se ao seguinte: mini constituição, acto cripto-constitucional, para-constituição, lei com natureza constitucional[71]. Nós, *baptizamos* a dita como Constituição *lato sensu*[72].

Finalmente, convoque-se aqui, palavras de GOMES CANOTILHO, ««*Constitutional autonomy is also the possibility of an autonomous territorial being – state, region – granting itself a "constitution" ("statute", "basic law") in order to stabilise its own organization and define its identity. In the case of Macau there was no real constitutional autonomy in this sense (and, wherever it exists, it is always limited), but the Joint Declaration and the Basic Law aim at finding the essential dimensions of organizational stability and the*

procedures.». *The development of asymmetric cit.*.

70 JOSEPH RAZ, *On the authority and interpretation cit*., pp. 153 e 154. ANDREI MARMOR, por exemplo, fala-nos em supremacia, longevidade, rigidez, conteúdo *moral* e generalidade e abstracção, *Constitutional interpretation cit* sendo que em *Are Constitutions legitimate?*, Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 1, 2007, pp. 76 e seguintes expõe as características que se seguem, supremacia normativa, *judicial review*, longevidade, rigidez, *conteúdo dual* (organizatório com estabelecimento de divisão de poderes e direitos fundamentais) e, generalidade e abstracção.

71 *Sumário* apresentado por CÂNDIDA ANTUNES PIRES*, The organization of justice in the legal system of Macau – statics and dynamics of the Macau SAR courts*, paper presented at 1st Seminar on Law and Social Sciences, Macau, October, 2007.

72 *E.g., A panoramic view on fundamental rights cit.*.

political, historical, economic and social identity of the territory.»[73].

É tempo de, com a precedente citação, aproveitar a *ponte* aí feita para avançarmos para a identificação de mais uma das componentes da ordem constitucional de Macau. Isto é, a Declaração Conjunta.

Brevitatis causa, sendo vero que a Declaração Conjunta impõe, desde logo a criação do suporte intitucional terrritorial-político denominado RAEM no qual se estabilizará a concretização da política «Um país, dois sistemas», a «*República Popular da China estabelecerá, ao voltar a assumir o exercício da soberania sobre Macau, a Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*.», assim o prescreve o artigo 2, (1) daquele tratado internacional. Para além da criação desta pessoa de direito público é também exigido pela Declaração Conjunta no mesmo artigo 2.º, (12) a elaboração de uma Lei Básica e, bem assim, predeterminado, no essencial, o seu conteúdo, «*As políticas fundamentais acima mencionadas e os respectivos esclarecimentos no Anexo I à presente Declaração Conjunta serão estipulados numa Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China pela Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e permanecerão inalterados durante cinquenta anos.*».

De tudo isto resulta o sobredito princípio de obediência às políticas fundamentais da Declaração Conjunta durante cinquenta anos[74]. Como, de resto, é *humildemente* assumido pela Lei Básica, quer no seu Preâmbulo, quer no artigo 144.º, como já antes visto. Ou seja, num certo sentido e numa *imagem fácil* a Lei Básica será o documento legal de regulamentação da *legislação de bases* intitulada Declaração Conjunta[75] e, destarte a ela deve estar conforme. Se assim é, se a Declaração Conjunta é *a grundnorm*[76] da Lei Básica então constitui-se como elemento da ordem constitucional de Macau.

A constituição da República Popular da China. Afigura-se inegável que alguma aplicação a constituição chinesa terá na ordem jurídica de Macau da mesma sorte que também inegável

73 GOMES CANOTILHO, *The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance,* a publicar em One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*.

74 Donde, ARMANDO ISAAC afirmar «*Under the Joint Declarations (JDs), the PRC was reduced in its sovereign competences, these purporting only to external sovereignty: defense and foreign affairs.*», em *The constitutional framework cit.*.

75 No seu *The Joint Declaration and the International Law cit.*, CHEN ZHI ZHONG diz-nos que a Lei Básica codifica as doze políticas fundamentais da DCLC, p 92. No acórdão relativo ao processo 96/2002, o TSI, Tribunal de Segunda Instância, faz referência à densificação da Declaração Conjunta por parte da Lei Básica.

76 Ver, por exemplo, ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework cit.*.

será que não terá aplicação integral, ou seja não beneficia de uma aplicação *in toto*. Se assim são as coisas, como nos parece que são, a questão sobrante é o da delimitação de linha de fronteira, isto é preenchimento do escopo do que é de aplicação em Macau. Com efeito, não se recusa que haverá preceitos da Constituição chinesa aplicáveis a Macau, particularmente aquelas que radicam no substracto da soberania, e, bem assim, normas de carácter organizatório competencial mas já assim não será no que vem bulir com o cerne da manutenção do modo de viver, *vg* sistemas social, económico, direitos fundamentais[77]. Nestas matérias, nega-se pois a aplicabilidade – seja no sentido do alargamento, seja no do constrangimento. Seja no que se reporta a normas estritamente consideradas seja no que respeita ao seu espírito.

Este entendimento está devidamente ancorado na Lei Básica – como já se apontava na Declaração Conjunta – mais precisamente no seu artigo 11.º:

> *«De acordo com o artigo 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei.».*

Donde, sobre as matérias ali inscritas recai uma blindagem de imunidade face às correlativas disposições da Constituição da RPC. Na verdade «*Ao abrigo do artigo 11.º da LB, os sistemas e as políticas aplicados na RAEM (...) , baseiam-se nas disposições da LB. Quer isto dizer que a Constituição é aplicável na RAEM, salvo as disposições respeitantes aos sistemas e políticas socialistas e as referidas no artigo 11.º da LB*»[78].

Last, but not necessarily the least, é mister perguntar se o regime do artigo 40.º da Lei Básica, na sua simplicidade profundamente inovador nos meandros do direito comparado[79], representa *apenas* uma estatuição de referência, por exemplo interpretativa, ou se vai mais longe.

77 Como em muitas outras àreas, veja-se, entre outros, WU XINGPING, *O sistema jurídico cit*., página 74, XU QING, *A Natureza cit.,* páginas 22 e 23.

78 WU XINGPING, *O sistema, cit.* página 74 e página 76.

79 Diferente da referência portuguesa à DUDH e também diferente da constitucionalização de tratados de direitos humanos, quanto a esta última, pelo menos quanto à tipicidade utilizada.

Atente-se no enunciado linguístico:

«*As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau.*

Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo.».

Decorrem vários corolários desta disciplina sendo que, desde logo, dois se destacam. Primeiro é feita uma expressa *importação* de direitos ao jeito de um *link* da Lei Básica que faz um *download* de um novo catálogo de direitos. Ao menos em algum sentido, é feita uma incorporação. Segundo, o valor normativo das normas daqueles instrumentos de direito internacional é colocado em patamar, pelo menos, supralegal e, também pelo menos, no que reporta a questões de restrição de direitos fundamentais. Porventura também aqui haverá mais uma componente integrativa da ordem constitucional de Macau[80]. Muito mais haveria a dizer.

De qualquer modo afigura-se claro haver por parte do legislador da Lei Básica uma intenção de alargamento/incorporação do catálogo de direitos fundamentais e, bem assim, estatuir regras, mínimas que sejam, sobre exercício de direitos. Tal significa que estes instrumentos de direito internacional não podem, redutoramente, ser encarados como mero direito internacional. São bem mais do que isso.

Ao nível de direitos fundamentais podemos ensaiar desde já uma conclusão intercalar: é vero que há direitos que conquistaram um lugar ao sol na directa formulação textual da Lei Básica mas também é verdadeiro que outros direitos – e suas dimensões – há que possam ter ficado à sombra, por exemplo da DCLC ou do PIDCP, mesmo com alguma penumbra quiçá, mas têm morada constitucional. Em seu apoio corre ainda, naturalmente, o princípio da continuidade nas suas várias dimensões.

80 Afirmativamente, ANTÓNIO KATCHI, *As fontes cit.*, *passim*.

V
EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL E DA RELAÇÃO UMBILICAL ENTRE DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

É hoje corrente a consideração, como a abrir se deixou registo, da umbilical relação entre constituição e processo penal quase filial daí que, «*nenhum outro ramo do direito sofra tanto as alterações no quadro dos valores constitucionais como o processo penal*.»[81]. Diz-nos EVELYN HASS que como quase nenhum outro ramo jurídico, o direito processual penal revela-nos, entre outras coisas de relevo, as concepções reinantes de ordem e liberdade em um dado *Estado*[82].

Predominantemente tende-se a construir a constituição processual penal em torno das chamadas normas de garantia do processo penal, princípio materiais desse processo criminal. Claramente as de maior importância e de maior imediatidade conformadora de tal sorte que se poderá ousar afirmar face a constituições como, por exemplo a portuguesa, estarmos perante um verdadeiro código de processo penal *in a nutshell*.

Todavia, o elenco integrador da constituição processual penal é mais vasto, espraia-se por várias outras matérias, desde logo, pelas normas gerais do sistema de direitos fundamentais[83], mas também por outras mais como as relativas à organização e independência dos tribunais, à magistratura do ministério público, às normas de defesa da lei fundamental, entre tantas mais[84].

Podemos tentar ensaiar uma certa destrinça – ténue, entremeada e porventura algo artificial – dentro da constituição processual penal em duas partes, uma de perfil radicada nos direitos fundamentais, ou seja, na colocação de direitos subjectivos na esfera jurídica daquele que vai ver os seus direitos forçosamente limitados pelo processo penal e, uma outra com um

81 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso cit*., p. 56. O sismógrafo de uma qualquer lei fundamental, relembram GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, I, 2007, p. 515. JORGE FIGUEIREDO DIAS, refere que «*o direito processual penal é, porventura, de todos os ramos de direito, aquele cuja ligação aos fundamentos jurídico-políticos de um Estado é mais funda...», Introdução*, Código de Processo Penal, Aequitas, Lisboa, 1992.

82 *Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Número 2006, 2, página 1007.

83 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso cit*., p. 55. Veja-se ainda, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *A nova constituição cit.*, páginas 425 e 426.

84 Ver, por exemplo, JOSÉ FARIA COSTA, *A Lei Básica cit*. pp. 219 e seguintes, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso cit*., pp. 55 e seguintes, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *A nova constituição cit.* páginas 425 e seguintes.

perfil mais *institucionalizado* e organizatório com mais impacte no próprio Estado ou Região.

Corolários? Pode-se perguntar então quanto à constituição processual penal e, bem assim, quanto à *promíscua* relação destes dois ramos do direito.

Uma primeira consideração radica na extrema cautela com que o processo penal deve ser abordado. Isto é, se o direito penal adjectivo é direito constitucional aplicado e se as constituições têm uma conatural perspectiva de longevidade[85] então não será de mais emprestar essa longevidade à longa *manus* processual penal.

No que respeita à interpretação deste ramo de direito[86] tem-se defendido que nada de especial haveria a assinalar. Todavia, aceitando que a interpretação constitucional concatena características e métodos próprios[87], íntima relação com os direitos fundamentais – na verdade nenhum outro ramo do direito, para além do direito constitucional, bole tanto com aqueles e, de novo, a geral intimidade do processo penal com a lei fundamental, daí deverá recorrer uma interpretação também ela *constitucionalizada*[88]. Haverá, destarte, alguma autonomização da questão da interpretação ainda que do código nada conste expressamente nesse sentido ao contrário do que sucede com a integração de lacunas.

No que à integração da lei processual penal respeita, como bem avisa FIGUIREDO DIAS, é necessário limitar o recurso à analogia impondo moderação tendo em vista a não admissão de um enfraquecimento dos direitos processuais do arguido[89]. Ora, ocorre perguntar então se da aplicação analógica resultar não um enfraquecimento mas outrossim um reforço dos direitos do arguido deverá então esta ser utilizada. Com mais propriedade ainda se em causa estiver a efectiva ou melhor concretização de um direito fundamental.

85 Recorde-se, por exemplo JOSEPH RAZ, *On the authority* cit, p. 153 ou ANDREI MARMOR, *Are Constitutions legitimate? cit.,* p.77*,* «*Constitutions by their very nature, purport to be in force for a very long time, setting out the basic structure of the legal system for future generations.».*

86 Note-se, de todo este direito que não apenas, naturalmente, do CPP. Com efeito legislação avulsa há com importantíssimas incidências processuais penais e, algumas, com relevantes refracções face ao regime geral. Para uma listagem de legislação avulsa relevante em Macau, LEAL-HENRIQUES, *Manual de formação de direito processual penal de Macau*, I, 2006, pp. 8 e seguintes.

87 Por exemplo, entre muitos outros, com formulações diversas mas apontando para uma certa diferenciação de interpretação constitucional face à «normal» interpretação, JOSEPH RAZ, *On the authority* cit, KONRAD HESSE, *Escritos de derecho constitucional, cit.* pp. 33 e seguintes

88 Veja-se, por exemplo, GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Noções de processo penal*, 1987, p. 37. LEAL-HENRIQUES, *Manual* cit, pp. 51 e seguintes.

89 *Direito Processual Penal cit*., pp. 95 a 98. Cfr. Identicamente, LEAL-HENRIQUES, *Manual de formação cit,* pp. 54 e 55*,* GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Noções cit.,* pp. 37 e 38.

VI
TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL DE MACAU

Primeira constatação, há claramente uma constituição processual penal em Macau, nos termos e no sentido antes vistos. Começando pela constituição imediata, leia-se pela Lei Básica, encontramos várias normas, quer de índole institucional organizatório[90], quer, com naturalidade, na esfera dos direitos fundamentais[91]. Naqueloutras, por exemplo os artigos 82.º a 85.º[92], 90.º, entre vários outros. Nestas, desde logo, os direitos plasmados nos artigos 28.º, estabelecendo que *nenhum residente de Macau pode ser sujeito a captura, detenção e prisão arbitrárias ou ilegais. Os residentes têm direito ao pedido de «habeas corpus», em virtude de detenção ou prisão arbitrárias ou ilegais, a interpor perante o tribunal. São proibidas revistas ilegais em qualquer residente, bem como a privação ou a restrição ilegais da liberdade pessoal dos residentes,* 29.º, Nenhum residente de Macau pode ser punido criminalmente senão em virtude de lei em vigor que, no momento da correspondente conduta, declare expressamente criminosa e punível a sua acção. *Quando um residente de Macau for acusado da prática de crime, tem o direito de ser julgado no mais curto prazo possível pelo tribunal judicial, devendo presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação pelo tribunal,* 30.º, *Aos residentes de Macau são reconhecidos o direito ao bom nome e reputação e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*, 31.º, *O domicílio e os demais prédios dos residentes de Macau são invioláveis. São proibidas a busca e introdução arbitrárias ou ilegais no domicílio ou nos demais prédios dos residentes,* para apenas citarmos alguns e não maçar o auditório. Naturalmente, a estes preceitos imediatamente concretizadores de direitos fundamentais processuais penais há que somar os que se revestem de uma vocação *conglobalizante*, por exemplo, a inviolabilidade

90 Por exemplo, JOSÉ DE FARIA COSTA, *A Lei Básica cit*, pp. 219 e seguintes.

91 Ainda JOSÉ DE FARIA COSTA, *A Lei Básica cit*,, LEONOR ASSUNÇÃO *Princípios de direito penal passim.*

92 *Artigo 82º Compete aos tribunais da Região Administrativa Especial de Macau exercer o poder judicial. Artigo 83ºOs tribunais da Região Administrativa Especial de Macau exercem independentemente a função judicial, sendo livres de qualquer interferência e estando apenas sujeitos à lei. Artigo 84º A Região Administrativa Especial de Macau dispõe de tribunais de primeira instância, de um Tribunal de Segunda Instância e de um Tribunal de Última Instância. O poder de julgamento em última instância na Região compete ao Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau. A organização, competência e funcionamento dos tribunais da Região Administrativa Especial de Macau são regulados por lei. Artigo 85º Nos tribunais de primeira instância da Região Administrativa Especial de Macau podem constituir-se, se necessário, tribunais de competência especializada*. Mantém-se o regime do Tribunal de Instrução Criminal anteriormente existente.

da dignidade humana, a não discriminação, a igualdade, a proporcionalidade, a legalidade.

Aqui chegados somos confrontados com um *velho* problema. De novo, conteúdo e omissões. Isto é, direitos fundamentais arrumados em lugar de honra, ou seja com morada expressa na Lei Básica e outros perdidos algures no comboio da continuidade. Ao menos na aparência, esquecidos e, porventura, erradicados ou despidos das suas vestes de direitos fundamentais de *relevo constitucional* - relembre-se que o *Bill of rights* de Macau assentava predominantemente na CRP. Será assim? Uma coisa é segura, no entanto, ao menos no plano emblemático alguma erosão inquestionavelmente sofreram.

Olhemos para as omissões, entendidas estas, como é bom de ver na harmonia e percurso deste texto, por referência ao que antes havia, isto é por virtude do comando da continuidade e, particularmente, a salvaguarda da Declaração Conjunta que ordena manter na RAEM *todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais*[93].

Diz-nos ANTÓNIO KATCHI, relativamente aos direitos fundamentais, «muitas garantias necessárias à efectivação deles ou de outros direitos fundamentais estão também ausentes da LB.» De seguida, apresenta uma lista[94] que aqui se segue de muito perto:

- a proibição da pena de morte (artigo 24.º/2 da CRP);

- a fixação taxativa dos casos em que é admitida a privação da liberdade (artigo 27.º/2 e 3 da CRP);

- o princípio *non bis in idem* (artigo 29.º/5 da CRP);

- a proibição das penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (artigo 30.º/1 da CRP);

- a garantia de que nenhuma pena envolva como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos (artigo 30.º/4 da CRP);

- a garantia aos reclusos da manutenção dos direitos fundamentais compatíveis com o seu estado de reclusão (artigo 30.º/5 da CRP);

93 Declaração Conjunta, Anexo I, V.

94 Anote-se que o ponto de referência da constituição portuguesa é, necessariamente, aferido ao texto vigente em 19 de Dezembro de 1999.

- a estrutura acusatória do processo penal (artigo 32.º/5 da CRP);

- o princípio do contraditório (ibidem);

- a nulidade das provas obtidas com violação de certos direitos fundamentais (artigo 32.º/8 da CRP)[95];

- O direito ao recurso (artigo 32.º/1)[96].

Poderá isto então significar que aqueles outrora direitos e garantias fundamentais do processo penal desapareceram do sistema jurídico de Macau, *rectius*, da sua ordem constitucional? Parece-nos que não. E não, desde logo, por convocação da Declaração Conjunta como vimos e, depois, pelo efeito integrador – supra legal – do PIDCP, onde, entre outros, é desenhado um processo equitativo plasmado em várias garantias essenciais no processo.

Isto é, há uma espécie de integração por referência ao carácter multicomposto da constituição de Macau, nos termos previamente vistos. Um bom exemplo deste exercício é-nos proporcionado por COSTA ANDRADE a propósito das medidas de segurança e exigência de pressupostos legais, considerando que, apesar da falta de expressa extensão na Lei Básica, afirma «*cremos que não será arriscado acreditar que a também a Lei Básica de Macau estende as exigências de legalidade (...) às medidas de segurança*»[97]. Apenas assim não seria se, de forma expressa e contundente, no âmbito do que é permitido pela DCLC, viesse a Lei Básica a estabelecer disciplina diversa da anteriormente consagrada.

Um outro ponto a assinar reside na inserção das fundamentais garantias processuais penais no sistema de direitos fundamentais, por exemplo, no que anteriormente se poderia encontrar percorrendo a doutrina dos artigos, 18.º, 19.º da CRP, entre vários outros. Ora também aqui se verifica, por contraponto, um défice[98]. Como também aqui, o recurso à ideia de multicomposição constitucional em Macau permite, se não superar, ao menos atenuar essas menores valias.

Ainda assim, caminha-se na incerteza aqui e ali. E perde-se na força emblemática da

95 *As fontes cit*. Veja-se também LEONOR ASSUNÇÃO *Princípios de direito penal cit.*.

96 Diz-nos MIGUEL MANERO LEMOS que o direito ao recurso «*seems not to be established in the Basic Law*» falando-nos embora (e bem) depois de «*international obligations derived from the ICCCPR*», *The right of appeal: a guarantee of the defendant...or not quite?,* inédito.

97 COSTA ANDRADE, *Constituição cit*, p. 208.

98 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit.* pp. 53 e seguintes, *idem*, *Consitutional layer cit.*.

Constituição Processual Penal de Macau, alargam-se as margens de alguma *discricionariedade* em sentido impróprio, de concretização – ou sua falta - jurisprudencial[99].

Podemos então dizer que o sismógrafo abanou, é verdade, ficaram algumas fissuras, deu de si, mas em volume bem menos pujante do que uma primeira vista poderia levar a concluir.

VII
CARACTERIZAÇÃO GERAL DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Seria de interesse, pelo que antes se viu, proceder a uma análise breve dos princípios estruturantes do sistema de direitos fundamentais de Macau e, bem assim, do sistema constitucional em que aquele se insere, melhor, porquanto os direitos fundamentais constituem uma das componentes essenciais da decisão constituinte formando um todo coerente com as restantes componentes, por exemplo, política, daquela decisão[100].

De novo, conteúdos e omissões. De novo a continuidade. De novo a multicomposição da constituição como elemento de respaldo e de método de atenuação de fracturas e descontinuidades.

Escrevemos já: «*we intend to tentatively*[101] *identify the several principles that preordain the constitutional system a whole, and thus also the fundamental rights constitutional subsystem or component. Our aim is to present the principles that have or may potentially have a contributive role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system. In other words, an integrated group of principles that constitutes the protective web of the fundamental rights system shaping it into a potential and formal pro libertate one, from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the stand of the subnational unit. In general, that is as to what relates to the constitutional system one can bring in here: The principle of obedience to the Joint Declaration basic policies, the principle of a constitution, the principle of continuity, the principle of the second system within the one country, two*

99 Relembre-se, *a propos*, o que nos disse JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *A nova constituição* cit, página 448, «*e os próprios tribunais ... podem e devem constitucionalizar também aquilo que os constituintes não tiveram oportunidade de fazer*.».

100 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA*, Constituição cit.*, p. 306.

101 Não se pretendendo exaurir o tema mas sim apresentar um *starting point*.

systems one, the principle of autonomy, the principle of democratization, the principle of a own and distinct legal system, the principle of constitutionality, the principle of legality, the principle of separation of powers, the principle of independent judiciary.».

E mais dissemos que: «*As to what concerns the fundamental rights constitutional subsystem: the principle of safeguarding, the principle of self containment and of exclusivity, the principle of a charter of rights, the principle of continuity of fundamental rights, the principle of non discrimination, the principle of safeguarding human dignity, the principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular, the principle of reception of at least minimum international standards, the principle of self executing constitutional norms, the principle of local philosophy interpretation and integrative methods, the principle of effective judicial protection, the principle of proportionality, the principle of overture to other rights in the Basic Law, the principle of overture to other rights outside the Basic Law, the principle of extension to collective persons*.»[102].

Limitações de vária ordem e de fácil constatação não permitem, neste quadro, o desenvolvimento destes tópicos.

VIII
DESFIGURAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL? considerações breves a propósito de algumas questões polemicas recentemente publicitadas

«*Even if the Constitution were perfect, of course, and the majority left it alone, it would not follow that the Supreme Court could guarantee the individual rights of the citizens. A Supreme Court decision is still a legal decision (…). And no judicial decision is necessarily the right decision*», assevera-nos RONALD DWORKIN[103].

A Constituição, no nosso caso a constituição processual penal, vive também (sobretu-

102 *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental cit.*.

103 *Taking rights seriously*, Duckworth, 2005, p. 185; passo citado tendo em vista directamente a situação estado-unidense mas que, sem dificuldade, se extrapola para outros areópagos.

do?) da sua conformação e aplicação, mormente, judicial[104]. Nesta premissa, e como as palavras de empréstimo que abrem esta secção esclarecem, é possível considerar a possibilidade de existência de chamadas intervenções restritivas de direitos fundamentais *ope* decisões judiciais[105]. Ou seja, indagamos de desfigurações ao rosto que é traçado à constituição processual penal. Desfigurações que, precisamente, redesenham *desfeiando*, desvirtuando, o projecto originalmente concebido. Estas malfeitorias podem originar-se na lei ordinária, numa dada interpretação que dela é feita, na concretização administrativa, na concretização jurisprudencial.

É veiculada uma algo tradicional postura de conservadorismo em diversas magistraturas judiciais que poderão levar a aplicações porventura não frontalmente violadoras mas, de qualquer modo, menos amigas dos direitos fundamentais.

Em Portugal, como durante bastante tempo em Macau, o exemplo paradigma seria o da restritiva conformação jurisprudencial do amparo da liberdade pessoal, o venerando *habeas corpus*. Como escreve GERMANO MARQUES DA SILVA, «*A orientação do STJ tem sido no sentido de que não há lugar à providência do habeas corpus quando a decisão impugnada é susceptível de recurso, mas não parece que seja a orientação correcta. Basta atentar no carácter extraordinário e urgente da providência (...)*»[106]. Instituto que se recorta desde logo na constituição[107], a qual lhe impunha um perfil não compatível com a prática judicial. E, no entanto, o império judicial permanecia[108].

A relevância potencial do habeas corpus, mesmo em aplicação restritiva, não necessita de ser sublinhada, no entanto, afigura-se adequado aqui deixar testemunho de dois processos em que o TUI concede habeas corpus, os quais demonstram à saciedade a pujança intrínseca do instituto: num caso verifica-se que a pessoa privada da sua liberdade pessoal afinal não

104 Outras vertentes, legislativa, administrativa, aqui poderiam ser trazidas mas não nos é possível tal tarefa no momento. Convoque-se aqui novamente palavras de JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *A nova constituição cit*, a páginas 448.

105 Daí que, em muitos sistemas, incluindo Macau até 1999, se opere a consagração de recursos de amparo de decisões judiciais.

106 *Curso cit,* II, pp. 264 e 265. E, com ele, tanta e tanta doutrina. Ver listagem em LEAL-HENRIQUES, *Manual cit*., pp. 314 e seguintes. Este Autor fala-nos de sinais de mudança na jurisprudência que finalmente vão surgindo.

107 Veja-se, a propósito do habeas corpus, proclamando, que de pouco valerão os preceitos constitucionais e minudências de *per se* se outros factores não acompanharem, JOSÉ FARIA COSTA, *Linhas de direito penal e filosofia*, 2005, p. 8.

108 Um outro exemplo histórico é o da lei de 1982 que tornava incaucionáveis determinados crimes, em afronta clara à Constituição, e que, ainda assim, era aquela lei geralmente aplicada pelos tribunais, cfr. TEREZA BELEZA, *Apontamentos cit.,* pp. 49 e 50.

correspondia aquela outra sobre quem se imputava a prática de determinado crime[109]. Num outro caso, nas palavras do TUI, «*A entrega de infractores em fuga às autoridades do exterior da RAEM sujeita-se à disposição de lei especial. Actualmente não existem normas inter-regionais ou locais que regulam a entrega de infractores em fuga entre o Interior da China e a RAEM. Embora tenha o objectivo de executar a ordem de detenção vermelha emitida pela Interpol, na falta de normas jurídicas específicas que sejam aplicáveis, o Ministério Público, a PJ ou quaisquer autoridades públicas não podem deter o indivíduo, que está sob mandado de captura da Interpol, para efeitos de entregar ao Interior da China como parte requerente*.»[110], deferindo, destarte, o pedido.

Apenas porque publicitadas, e abundantemente, e geradoras de intenso debate académico mister será aqui trazer, de forma breve – desde logo porque conhecidas por via de relatos de comunicação social, não negados – *vexatas quaestios* da dinâmica processual penal recente da RAEM. Por outro lado, poderão servir de teste à aplicação do que vimos defendendo. No momento em que escrevemos o presente texto desconhecemos as respostas da jurisprudência superior a tão insignes e relevantes questões. Aguardemos, pois.

Primeira, o anúncio da negação do direito ao recurso nomeadamente em caso de decisão condenatória[111].

Segunda, admissibilidade de prova, e consequente ausência de nulidade da mesma, obtida em eventual desrespeito do domicílio e conexos direitos de privacidade[112].

Terceira, tramitação processual do inquérito que, por via de legislação avulsa em sede do combate à corrupção, se disciplina de modo diverso do CPP e, alegadamente, em desconformidade com a constituição processual penal de Macau porquanto não há imposição de

109 TUI, Habeas corpus, 32/2003

110 TUI, Habeas Corpus, 12/2007.

111 Veja-se, sobre este assunto, MIGUEL MANERO LEMOS *The right of appeal: cit.* Veja-se ainda, por exemplo, a propósito de questão de similitude em Espanha, NATALIA ALVAREZ MOLINERO, *Implementation of the Views of the UN Human Rights Committee in Spain: new challenges*, a publicar, fala-nos nas dificuldades de conciliação de alguns aspectos do direito espanhol com o PIDCP (artigo 14º, 5) e com as interpretações do UN Human Rights Committee. Para uma análise sucinta, por exemplo, das normas relevantes do PIDCP e da Convenção Americana de Direitos Humanos, MARCELO AUGUSTO MADINA, *Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, 2005, em especial páginas 616 e seguintes. Várias são já as manifestações do comité supra referido confirmando a exigência do direito ao recurso nos termos do PIDCP.

112 Apenas uma achega quanto ao que, face a normativos símiles, se tem entendido por domicílio...

prazos de conclusão daquela etapa processual[113].

Antes de mais é inarredável constatar que, apenas agora, todas estas eventuais desfigurações são descobertas. O contexto em que surgem está indelevelmente marcado e *conexionado* com processos de grande impacte público por um lado, e de criminalidade de *cariz económico*, pelo outro. Porque não surgiram antes? A despeito do *timing*, as questões de fundo mantêm acuidade, naturalmente.

Por outro lado, não há neste momento condições de neste *paper* carrear argumentação, independentemente de qual o seu sentido a final, sobre aquelas questões que podem constituir-se como verdadeiros *nós gordios* do perfil que a constituição processual penal vai receber na sua conformação e aplicação. Na sua passagem da *law in books* ao direito do universo real, palpável por todos e já não, aqui, apenas pelos juristas.

Independentemente das soluções que em concreto vierem a ser achadas há aqui toda uma concretização do direito processual penal, que se assume, como se viu enquanto direito constitucional aplicado[114].

IX
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA FORÇA NORMATIVA

Foi já escrito que o princípio do respeito pela dignidade humana é a pedra angular do processo penal de Macau[115]. A literatura sobre a dignidade humana e sua relevância no Direito

113 Embora se reconhecendo uma particular natureza e exigências na investigação deste tipo de crimes em que tal deva, no entanto, poder significar uma absoluta imunidade face ao conjunto de garantias processuais penais. Estes crimes, como todos os outros, devem ser combatidos e de forma eficaz não podendo esse combate redundar na pura ablação de direitos fundamentais.

114 Neste contexto de intervenções judiciais será porventura de utilidade convocar uma tese *provocadora,* de TIMOTHY ENDICOTT, que vem afirmar a *impossibilidade* da *rule of law*. A explanação deste raciocínio e de todos os pressupostos em que vem assente não é possível de aqui ser feita. Abreviando, afirma-se que a *rule of law* é conceptualmente impossível porquanto requer um controle judicial das decisões *oficiais* sendo que é impossível a criação *ad infinitum* de uma hierarquia de tribunais e seria precisamente disto que a *rule of law* necessitaria para ser ela *rule of law*. Por outro lado, em qualquer hierarquia de tribunais, aquele tribunal que se situa no topo dessa hierarquia, prossegue o autor, não é *ruled by law*, *The impossibility of the rule of law,* Oxford Journal of Legal Studies, Spring 1999, p. 9. Se, por um momento breve que seja, aceitarmos aderir a estes pressupostos, fica-se então no reino da evidência a exigência que repousa sobre o tribunal supremo, qualquer que ele seja, o qual se deverá assumir não só como o que dita o direito com ponto final como também aquele que, em simultâneo, é o farol do *bom* direito, da boa jurisprudência.

115 LEONOR ASSUNÇÃO, *O modelo estrutural do processo penal de Macau – princípios que o fundamentam*,

é incomensurável bem como a abordagem filosófica que é feita[116].

É indissociável da conceptualização da dignidade humana uma componente filosófica – como também histórica – que aqui não poderá ser levada a cabo. Todavia, é necessário convocar, com certeza de entre outros, KANT e toda a sua construção do Homem é sempre um fim em si mesmo, nunca um meio[117]. A dignidade é não apenas um valor interno absoluto como também concretizadora da igualdade do Homem. Todo um caldo cultural vem projectando, a Ocidente, uma certa síntese da dignidade humana e, bem assim, uma certa densificação normativa. Primeira pergunta que poderá, aqui e agora ser feita: não será então a dignidade humana o produto de uma construção do e para o Ocidente não cabendo, pois, nestas paragens? Com muita brevidade se dirá – antes de posteriormente entrarmos em considerações de índole mais positivista – que a resposta é negativa. Com efeito, e pegando nos mais destacados *representantes*, KANT não tem que surgir como um *nemesis* de CONFÚCIO. A *metafísica dos costumes* não se acha de costas voltadas aos *Analectos*[118]. Pelo contrário, passos há, e muitos, que se projectam em comunhão – ainda que o estilo saia diferenciado. Naturalmente que há diferenças mas não se deve é, porventura por razões de outra natureza, hiperbolizar tais diferenças para daí apostar num radical relativismo que tudo, ou quase, poderá justificar[119].

E, se para além de Confúcio, perscrutarmos outras figuras máximas encontraremos claras afinidades de pensamento com *a contraparte* ocidental, e suas ideias de dignidade

Repertório do direito de Macau, 2007, p. 279.

116 Gostaríamos de recorrer, para já, a palavras de PETER HABERLE, «*La dignidad humana como 'premisa antropológico-cultural del Estado Constitucional. (...) El Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los cidadanos sujetos de su actuación. En este sentido, la dignidad humana es la biografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre el ciudadano y el Estado*.», as quais nos permitem, assim o julgamos, situar de algum modo a questão neste ponto de partida *El Estado Constitcional*, UNAM, 2003, pp. 169 e 171.

117 Nas palavras de IMMANUEL KANT, em tradução portuguesa de José Lamego, «*A humanidade é ela própria uma dignidade; pois que o homem não pode ser utilizado meramente como meio por outro homem (nem por outros, nem sequer por si mesmo), tendo de ser sempre utilizado como fim e nisto consiste, precisamente, a sua dignidade...*», em *A Metafísica dos Costumes*, (1797) Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 413.

118 Hoje não mais será pois necessário ficcionar, como NICOLAS MALEBRANCHE, um *Diálogo de um filósofo cristão e de um filósofo chinês*, (1708) Edições 70, 1990, e em que se assume (embora em outra linha de questões e com propósitos datados) uma *conflitualidade radical* de uma filosofia chinesa com ensinamentos *ocidentais*. O desconhecimento mútuo e/ou as rotulagens ocas ou de pré compreensões não se justificam neste século XXI. Menos ainda em Macau.

119 «*Our objective is simply to argue that the modern concept of human rights is not alien in Chinese soil. This resists the argument that there is a cultural impediment to developing human rights (…) this essay will concentrate primarily on identifying the elements in classical Confucian thought that bear comparison to modern principles of human rights*.», DU GANGJIAN/SONG GANG, *Relating human rights to Chinese culture: the four paths of the Confucian analects and the four principles of a new theory of benevolence*, in Human Rights and Chinese values – legal, philosophical and political perspectives, Michael C. Davis (ed.), OUP, p. 36.

humana, tolerância, igualdade[120].

Por muitas diferenças que possam existir, por diversas que sejam as realidades em que determinados conceitos e valores se inserem, no que toca à dignidade humana há, com certeza, um radical humano mínimo[121] comum que perpassa o Homem, sem cuidar de geografias, políticas ou religiões. Dignidade Humana não é, pois, um corpo estranho na sociedade de Macau.

Mudando de plano, importa afirmar a normativização constitucional da dignidade humana. Com efeito, independentemente de outras considerações, hoje, a dignidade humana está no sistema jurídico de Macau consagrada em forma de norma (e princípio) jurídica. Acresce, curiosamente, que esta normativização é uma novidade criada pela Lei Básica – recorde-se, aprovada pela ANP.

Enfaticamente se proclama no artigo 30.º da Lei Básica: É inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau. Imperioso dizer que tal não se reconduz a fórmula pomposa mas oca. Não pode admitir-se. É vero que, pelo contrário, se poderá concretizar como que um Leónidas de Termópilas na defesa dos direitos fundamentais perante *a invasão persa* mas sabemos bem que destino teve o Rei. Sob pena de uma eventual vulgarização poderá a dignidade humana resguardar-se ao jeito de uma última *ratio* na defesa dos direitos fundamentais. Não deverá ser uma *mão cheia de nada* mas também não sobreviverá como uma *mão cheia de tudo*.

Escassa jurisprudência em Macau, contando-se pelos dedos de uma mão[122] e, se o reduzidíssimo tempo de que dispusemos não nos levou a mau porto, apenas por uma vez a ele se recorreu como elemento *integrativo* de direitos fundamentais[123].

Notas muito breves a fazer, a redacção e inserção sistemática do preceito na RAEM são

120 «*Quando todos os povos do mundo se amarem uns aos outros, então o forte não dominará o fraco, os grandes não oprimirão os pequenos, os ricos não ofenderão os pobres, os senhores não humilharão os humildes, os espertos não defraudarão os simples*», MO ZI, *in Crestomatia da literatura clássica chinesa*, JOÃO REIS, Macau, 2000, p. 240.

121 Numa passagem livre ao universo *startreckiano* poderemos quiçá repousar no conceito de *sentient beeing* enquanto padrão ético-normativo o qual traçava uma linha de fronteira quanto ao que era permitido fazer no relacionamento e com consequentes imperativos como pungentemente é visto quando Tosh, um ser criado com a finalidade exclusiva de servir de presa de caça, arriba por circunstâncias casuais ao contacto com o Homem e este não pode cumprir a sua directiva máxima de não interferência, saindo, pois, em socorro de Tosh.

122 O que não deve ser considerado como um *defeito* exclusivo do poder judicial macaense. Por exemplo veja-se, entre vários outros, KRYSTIAN COMPLAK, *La experiencia legislativo-jurisprudencial de la dignidad humana en Polonia*, em *Dignidad de la Persona, Derechos Fundmentales, Justicia Constitucional*, Francisco Fernández Segado (coord), Dykinson, 2008, em particular páginas 334 e seguintes.

123 TSI, acórdão 193/2003.

bem diversas dos exemplos que nos fornecem, entre outros, Portugal e Espanha, antes surgindo em Macau com uma clara e indissociável conotação imediata com direitos fundamentais e não como decorrência de uma caracterização geral do Estado. Pergunta-se, haverá então, em Macau, um direito autónomo fundamental à dignidade humana[124]?

De qualquer modo, e *adaptando* GIANCARLO ROLLA[125], podemos afirmar um conteúdo normativo do princípio da dignidade humana traduzido, nomeadamente, numa função qualificativa de aferição do carácter democrático de dada constituição, uma função interpretativa, e integrativa, um valor qualificante da ordem constitucional, um critério de ponderação em casos de conflito entre direitos fundamentais e bens constitucionais[126]. Em suma, um critério de orientação permanente[127].

Resta concluir este já longo e todavia fragmentário texto e, em tentativa de síntese de algo que possa dele ser aprioristicamente retirado, afirmar que a estruturação constitucional de Macau encerra todo o potencial de se assumir como uma *Rechtsregion*[128]. E, particularmente neste campo processual penal constitucional(izado), haverá que atentamente evitar que, como sombriamente assinalava e alertava noutros areópagos OLGA ISLAS MARISCAL, se *transforme* , ou assim se procure, o nosso sistema jurídico numa realidade em que as garantias constitucionais são miradas como situações de estorvo da «justiça» penal e, destarte, limitadas[129].

124 IEONG WAN CHONG, fala-nos no «*direito da dignidade humana*», como um dos direitos fundamentais dos residentes de Macau, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Macau, 2005, página 82. Na mesma linha veja-se «*a dignidade humana dos residentes constitui um dos direitos fundamentais também intimamente ligado à pessoa humana* (?, quanto a esta última parte)», *Colectânea de perguntas e respostas relativas à Lei Básica de Macau*, Comissão dos Editores do Tai Chung Pou, Macau, 1995, página 182.

125 *El valor normativo del principio de la dignidad humana*, inédito.

126 Ou, se se preferir, de outras bandas, a dignidade do homem enquanto fundamento da comunidade estatal, PETER HABERLE, ou ainda a dignidade do homem como garantia constitucional, CHRISTIAN STARCK, ambos em *Dignidad de la Persona, Derechos Fundmentales, Justicia Constitucional*, Francisco Fernández Segado (coord), Dykinson, 2008, páginas 173 e seguintes e 239 e seguintes, respectivamente.

127 LUIS DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2nd, Thomson, 2005, p 68.

128 E assim, se o *Leviathan Hobbesiano* porventura por aí andar a rondar, não receberá visto de entrada na RAEM.

129 *El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX* , em La ciencia del derecho durante el siglo XX, IIJ/UNAM, 1998, página 812.

THE CONSTITUTIONAL LAYER OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

IN THE MACAU SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION

THE CONSTITUTIONAL LAYER OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE MACAU SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION [*]/[**]

I
In a *preamble manner*

Macau is a Special Administrative Region of the People's Republic of China (henceforth SAR) since 20th December 1999, and thus ending several centuries of Portuguese official dominance – no matter under what juridical title or its scope and theoretical justification. It possesses, along with Hong Kong, a singular status both in the comparative constitutional law[1] approach and in the dominions of international law, which poses new challenges on the *jusinternational* personality concept.[2]

[*] Artigo originalmente publicado na Revista de Direito Público, 3, 2010, Portugal.

[**] Paper originally prepared for the 20th LAWASIA Biennial Conference, session Public Law – Constitutional Protection of Human Rights, Hong Kong, June, 2007 and later further developed and updated for publishing purposes. The opinions expressed here are solely those of the author and do not reflect the views of any institution to which he is affiliated. Some parts of this paper draw from some sections of ours *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P.Cardinal/J.Oliveira (eds.), Springer Verlag.

1 The Macau (and Hong Kong) solution is not only entirely different from domestic autonomy arrangements in mainland China, see, for example, YANG FENGCHUN, *Chinese Government*, Foreign Languages Press, Beijing, 2004, pp. 243 ff., PITMAN B. POTTER, *Governance of China's Periphery: Balancing local autonomy and national unity*, Columbia Journal of Asian Law, Spring/Fall, 2005, p. 295, but furthermore it constitutes an *ex novo* territorial entity in the fields of comparative law as to be seen later in this paper.

2 In fact, both Macau and Hong Kong SARs are subjects of international law (with limited capacity but nevertheless subjects), in clear fracture with traditional doctrines on the subjects of international law. We have advocated this for quite some time, for example in *International Law Notes*, Universidade de Macau, 2006, passim. as well as RODA MUSHKAT, for example, *The international legal personality of Macau*, Hong Kong Law Journal, 24, 1994, pp. 328 ff and *One country, two international legal personalities- the case of Hong Kong*, HKUP, 1997. One can talk now of an almost *communis opinio* on this (before) *vexata quaestio*, for example, JAMES CRAWFORD, *The creation of Sates in International Law*, 2nd, Oxford U.P., 2006, pp. 244, ff. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2nd Almedina, 2004, pp. 456-457, FILIPA DELGADO, *Direito internacional público (sumários das aulas*), Universidade de Macau, 2003, pp. 139 ff, REN YUE, *Hong Kong in the eyes of the international community*, in The Hong Kong Special

To be aware of this singular constitutional status constitutes a precondition to a full understanding of, namely, the constitutional layer in force in the field of fundamental rights protection. In truth, without grasping it, we believe any analysis would be incomplete and inadequate. For instance, the *blind* application of federal or regional autonomy models to the SARs would prove inconsistent and deficient. It will probably be incorrect in finding an answer. However, it is not that we are denying the importance and the use of the constitutional comparative law, but on the contrary, what we advocate is a *modern «open minded»* and comprehensive approach. By adopting this approach, one will find that, in some areas, *traditional* autonomy solutions are identified in Macau; whereas, in other areas, federal ones are clearly in place, and, in some other spheres, perhaps other territorial organizatory models will come in hand. As emphasized by MARCO OLIVETTI, «*Placing the two SARs in a comparative perspective is (…) highly problematic. This model of autonomy includes elements typical of the regional, the federal, the unitary and the confederal arrangements but it does not correspond to anyone of these*».[3]

Aside from the above particular local circumstance, in general, it is now truly undeniable that even when faced with classic federal or regional autonomy models, there is not a crystal clear separation between them. It is a given fact that a multitude of specific solutions are in existence in composite states, be it federal or regionalist. In contemporary times, the once clear cut division between federations and regionalized states has become a tenuous blurred, even intermixed borderline.[4] This topic, although is interesting, relevant, challenging and even inescapable, will not be approached here in any deep or central manner,[5]

Administrative Region in its first decade (Ed. Joseph Cheng), City University of Hong Kong Press, 2007, pp. 305 ff. SUSAN J. HENDERS, in *Region-states and the world: China pushes the envelope*, states «*Ironically, the People's Republic of China (PRC) is pushing the envelope more than any other state in accommodating the need for sub-state governments to interact directly with international institutions. (…) permitting Hong Kong and Macau extensive direct participation in inter-governmental organizations, especially those concerning economic and cultural affairs.*», *in* Is Ontario a region-state?, Policy Options, January-February 2000, p. 88. From the same author see also, *So What If It's Not a Gamble? Post-Westphalian Politics in Macau*, Pacific Affairs, vol. 74, 2001, pp. 342, and ff.

3 *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models,* forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*, ALBERT CHEN, for example, states that «*this autonomy is quite innovative*», *O conceito de um país, dois sistemas e a sua aplicação a Hong Kong, Taiwan e Macau*, Revista Jurídica de Macau, special issue, 1999, p. 253.

4 FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy,* forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders cit , says, that «*In recent decades, doctrine has shown a confluence between the concepts of federal state and regional state due to the centralisation processes undergone in the first, and the qualitative and quantitative increase in the powers of the second»,* see also, for example, GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, UNAM/SEPS, Mexico, 2004, pp 326 and ff.

5 We did it elsewhere, *e.g., Macau: The internationalization of an historical autonomy, Macau,* Boletin Mexicano de

but will only be addressed in a strict measure necessary to understand the constitutional system of fundamental rights. And that measure, as one might anticipate, is indeed of a large nature.

Also, one needs to address the paramount role of the Joint Declaration of the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Portugal on the question of Macau (Joint Declaration),[6] which is an international treaty with the PRC and Portugal as contracting parties. Some key principles are envisaged in that international treaty, such as the continuity principle[7] and this international treaty further commanded the enactment of the Basic Law.[8]

As stated in our title, our aim is to basically *provide* the system[9] superstructure; that is, the constitutional law level *per se*, and only incidentally will we mention the *densificative* sub constitutional level, e.g. legislation, except when this lower level can be considered, at least in material terms, as an integrative part of the constitutional layer insofar as it represents an asset legated by the previous constitutional order of Macau.

In order to obtain the identification and characterization of the fundamental rights constitutional system, we believe that one should first place it in context, which is to say, in the constitutional system itself. It is a system with which the former one is a part of and

Derecho Comparado, 122, 2008, pp. 637 - 689. and *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*

6 It was signed by both parties in Beijing, in April 13, 1987. It was approved for ratification in Portugal by the Resolution of the Portuguese parliament 25/87, ratified by the Portuguese President by Decree 38-A/87 and later published in the Macau Official Journal, 23 - 3, Supplement, June 7, 1988. It was jointly deposited by both sovereign parties at the United Nations.

7 Emblematically DENG XIAOPING said «*Even after 50 years our policy will not change either. That is, for the first 50 years it cannot be changed*», *On the Question of Hong Kong*, New Horizon Press, 1993, p. 61, On this principle, among others, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial,* Administração, 19/20, 1993, PAULO CARDINAL, *O Regime Jurídico da Advocacia no Contexto da Lei Básica*, AAM, Macau, 1992, pp 71 - 77, *idem*, *The judicial guarantees of fundamental* cit., ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, paper delivered to the 4th Comparative Constitutional Law Standing Committee Conference, Bangkok, 1999, pp 46 ff. For the Hong Kong case, for example, YASH GHAI, *The continuity of laws and legal rights and obligations in the SAR*, Hong Kong Law Journal, Vol. 27, 2, 1997.

8 Adopted by the Eighth National People's Congress at its First Session on 31 March 1993, promulgated by Decree of the President of the People's Republic of China No. 3, 31 March 1993 and published in Macau in the Macau Official Journal 1, series 1, on the 20-12-1999.

9 We will also not engage in the discussion of the polissemic concept of system. Let us just make use of system as an operational concept that intends to signify a certain comprehensive global unit that is to be addressed.

correlates.[10] As said by GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA, the fundamental rights are not an isolated compartment inside the Constitution; on the contrary, they are part of the global constitutional order that is being connected to the other constitutional areas, namely the *political* and *economical* constitutions.[11] And borrowing and adapting from the Portuguese scenario, we concur with the above mentioned constitutionalists[12] that the fundamental rights are one of the essential elements of the «constituent decision» of the new constitution of Macau.

In fact, as demanded by the Joint Declaration, all rights and freedoms of the inhabitants and other persons will be ensured in the Macau SAR[13]. The local constitution establishes a wide catalogue of fundamental rights and several principles of guarantee impregnated with a *westernized* approach, and thus contribute to another ground of differentiation vis-à-vis the sovereign besides the usually more adulated group of economy differentiations. The maintenance of capitalism was undoubtedly one of the driving forces of the new constitutional order of the SARs,[14] but also the democratic principle (the question remains only as to its extent and scope,[15] not its existence), the continuity of the fundamental rights

10 As GIANCARLO ROLLA demonstrates, «*The recognition of the fundamental rights must be accompanied by the codification of instruments of institutional guarantee that can as much be general, as of sectorial nature. The first ones they are directed essentially to the own principles of the Constitutional 'Rechtsstaat', like the normative supremacy of the Constitution, the principle of legality, the reservation of law, the separation of powers, the autonomy of the magistrature. In a more general fashion it is possible to be affirmed an instrumental relation between the structure of constitutional charters and the purpose of assuring the protection of the rights. This is, in the sense that the catalogue of rights and the principles on the organization of the powers, do not constitute two different parts of the Constitution, but two connected profiles, one to the recognition of the rights, and the other, to the predisposition of institutional and jurisdictional guarantees, oriented direct or indirectly to better assure the guarantee of the fundamental rights*», *Garantía de los derechos fundamentals y justicia constitucional*, Porrúa/IMDPC, Mexico, 2006, p 65.

11 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 306.

12 *Idem, op*. and *loc. ult. cit*..

13 See, namely, 2. 4 of the Joint Declaration.

14 For a critique see, GOMES CANOTILHO, «*the basic idea of "one country, two systems" does not have to be interpreted in a strictly functional sense. The autonomy of the Macau Special Administrative Region is not an organizational skeleton exclusively directed at the maintenance of a capitalist system. It is an organizational autonomy (regarding the horizontal distribution of power) structural-internal (regarding the division of power among the different levels of government) and structural-external (regarding the competence in external affairs) that allows for a legal and political support to the substantive constitution of Macau (and not just the capitalist system).*», *The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance,* forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*.

15 Referring to Hong Kong, ALBERT CHEN, says «*Here it must be pointed out that the domestic political system of the HKSAR falls short of international standards of democracy*», and «*I would characterize the present political system of Hong Kong as one with constitutionalism but only partial democracy*», thus meaning that although without a very high degree the fact remains that democracy is present, *The theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong*, forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*. The author further states that « *On the*

guarantistic and the pre existent system in its general delineation. The last provides for the wide listing of: enforcement; guarantees; high value of and no unconditional submission to the collective; and *local* rather than center methods and ideology of interpretation and application as to be seen. One can easily read in article 11, 1 of the Basic Law, the preeminent values that, following in the steps of the Joint Declaration, were the driving force in shaping Macau's constitution once the resumption of sovereignty was effected under the one country, two systems principle: the systems and policies practised in the Macau SAR, including the *social and economic systems*, the *system for safeguarding the fundamental rights and freedoms* of its residents, the *executives legislative and judicial systems*, *and the relevant policies*, shall be based on the provisions of this Law (emphasis added). Returning to a familiar expression, the above mentioned points comprise the contents of the constituent decision for the Basic Law for the Macau SAR.

Bearing in mind what was telegraphically said before, we intend to tentatively[16] identify several principles that preordain the constitutional system as a whole and thus include the fundamental rights constitutional subsystem or component. Our aim is to present the principles that have or may potentially have a contributive role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system. In other words, an integrated group of principles that constitutes the protective web of the fundamental rights system, which shapes it into a potential and formal *pro libertate* and *pro homine* one from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the standpoint of the subnational unit.

In general, these are what one can mention in relation to the constitutional system:

the principle of obedience to the Joint Declaration's basic policies;

- the principle of a constitution; the principle of continuity;

- the principle of the second system within the one country, two systems;

- the principle of autonomy; the principle of democratization;

- the principle of an own and distinct legal system;

other hand, the Basic Law does provide for the possibility of further democratization of the SAR». Noting that there are however still legal and political limitations to a full democracy.

16 We do not intend nor pretend that the listing will be exhaustive and complete. It is rather, in our continuing research, a starting point.

- the principle of constitutionality;

- the principle of legality;

- the principle of separation of powers; and

- the principle of independent judiciary.

As to what concerns the fundamental rights constitutional subsystem:

- the principle of safeguarding;

- the principle of self containment and exclusivity;

- the principle of a charter of rights;

- the principle of continuity of fundamental rights;

- the principle of non discrimination;

- the principle of safeguarding human dignity;

- the principle of legality of fundamental rights in general and, in particular, on restrictions;

- the principle of reception of at least minimum international standards;

- the principle of self executing constitutional norms;

- the principle of *local* philosophy interpretation and integrative methods;

- the principle of effective judicial protection;

- the principle of proportionality;

- the principle of overture to other rights in the Basic Law;

- the principle of overture to other rights outside the Basic Law; and

- the principle of extension to collective persons.

The above listings are open and they do not necessarily show any sort of hierarchy or degree of relevance in the order they are introduced. On the other hand, due to namely objective limitations to the extent and nature of this paper, we will not be able to develop all the above mentioned principles and the degree of densification of our analysis of the chosen principles will vary. It should also be mentioned that, although sharing the same

format and spirit, there are some differences on the principles of the subconstitutional system of fundamental rights of the two SARs, especially in its express normativization in the constitutional texts.

One also feels that we should clarify that this paper presented is not, and does not intend to be, a text that fulfills the subject matter in its entirety. It is, on the contrary, a reflection on several aspects of the core subject; it aims to provide a list of problems and doubts that emerge and some possible answers anchored in juridical, rather than policy or political, reasoning. In other words, it is the lawyer rather than the citizen who is bringing this paper to this legal conference. This may have the potential of eventually leading to a limited comprehension of the subject matter. With the above clarification in mind, we will now, as proposed, give our analysis of the constitutional layer of protection of fundamental rights in Macau.

II
A tentative glance characterization of some principles of the Macau constitutional system at the light of components of a protective web of fundamental rights

As said before, we are only addressing the principles that have or may potentially have a contributive role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system. In other words, principles that add to the protective web of the fundamental rights system and that, along with the ones of the fundamental rights system proper, shape it into a *pro libertate* and *pro homine* one. On the other hand, this will be done from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the standpoint of the subnational unit and not from the center. This explains, for example, why we elected the «two systems» segment and not the «One country» counterpart. We are not in any way diminishing the paramount importance of either this one or questioning the idea of Chinese sovereignty. Also, as manifested earlier, we are not going to focus on all the listed principles.

One should also point out that there is a complex interrelation of the principles, and thus making it sometimes not so easy to draw a division between them – when one ceases to give room to another. Sometimes, a given principle is *no more* than a corollary of another more

ample one, making it, at times, somewhat difficult to grant it independent status; for example, the principle of having a constitution should presuppose the constitutionality principle at the risk of the former not being true or merely a paper constitution, which is not the case.

The principle of obedience to the Joint Declaration basic policies

The Joint Declaration established a group of basic policies that will shape the Macau SAR for fifty years. The *twelve commandments* are mandatory and cover several main features. Hence, when analysing and interpreting the Basic Law, the first step must be to see how the subject in question is dealt with in the Joint Declaration.[17] Failing to do so would make the Joint Declaration meaningless and eliminate the source of all the distinctive features of the SARs. We are faced with a relationship between these two preeminent sources of law of an exceptional nature, which together may be considered as forming the constitutional block of the SAR (along with article 31 of the PRC Constitution), with special links and cross-references to the commands and nature of the JD*;* the *regulatory* function of the Basic Law vis-à-vis the Joint Declaration; *the pacta sunt servanda principle*; and the material limitation imposed on the revision procedures of the Basic Law: *no amendment to this Law shall contravene the established basic policies of the People's Republic of China regarding Macau*. This is a proviso that imposes itself on both the sovereign and the regional bodies – although to the latter in a mediate way since there is no power of amendment but only some power of proposing amendments.

The Joint Declaration is undoubtedly an international treaty, despite the unusual branding it receives,[18] with all the legal consequences that it implies.[19] It sets out the funda-

17 For instance a hypothetical revision of the Basic Law to eliminate the right to strike would not be possible since this right is directly protected by the umbrella guarantees established in the Joint Declaration. The same can be said, naturally, if in a revision of the Basic Law a proposal to abolish the high degree of autonomy were put forward.

18 Sharing the same opinion, RUI MOURA RAMOS, *A Declaração Conjunta Luso-Chinesa na Perspectiva do Direito Internacional*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 74, 1998; CHEN ZHI ZHONG, *The Joint Declaration and the International Law,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 11, 2001, p 89 ff. For Hong Kong, RODA MUSHKAT, *One Country, Two International Legal Personalities*, Hong Kong, Hong Kong University Press, 1997, pp 140-1; JAMES CRAWFORD, *Rights in One Country: Hong Kong and China*, Hochelaga Lectures, Faculty of Law, HKU, 2005, pp 3 – 4, says «*It is true that it is termed a Joint Declaration and much of it is in declaratory mode. But the name given to a treaty is a matter of indifference. (…) There is no difficulty from the point of view of international law in seeing the Joint Declaration as a treaty. Moreover the declaratory mode does not mean that the Joint Declaration is a mere declaration or recital without legal force. Much that is in the Joint Declaration is actually being constituted, or at least being agreed to be constituted.*».

19 FRANCES LUKE stresses this quality of the Joint Declaration in *The imminent threat of China's intervention in Macau autonomy: Using Hong Kong's past to secure Macau's future*, American University International Law Review, Vol. 15,

mentals of the process of the transfer of sovereignty (with implications for the legal system; public administration; exercise of sovereignty powers; political structure; judiciary; and fundamental rights, among others). Without question, the Joint Declaration constitutes a limitation on the exercise of sovereignty over the peripherical reunited territories. It is, however, echoing a certain spirit of a *Kantian perpetual peace,* a limitation freely created and desired by the contracting sovereign states in the normal exercise of their international legal powers, or, in other words, «*Under the Joint Declarations (JDs), the PRC was reduced in its sovereign competences, these purporting only to external sovereignty: defence and foreign affairs.*».[20]

The Joint Declaration will remain as a prominent source of law for the Macau SAR.[21] Its norms, characterised as 'policies' embodying China's post-99 obligations, may genuinely constitute *material limits* on the legislative power responsible for drafting as well as amending the Macau Basic Law. The continuing validity and efficacy of the Joint Declaration is in fact, as seen, assumed by the Basic Law itself.[22] In a sense, the Basic Law *does no more* than detail the policies stated in the Joint Declaration,[23] as foreseen in Point 12: «*The above stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this Joint Declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China by the National People's Congress of the People's Republic of China, and they will remain unchanged for 50 years.*».[24]

2000, p 3.

20 ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework for legal co-operation between the "Two Systems" of the "One Country": the case of Macau*, Conference on Mutual Legal Assistance under 'One Country, Two Systems', Faculty of Law of the University of Hong Kong, 1999, p 2.

21 See JORGE COSTA OLIVEIRA*, A continuidade do ordenamento jurídico cit*, pp 24-25; PAULO CARDINAL, *O sistema político de Macau na Lei Básica — separação e supremacia do executivo face ao legislativo*, Revista Administração, 19/20, p 80; ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional restrictions on the limits to the sphere of jurisdiction of the Macau Special Administrative Region's Courts*, paper presented to the 4ª Comparative Constitutional Law Standing Committee Conference, Bangkok, May 1999; ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, p 14, 93.

22 Preamble and in Art. 144 stating that the basic policies of the People's Republic of China regarding Macau have been elaborated by the Chinese government in the Sino-Portuguese Joint Declaration and that no amendment to the Basic Law shall contravene the established basic policies of the PRC regarding Macau. For Hong Kong, article 159.

23 In *The Joint Declaration cit*, CHEN ZHI ZHONG*,* writes that the Basic Law codifies the 12 points in JD Art. 2, p 92. In the decision on process 96/2002, the TSI (Macau Court of Second Instance) a reference is brought to the densification of the Joint Declaration made by the Basic Law.

24 Thus, GOMES CANOTILHO sees the Joint Declaration as playing a role in guaranteeing, directing, stimulating and interpreting the Macau SAR Basic Law*, As palavras e os homens—reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, O Direito, October, 1994, pp 7-8.

In short, we can say that the Joint Declaration works as a *grundnorm* for the Basic Law and consequently for Macau's autonomic constitutional, legal, political, social and economic system[25] until 2049. All the obligations created by the international treaty emanate guarantees that are proclaimed in the Joint Declaration and, in accordance with the *pacta sunt servanda* principle, none of these guarantees may be violated within the timeframe prescribed by the international treaty. Of course, the Joint Declaration contains no mechanism for its enforcement, but respect for that *jus cogens* principle is a strong element and the international community in general, and Portugal in particular, should have a say in case of a breach.

The principle of having a Constitution

One must ask that, as China is not a formal federal state, does it make any sense at all to refer to a principle of having a Constitution for the Macau region? One should not refer to a constitutional autonomy in its full sense, namely the power to produce its own constitutional text.[26] It should be enough to apply the Chinese Constitution in its entirety and on a lower level ordinary legislation, be it a centralized or local legislation. This choice however, was put aside, as we all know, since only some few *chunks* of it can be considered applicable in the Macau SAR. China's attitude towards the questions of Macau and Hong Kong *legated by the past* was extremely pragmatic and innovative, and thus imposed a similarly impregnated analysis.[27]

25 «*Macau's legal system will have a new constitutional Grundnorm: the JD itself, which is the body of principles and rules defining its autonomy as an SAR and limiting Chinese sovereignty*», ARMANDO ISAAC, *The constitutional framework cit.*, P 3. It is important to note again that the Basic Law must nonetheless follow the provisions of the Joint Declaration, although in some cases it has failed to do so; see for example PAULO CARDINAL, *O sistema político de Macau na Lei Básica — separação e supremacia do executivo face ao legislativo*, Revista Administração, nºs 19/20, passim; for Hong Kong, YASH GHAI, *Hong Kong's New Constitutional Order*, Hong Kong: HKU Press, 1999, p 146.

26 One does not forget the inexistence of some classical features of federalism, such as the *Kompetenz-Kompetenz.* JORGE BACELAR GOUVEIA warns that, in spite of the extraordinary scope of autonomy and the existence of powers that not even federated states have, the Macau SAR cannot be deemed as something similar to a state in a federation since it lacks an essential power, that is the power to enact its own constitution, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau—Contributo para uma compreensão de direito constitucional,* Boletim da Faculdade de Direito, 13, 2002, p 197.

27 It was said that «*Constitutional autonomy is also the possibility of an autonomous territorial being – state, region – granting itself a "constitution" ("statute", "basic law") in order to stabilise its own organization and define its identity. In the case of Macau there was no real constitutional autonomy in this sense (and, wherever it exists, it is always limited), but the Joint Declaration and the Basic Law aim at finding the essential dimensions of organizational stability and the political, historical, economic and social identity of the territory*.». GOMES CANOTILHO, *The autonomy of the Macau Special Administrative Region, cit.*.

On the other hand, the Joint Declaration states that the above-stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau SAR. This is another emanation of the above mentioned principle of obedience to the Joint Declaration's basic policies. Along with this, one must underline that the constituent power of the sovereign is not unlimited and unrestricted but, on the contrary, owes allegiance to the international treaty it signed with a counterpart sovereign state. In this sense, the so called constituent power of the Chinese body competent to enact the SAR Basic Law has limitations and is not absolute thus meaning that, beforehand and, hetero-limiting and hetero-deciding (the) essential features of the Macau Basic Law.[28] This is one of the several imaginative operative schemes envisaged for functionalizing the SARs and, we believe, for contributing to the success of the formula even if this means a contained rupture of the domestic absolute domain of the Chinese Constitution.

As a very brief summary one can say that we envisage the composition of the Macau *constitutional order* as *built* in aggregation by several different juridical texts: firstly – not necessarily above all, quite the opposite – the most comprehensive, structure, detailed, and in-depth one, the Basic Law, plus, as seen, the Joint Declaration – as the hetero foundation and demanding 12 commandments, among other roles – and, naturally the PRC constitution, most especially – but not only - its article 31.

With the above potential point of critique, we hope, clarified, it must be said that the Basic Law constitutes the formal domestic (in here we are referring exclusively to the domestic stand) legal instrument that details the constitutional organization of the SAR, including its political system, its autonomy, as well as the non-organisational constitutional frameworks such as in the fields of fundamental rights, economy system, and social issues. This legal document has the appearance and the structure of a formal constitution and has been called a «mini-constitution» or a «para-constitution». To us, the main point to stress, with or without «mini» or «para» or other similar qualification expressions, is that the Basic Law is, in the S.A.R. legal system, a (the) constitutional law, it presents itself and self assumes as a *lato sensu* constitution. In Macau, it is a material constitution,[29] if not a formal

28 JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, warns that even though the constituent power can shape the contents of the constitutional law as freely as it wishes however this absolute power in terms of defining the scope of applicability is restrained externally – international law - up to the existence of limits that reduce the absolute to impotence, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, p 54.

29 JORGE BACELAR GOUVEIA, *Fundamental rights in Macau,* forthcoming One Country, Two systems, Three Legal

one. In fact, if one looks at the legal order of the Macau SAR, the Basic Law is the highest source of the domestic legal system.[30]

The principle of continuity

A paramount principle in general as well as in the fundamental rights area is the principle of continuity[31]. «*The current social and economic systems in Macau will remain unchanged, and so will the life style. The laws currently in force in Macau will remain basically unchanged.*»[32] This means the continuity of the social system, of the economic system and also of the normative acts basically unchanged.[33] Or, as one author put it, it was envisaged a «*high degree of continuity*».[34] This principle is also referred to as the principle of the inalterability of the essential.

However, this principle does not affirm itself as absolute, meaning that the principle of continuity does not have to be read as meaning intangibility. It does not claim to be synonymous with intangibility inasmuch as the contracting parties had intended to prevent an undesirable sclerosis of the legal system[35]. In truth, this characteristic of elasticity, though limited one must say, and of the principle of continuity, consists as an added guarantee to

Orders *cit.*,. «*The constitutional nature of the Basic Law derives also from its content. Many of the topics it covers are materially constitutional*».

30 Besides, as GIANCARLO ROLLA put it, «*Further evidence of the constitutional nature of Basic Law is provided by the fact that its revision may be carried out only by way of a special procedure, a "reinforced" procedure, (…) which cannot be amended by the national People's Congress except following specific procedures*.», *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems – a comparative approach* forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*.

31 For a summary of some of the possible meanings of continuity - that may help better contextualize this issue -, e.g. philosophical, in the sense of a methodological general principle, see, among others ANTÓNIO MACHUCO ROSA, *O conceito de contiunuidade em Charles S. Pierce*, Dinalivro, Braga, 2003.

32 Joint Declaration, Point 2 (4) and see also I and III of Annex I with some differences in the language of the late norms. LEONEL ALVES asserts that «*As for the concept of «laws in force» we understand it in a broad meaning, encompassing not only the formal aspect – written laws – but also the spirit of the legal system, its internal logic, its own dogmatic concepts and all the rest that provides life and sense to the legal order previously existent at the date of transfer of the exercise of sovereignty*.», *A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória,* BFDM, 12, 2001, p. 207.

33 One should note that, contrary to what might be perceived, the whole idea of continuity of a given legal system is far more common – and adequate if not necessary in many cases – than the sole cases within Chinese context. These phenomena can be witnessed in a multitude of situations by which some shift of sovereignty occurs. Be it by transfer of sovereignty over a given territory, access to independence or other situations historically existent.

34 JAMES CRAWFORD, *Rights cit*., p. 29.

35 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, 2006, p 32.

the effective survival of the legal system since it allows it, without abdicating its essential characteristics,[36] to adapt to the natural and unexpected evolution of the social system where it is inserted. If it is the *veritas* that the legal system will have to be maintained, although not in absolute terms, it is equally true that it could only be modified in respect to the limits established in the Join Declaration.[37] Besides, as another author points out, if Macau fails to keep and develop its own legal system the One country, two systems principle would be lacking its sense and purpose.[38]

The limit to the fullness of the principle of continuity cannot be reduced to only the thesis of the maintenance of the laws, saved in that to oppose the Basic Law or that it will be subject to posterior alterations; otherwise, that will simply mean carrying out the emptiness of that apex principle and consequently be rendered useless. To us, one has to admit the possibility of the introduction of those alterations, despite that it is not permissible for these alterations to consubstantiate basic changes.[39] With this, we mean that the general principles that characterize/shape the Macau legal system cannot be disregarded, and neither can the diverse legal regimes be disregarded as well- for example, of the fundamental rights in general and of each right in itself - they cannot have their ratio deviated or overwhelmed. In other words, the essential content of a given juridical regimen will have to be respected and kept.[40]

Thus, the principle of continuity - of the present social and economic systems, and in order to secure this, the laws currently in force will remain basically unchanged - consti-

36 LIUTING WANG, *Macao´s return: Issues and concerns*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 22, 1999, No. 2, p 180 tells us about the necessity of the new sovereign to acknowledge the existence of a differentiated legal system in Macau and of the local social customs. Its worth mentioning some of the following ideas: the creation of new legislation imposes that it should be prudently taken in consideration the relationship between the Basic Law and the laws previously in force, but also the maintenance of the European continental legal system characteristic as a way of underlining the typical style of Macau, and, it should be mentioned that one of the messages contained in the One county, two systems is the admissibility of a regime left by a foreign State in the condition that it is not in violation of the Basic Law, SUN WANZHONG, *A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, 13, 2002, página 54.

37 PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau cit.,* p 32.

38 MAI MAN IENG, *Diploma legal administrativo e acto legislativo por autorização*, Revista do Ministério Público, *apud* SUN WANZHONG, *A Lei Básica cit.*.

39 LOK WAI KIN seems to be purporting a somehow similar idea by proposing a difference between the *spirit* of the laws and its basic value as opposed to the specific writing of the normative rules. This later ones would be changeable. One can assume that those would not, *Impacto da Lei Básica da RAEM na concepcção do Direito de Maca*u, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, 13, 2002, p 61.

40 PAULO CARDINAL*, O Regime Jurídico da Advocacia cit*., pp 74-75.

tutes as the master guarantee of the transition process as we envisage it. This principle is reinforced in Annex 1, III, of the Joint Declaration, which states that following the establishment of the Macau SAR, the laws, decree-laws, administrative regulations and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained unless they contravene the Basic Law or are subject to any amendments by the Macau legislative body. The Macau Basic Law contains an identical provision.

The principle of the second system (within the one country, two systems *global* one)

Article 5 of the Basic Law announces that «*The socialist system and policies shall not be practised in the Macao Special Administrative Region, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years.*». Furthermore, article 11, 1, reassures that *the systems and policies practised in the Macau Special Administrative Region, including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, the executives legislative and judicial systems, and the relevant policies, shall be based on the provisions of this Law*.

In these two norms, the separation line between the sovereign and the subnational unit is clearly drawn. This means that in the sphere of the above mentioned *systems,* its design, enforcement, application and development must be made in accordance with the values and aims of the granted and tolerated values impregnated in the second system and not by way of importation of the correlative ones in force in the Mainland. Or in the words of WU XINGPING «*Under the principle 'One country, two systems', the socialist principles and policies established in the Constitution are not applicable in the Regions (SAR). This means that the Constitution is applicable in the MSAR, except for those rules that are related to the socialist principles and policies and the ones referred in article 11 of the Basic Law*.».[41] For an assertive position, «*Given the contradictions between them, then to what extent is the Constitution applicable in Hong Kong? The argument that it applies as a whole to Hong Kong must be rejected because the Constitution allows only one system. A more popular argument is that it applies only partially, but this theory is difficult to*

41 *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 13, 2002, p 74.

apply. A convenient, but not principled, argument is that the Basic Law is a national law passed by the congress, when decided, pursuant to an international treaty, to exercise its supreme power only through the framework of that de facto constitution. It is now settled that, as far as Hong Kong courts are concerned, the Basic Law forms the only valid constitutional cord connecting Hong Kong's laws to the national constitution. There is no other official means by which Chinese laws (including the Constitution) may be applied in Hong Kong.».[42]

In these fields, the core of Macau's autonomy, the second segment of the one country, two systems principle, is in command in the political system, in the judicial system and in the fundamental rights – one is not allowed to implement a socialist system or policies to downgrade the value of fundamental rights of an instrumental status and unceremoniously and unrestricted subordinate it to a given *societal* value that is propagated by the government without any real balancing of the potentially conflicting interests at stake.

The principle of autonomy

Macau enjoys a high degree of autonomy, except in foreign affairs (this is however, with significant exceptions) and defence. And «*despite the use of the adjective 'administrative', its autonomy is political given that the scope is not merely administrative, but it also holds powers of a state nature, in what interests us here, legislative powers*.».[43] The package of powers allocated to the SARs is huge and, in general, cannot be found even in formal and dynamic federated states.[44]

The center Constitution has little to say except for a somewhat enigmatic and empty norm; article 31 declares, «*The state may establish special administrative regions when necessary. The systems to be instituted in special administrative regions shall be prescribed by law enacted by the National People's Congress in light of specific conditions*.».

42. FU HUALING and RICHARD CULLEN, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: But Hong Kong Should Seek A Better Way…,* Hong Kong Journal, 2006, II, *cit.*.

43 FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe cit.*.

44 For an analysis of the SARs autonomy in a comparative perspective, see MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models,* GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism cit.* FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe cit.,* all forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*.

Little can be retained from this legal narrative.[45] Why is this so? In the Preamble to its Constitution, the People's Republic of China proclaims itself to be a unitary multi-national state, and thus not allowing—at least from a formal point of view—any kind of federalism.[46] It also prescribes socialism as the system practiced in the PRC. The scheme of administrative divisions it establishes also does not accommodate the idea of the SARs.[47] Thus, the existence of the Special Administrative Regions and the wide scope of autonomy that they enjoy do not fit into the scheme that is established by the Chinese Constitution. So in order to accommodate for their creation, Article 31 was created and, somewhat artificially implanted in a context that really does not match well and is virtually isolated, hence the absence of a set of center constitutional rules establishing methods of policing boundaries should not be a surprise to anyone.

The PRC took a highly pragmatic approach towards the questions of Macau and Hong Kong: the point was to resolve these issues and allow the reunifications, even if that meant actually *forgetting* the stipulations of the PRC Constitution to a certain extent. In formal terms, the PRC created Article 31 as a sufficiently vague device to allow the incorporation of the SARs into the Chinese state as a 'second system' enjoying a 'high degree of autonomy'. Article 31 was the necessary step to accommodate the constitutional frame-

45 MARCO OLIVETTI says, «*there is no constitutional foundation of the autonomy of the SARs at the central level. Art. 31 of the Chinese Constitution is of course the constitutional base for the formation of Special administrative Regions, but in this article there is neither a list of these kind of Regions, nor is the objective situation in which a SAR must be created (these Regions can be created "when necessary") described in a way that can limit the discretionary power of the NPC.*», *The Special Administrative Regions cit.*.

46 As ALBERT CHEN warns, «*The People's Republic of China (PRC) has always insisted that it is a unitary state and cannot accept a federal structure. The concept of a special administrative region (SAR) within the PRC with a high degree of autonomy, and the related concept of "one country, two systems", represent a substantial modification of the original model of a highly centralised unitary state*», *The theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong*, *cit.*.

47 The PRC Constitution incorporates significantly different approaches to regional autonomy, and even establishes different constitutional norms for the "domestic" autonomies and for the SARs in articles 30 and 31 respectively. Article 30 lists the administrative divisions of the state, including the autonomous regions, but not the special administrative regions which are provided for, as seen, in article 31. The PRC Constitution further develops the essentials of the domestic autonomy regimes in articles 112 to 122, whereas the frameworks for the SARs are established in their respective Joint Declarations and Basic Laws. One of the legal consequences of this formal differentiation is that the rules regarding domestic autonomies may be amended in any way the constitutional *legislatori* see fit, thus the legal status of those autonomies is basically dependent on the constitutional rules and does not derive from other norms such as, for instance, laws governing each autonomous entity. A simple *quantity test* comparison between the SARs and the other autonomy model in China reveals that the SARs enjoy a much wider scope of autonomy. Besides this quantitative aspect, other important differences shape the nature of the SARs: their foundation in an international agreement, the limited timeframe, and the set of 12 policies agreed bilaterally. Thus the difference between the autonomous power enjoyed by the SARs and the autonomous areas is not only one of degree, but most importantly of their nature.

work of the international binding obligations that were to come. On the other hand, the center-subnational relationship machinery is, again with a flavor of originality, mostly laid in the Basic Laws rather than in the national constitution.

To really understand the autonomy of the SAR, one must resort again to the Joint Declaration. For the 50 years that started on 20 December 1999, the Joint Declaration will be the genesis, the anchor and the guarantee of Macau's autonomy.[48] That is why we can affirm that the S.A.R. autonomy is a *plugged* one. Plugged to an international treaty, and thus this autonomy, in contrast to most known models, does not rely solely upon a domestic act, be it a Constitution or a Basic Law. It does not rest freely and unlimitedly on the sovereign power; the legitimacy of, and the disposal of, the Macau autonomy are due to the Joint Declaration guarantees and from it, Macau *receives its superstructure conduit*. Referring to Hong Kong, it was written by ZHU GUOBIN that *«The power of autonomy enjoyed by the HKSAR does not derive from a delegation by the Central People's Government, but from an international arrangement based on the realpolitik and reasonable separation of power between the Central and SAR governments. We should not ignore the function of the ´twelve items of policy´ included in the article 3 of the Joint Declaration… ».*[49]

The Joint Declaration therefore is the genesis and anchor of Macau's autonomy. That is, in our view, the appropriate conclusion. The assertion that Chinese institutions and the Chinese Constitution are the primary sources of the autonomy of Hong Kong and Macau[50] leads to the denial of any post-transfer role for the JD. The PRC Constitution opens the door in Art. 31, and the NPC may even be the key to that door, but the creators and deliverers of the autonomy institution, or the parents, are the signatory parties - Portugal and China - through a bilateral agreement. Both states are the parents even though the guardian and the parent who directly cares for the child—MSAR—is China.[51] Thus, the Joint

48 Making the same point, MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, *A Região Administrativa Especial de Macau e o Direito Internacional,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 13, 2002, p. 203. Although the SAR is founded on the basis of the One Country, Two Systems policy, ZHU GUOBIN asserts, «*This political structure is, however, a result of the Joint Declaration even if an invention of the Chinese government»*, in *Redefining the Central-Local Relationship under the Basic Law,* paper given at One Country, Two Systems: Theory and Practice international conference, 1997..

49 *Redefining the Central-Local Relationship under the Basic Law,* paper given at One Country, Two Systems: Theory and Practice international conference, 1997, p. 6.

50 Among many others, see ZENG HUAQUN, *Hong Kong's autonomy: Concept, development and characteristics*, China: An international law journal, 1 / 2, 2003, pp 320 ff.

51 *Something* is written differently. Article 2 of the Basic Law states: «*The National People's Congress authorizes the Macau Special Administrative Region to exercise a high degree of autonomy*», with the inference being that the NPC is

Declaration presents a framework for Macau's autonomy that has two main characteristics: the autonomy is internationalized and is temporary; for the duration of the 50-year period covered by the Joint Declaration,[52] it operates under the principle of continuity.[53]

Concerning foreign affairs, as we have previously mentioned, one must point out that, in spite of the general exclusion clause, that exclusion is in fact qualified in the sense that it allows for remarkable areas of exception. It provides an autonomy that is, in some ways, more extensive than other autonomies elsewhere.[54] *Perhaps the most distinctive feature of the agreement is the extensive authority granted to the (…) SAR in the area of foreign relations and participation in international organizations*, says HURST HANNUM.[55]

As to the limits of autonomy, one has to say that the autonomy envisaged by the Joint Declaration has certain natural limits, and the Basic Law also expressly provides for certain other limitations that were initially expressed in the treaty. First of all, Macau is part of the Chinese territory, and the People's Republic of China has resumed the exercise of sovereignty over it. Sovereignty now resides solely in the Chinese state, both in its title and in its exercise. The form of the autonomous entity is that of a special administrative

the source of the autonomy which is bestowed as a gift to Macau. Be it intended as a proclamation of sovereignty but it is incorrect. In truth, this concrete autonomy vis-à-vis the PRC is possible only because Macau has *fully* returned to the motherland, but this return happened due to the international agreement and, the reunification came with a package of prices, as described above. The establishment of a SAR and endowing it with a high degree of autonomy represented a bilateral will and not the single will of one of the parties. Moreover, the competences—and the duty—to establish these arrangements were set by the international treaty, not by China and even less by one of its political institutions. One can confirm this assertion with some Joint Declaration norms: *The above-stated basic policies and the elaboration of them in Annex I will be stipulated in a Basic Law by the National People's Congress of the People's Republic of China,* 2, 12, JD and, *The National People's Congress of the People's Republic of China shall enact and promulgate a Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China, stipulating that …*, I, Annex I. It can be seen that it was decided in the international treaty that the domestic competent body would be the NPC and, more, that its competence would be predetermined in the sense that it would have to enact a law (no choice either to enact or not) and the contents of that law would have to, at least to a certain extent, respect previous and superior basic rules and principles set forth bilaterally.

52 If after those fifty years autonomy remains unchanged it will have a different legal foundation guaranteed in a different way.

53 The Joint Declaration first stipulates that the government of the People's Republic of China will resume the exercise of sovereignty over Macau with effect from 20 December 1999 thus allowing for the accomplishment of reunification of Macau with China, and consequently the establishment of an entity integrated with, but separate from, the PRC: The SAR is the juridical person that embodies the new autonomic reality within Chinese sovereignty.

54 , XIAOBING XU/GEORGE D WILSON*, The Hong Kong Special Administrative Region as a model of regional external autonomy, Case Western Reserve Journal of International Law,* Winter, 2000, pp 2-5, stress that Hong Kong (and Macau, one adds) arguably enjoys, in real terms, more far-reaching external autonomy than any other region in the world, historical or current.

55 *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, UPP, 1996, p 140.

region, while the legal domestic document is a basic law enacted by the central authorities and not by the autonomous entity.[56] Second, there is a temporal limitation: the principle of the internationalized autonomy (and of continuity) will remain in force for fifty years, and hence it is guaranteed only for that period of time. Finally, the SAR will enjoy a high degree of autonomy, except in foreign affairs (with exceptions, as seen previously) and defence, which are the responsibilities of the CPG. The first and third of these limitations can be considered as inherent in any phenomenon of autonomy, while the second is directly connected to the internationalized nature of the granting process. Several further limitations on Macau's autonomy are laid out in the Joint Declaration and in the Basic Law – for example, articles 18, 143 and 144 of the Basic Law.

None of the known examples of a subnational unit have posed a more complex challenge to the theorization of the composite state forms than the SARs of the People's Republic of China. In truth, it seems clear that one can, obviously, find elements of regionalism and of federalism.[57] Bearing in mind what is written supra, namely about the powers of the SAR, some characteristics can be deemed as almost federalistic or as incorporating a proto-federalistic phenomenon.[58] But that does not seem to worry the PRC as long as it is still labeled as a normal unitary state and that the formula works. In truth, it seems that the SARs are vested with characteristics that go beyond any substate entities[59] and resemble a (*non integrated*) State in some circumstances.[60] This augmented set of powers makes us lean towards the idea that, in a sort of counter balancing exercise, it *rearranges* the whole picture and pushes up the framework of the SARs from a formal *mere* region lacking some characteristics connatural to federations to something else. And that is why we ask if the

56 Although as seen, the external *pacta* source must be complied with meaning that sovereignty resides solely in China and in no other, but it is delimitated by the Joint Declaration.

57 For example, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism cit.*.

58 JOSÉ CASALTA NABAIS describes a high degree of complexity and originality that does not fit any previous models, *Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo?,* Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 12, 2001, pp 33-34. Or, as MARCO OLIVETTI, puts it, «*In the case of the SARs, the lack of homogeneity not only is allowed or tolerated, but it is directly imposed to the Regions be their Basic Laws, up to the point that they couldn't even reduce or remove it (e.g. adopting a socialist system). Here lies in my opinion the core problem of every attempt to classify the SARs using the models created in the literature over territorial distribution of powers. None of these models and none of existing experience allows such a difference of political structure, of socio-economic model and of fundamental rights regulation between the centre and the autonomous entities like the one foreseen by the Hong Kong and Macao Basic Laws.*», *The Special Administrative Regions cit.*.

59 JOSÉ CASALTA NABAIS, *Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo*?, p 32.

60 VITALINO CANAS, *A extensão da autonomia* cit, p 240.

S.A.R. autonomy incorporates a sort of «new» federalism, albeit anonymously. Faceless, just like a bottle of mineral water without a label but still filled with that liquid. Do we have here *an anonymous new federalism*?[61] As said before, the regime of the SAR under the one country, two systems framework brings to the centralized state system some federalist characteristics, and it can be concluded that China now has a combined system of federalism and unitary state.[62]

In short, one can propose the following melting pot on the characterization of the SARs' status:

Less than (political) regionalist elements: The Chief Executive – as well as the principal officials of the government and the Procurator General - is appointed by the centre and shall be accountable to the Central People's Government.

As for regionalist elements of the SARs: The formal labeling of both the SAR and the PRC – the first is stated to be a region and the latter proclaims that it is a unitary state. The lack of power of the SAR to decide on its own on its constitutional law, as the competence to enact and change the Basic Law is deposited outside the SAR – although as seen before, this is limited by reason of an international treaty and the impossibility of secession from the SARs. *Authentic* interpretation of the autonomy chart resides outside the SAR.

Federal elements of the SARs: The existence of a political system and organizational framework with its own legislative, executive and judicial power.[63] Both defense and, as a rule, foreign affairs rest in the centre. Existence of a constitution, at least in a material sense, named Basic Law.

Statehood elements of the SARs: Among others, existence of judicial power including that of final adjudication, and hence the non possibility of any competence, be it *prima*

61 *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, *cit.*.

62 IEONG WAN CHEONG, *One China, Two Systems and the Macao SAR,* Macau, University of Macau, 2004, pp 233-4. MICHAEL UNDERDOWN uses the interesting expression '*federalism Chinese style'*, *Legal Issues in a Federal State: Protecting the Interests of Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau*,* 12, 2001, p 55. MICHAEL C: DAVIS, *The case for Chinese Federalism*, Journal of Democracy, vol. 10, 2, April 1999, poses the question of federalism in China and of confederacy and proposes a concept of economic federalism already in force but unaccompanied by a formal constitutional one, pp. 128 and ff..

63 See, for example, MARCO OLIVETTI*, Federalismo e regionalismo in Europa*, in T. Groppi, L. Ammannati, M. Olivetti (a cura di), Nuevos rasgos de la administracion local en Europa, Fundap. Queretaro, 2005. However, as the author states, even in some federations, as in Austria and in Belgium, the judicial power rests only in the federation and is not shared with the federated units.

facie or by way of appeal mechanisms of any courts of the Mainland. A self contained system of fundamental rights and the non application of the centre Constitution. The non application of the Chinese Constitution to the *private sphere* in Macau, and residents of Macau are as such not under the scope of application of the Chinese Constitution, be it in the fundamental rights sphere or as tax payers, etc. The non application of the centre laws as a rule and the exceptions are subjected to the regime contained in the Basic Law. Hence, as in above, the basic rule is that Macau residents are in no way subjected to Mainland laws thus meaning that the issue of supremacy of centre laws vis-à-vis regional ones is not even an issue. The international law personality. The existence of total separateness of finance and tax systems.[64] The issuing of its own currency. A separate customs. The separateness of its own social system.

Uncategorized/unique elements (in the lack of a better expression): The measurement of the international law capacity of the SARs goes far beyond what is present in autonomous regions, in «regions» with *shared* sovereignty, such as New Caledonia,[65] and even in federated states.[66] However, it has less capacity than an independent State and has a domestically drawn line of what is and what is not in its sphere.

The accession of Macau to the centre is bilateralized as in federations; however, it was in a horizontal fashion[67] rather than a vertical fashion (no matter in ascending or descending move). Besides, it was the result of an international treaty in which it took no part; so instead, it was not the subject of it, but its object. The autonomy frame is internationally plugged/guaranteed as in some known cases of regional autonomies, but this is done in a more detailed manner on the one hand, and with a limited timeline on the other hand.[68]

64 Articles 104 and 106 expressly use the word «independent» to characterize these systems.

65 See, among others, DANIEL DORMOY, *Les relations extérieures*, in La souverainité partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit compare, (dir. Jean-Yves Faberon/Guy Agniel), La documentation Française, 2000, pp. 350 ff., VALÉRIE GOEESEL-LE BIHAN, *La participation des departments et regions d´outre-mer à la conclusion des accords internationaux: essai d´analise générale*, RFDC, 65, 2006, pp 3, ff.

66 See, for example, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Região Administrativa Especial de Macau cit.* SUSAN J. HENDERS, *Region-States and the world* cit, pp 87 ff, namely the data provided compiling the nonstate actors activity in international law and both Macau and Hong Kong are high in the rankings and in the case of Hong Kong it is surpassed only by a will be State - Palestine - and an associated one.

67 JOSÉ CASALTA NABAIS, *Região Administrativa Especial de Macau, cit.*, p 31.

68 Others add to this melting pot some characteristics of confederations. MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions cit.*.

The principle of a own and distinct legal system

Contrary to what, to a certain extent, is common, the legal order of the center applies, or so tends to, unlimitedly and unrestricted to the subnational entities, at least in the subject matters reserved to the center, as well as in other areas. For instance, the legal order of the center applies in issues such as central taxes, central system of justice, monetary matters, and several others, and thus forming a strong component of the subnational legal system formation process. Although varying immensely in shape and scope, one fact seems certain: there is competitiveness between national and subnational units in forming the latter's legal system. We are faced with two domains of competence that contribute to one single legal system.

However, with the SARs example, we do not find such schemes except for some limited PRC constitutional norms, the Basic Law (and in here with constraints applicable to the sovereign power) and a few *sovereignty* legislations that must be identified and, in a sense, incorporated by the Basic Law itself and with a special procedure of application.

The Basic Law provides for the system to be used in Macau and it includes: the social and economic systems; the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents; and the executive, legislative and judicial systems. In addition, PRC's national laws will not apply, apart from those listed in Annex III to the Basic Law. In this sense, there is an extremely limited and low grade intervention in the subnational legal systems, and hence a *non dual* domains system of sources of law as a rule. MARCO OLIVETTI stated that «*It is a strict consequence of the principle "one country, two systems" that the Chinese legal order does not find application in the territory of the two SARs*», and thus addressing an «*immunity from Chinese Law*».[69] Or, in other words, «*The Macau legal system is normatively self-closed and self-referential due to the immanence of those Basic Policies*»[70] (enshrined in the Joint Declaration).

The principle of constitutionality

The most aprioristic and immediate role of the constitutionality principle is clearly

69 *The Special Administrative Regions, cit.*.

70 ARMANDO ISAAC, *Autonomy and the Basic Law: Grundnorm, System and Autopoiesis*, paper delivered at International Conference One Country, Two systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution, Macau, 5-7 February, 2007.

indicated in Article 11, 2, of the Basic Law, in a fashion rooted in Romano-Germanic legal systems: «*No law, decree, administrative regulations and normative acts of the Macau Special Administrative Region shall contravene this Law*.».[71] Article 8 reinforces the principle vis-à-vis the previous normative acts: *The laws, decrees, administrative regulations and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained, except for any that contravenes this Law.* Within Macau's own domestic legal system, a hierarchy is established and the apex role of its constitution is safeguarded, namely with the mechanism envisaged in article 17, 3.[72] This makes the Basic Law function as the norm parameter and the domestic constitutional platform.[73]

This plane, along with other dimensions of the principle, is established in the Basic Law in many other articles.

The dimension of the exercise of powers in accordance with the supreme law of Macau is also explicitly consecrated in the Basic Law. For example, in article 16, Macau shall be vested with executive power and it shall, on its own, conduct the administrative affairs of the Region in accordance with the relevant provisions of the Basic Law. The Chief Executive shall be responsible for the implementation of the Basic Law, 50, 2. The Government must abide by the law, and this naturally includes the Basic one, 65. The Legislative Assembly has the power to enact, amend, suspend or repeal laws in accordance with the provisions of the Basic Law, 71, 1 and, emblematically, article 101, the Chief Executive, principal officials,

71 «*The Basic Law has constitutional status and dominates all other Hong Kong laws. (…) The Basic Law dominates all local statutes of the territory, and enjoys constitutional status, namely, as a charter which cannot be defied and one that guarantees social stability and steady economic development. In light of this, all governmental institutions, organizations and individuals must strictly adhere to the Basic Law*.», RAO GEPING, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: From Beijing, "One Country" Must Dominate the Two Systems…,* Hong Kong Journal, http://www.hkjournal.org/archive/2006_spring/rao.html.

72 Note, however that such constitutionality mechanism of control does not extend to administrative regulations enacted by the Government. On this subject see also, article 145 «*Upon the establishment of the Macau Special Administrative Region, the laws previously in force in Macau shall be adopted as laws of the Region except for those which the Standing Committee of the National People's Congress declares to be in contravention of this Law. If any laws are later discovered to be in contravention of this Law, they shall be amended or cease to have force in accordance with the provisions of this Law and legal procedure*.».

73 On the Basic Law as internal *grundnorm*, WU XINGPING, *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau, Boletim da Faculdade de Direito*, Macau, 13, pp 75-7; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa cit.,* p 183-4. Considering the Basic Law as a parametric norm in the Macau legal system does not invalidate the position of the Joint Declaration as the highest source of law in Macau. On this, see, for example, ARMANDO ISAAC, *Substantive constitutional restrictions*..., passim; and *The constitutional framework*, *cit.*, GOMES CANOTILHO, *As palavras e os homens*..., p 341-2. In effect, the Joint Declaration is a superior class of *grundnorm* — inclusive *vis-à-vis the Basic* Law — and an externalized one. An amendment of the Basic Law cannot eliminate a specific fundamental right that is guaranteed in the Joint Declaration.

members of the Executive Council and of the Legislative Council, judges and procurators in the Macau Special Administrative Region must uphold the Basic Law.

All the dimensions mentioned above mean that the SAR is not above or outside the Basic Law; it is, instead, subjugated to it as in the fashion of any modern constitutional states. This submission embodies the idea of Constitution proper.[74]

In this light, one must consider that the Court of Final Appeal in the aftermath of the transfer delivered a blow to its mandatory role of safeguarding the constitutionality principle. It was the understanding of the court that the compatibility of norms with the constitutional order could not be adjudicated. The commands exposed, namely in articles 11 and 145 of the Basic Law, the supremacy of the Basic Law over any ordinary norms. Surely, the principles of justice and of the effective protection proclaimed in article 36 of the Basic Law demanded a different attitude– one that could be easily reached in Hong Kong – even in the absence of a branded and expressly established judicial procedure.[75] Besides, as stated in article 83 of the Basic Law, the courts shall be subordinated to nothing but law, and the first law is the Basic Law.

As to the principle of legality, YASH GHAI warns, «*The enforceability of rights cannot be separated from the general question of legality*».[76] Truly, the principle of legality resides in a neighborly manner, with constitutionality and considerations on constitutionality acting in accordance with the Basic Law in this sphere. This is translated as acting in accordance with the law, but it has its own dimensions. In the Basic Law, it is present in the criminal law sphere, in the administrative law sphere, in the tax sphere, and among others,

74 GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 216. As LINO RIBEIRO points, the principle of *Rechtsstaat* - or as we usually say of a *Rechtsregion,* in a similar sense of a *Rechtsstaat* - is present in the Basic Law, albeit maybe not so immediately, namely in an indirect way via the separation of powers, the administrative legality, the guarantee of the judiciary remedies, etc., *A Lei Básica e os princípios jurídicos conformadores da acção administrativa*, Boletim da Faculdade de Direito, 14, 2002, p. 57.

75 VITALINO CANAS states, «*On the contrary, in the context of the Basic Law, there is no possibility of judicial review of the constitutionality by a Constitutional Court. But we may consider whether MSAR ordinary courts can, under BLM, Article 143 and 11, 2nd paragraph, refuse the application of rules in conflict with that same BLM. It is relevant to underline that in Hong Kong, in spite of the English tradition of the Parliament sovereignty, and the law sovereignty, and of the impossibility of the courts to review the constitutionality of laws, there is a doctrinal and jurisprudential opening to the possibility for the courts not to apply rules in the grounds of "breach of the Basic Law", very much in line with north American tradition of Marbury vs. Madison.*», *The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the international instruments, f*orthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders cit Also our *Os direitos fundamentais cit.*, pp. 62-63.

76 *Hong Kong's new constitutional order*, p. 128.

as can be seen in articles 28, 29, 50/2), 65, 83, 89, 106, 107, 120, 123.[77]

The principle of separation of powers

One can very briefly say, and we quote, that «*Under the Basic Law, there is a clear and sharp separation between the executive and the legislature*»,[78] and subsequently, there are some mechanisms, albeit not perfect, of checks and balances. Articles 2, 16 and 17, among other articles, reflect the separation of powers in Macau. Even if there is a dominance of the executive over the legislature as it is the case, one knows that the event of absolute power does not fit in the Basic Law schematics. Absolute power negates true fundamental rights, whereas separated and controlled powers lay the carpet for the possibility of real fundamental rights. What varies is the scope and quality of those rights.

On the other hand, one must bring to the subject the fact that Macau is constitutionally guaranteed with an independent judiciary. The principle of independent judiciary is present in article 2 of the Basic Law, which is in line with the Joint Declaration, and it emphatically states that Macau enjoys independent judicial power, including that of final adjudication. Immediately, one can see two dimensions at stake: the judicial power is independent from other *intrasistemic* powers and it is also independent from the central sovereign powers, and thus the final adjudication. Article 83 leaves no room for doubt; the courts of the Macau SAR shall exercise judicial power independently. They shall be subordinated to nothing but law and shall not be subjected to any interference.[79] Needless to stress, having an independent judiciary in the safeguarding of the constitutional system and of the fundamental rights system[80] is paramount.

77 For more details, LINO RIBEIRO, *A Lei Básica e os princípios jurídicos cit*, pp 65 ff.

78 YASH GHAI, *Hong Kong's new constitutional order,* p. 263.

79 Articles 87 and 89 further establish some guarantees for the judges.

80 «*Simply said, without the implantation of mechanisms of practical order destined to its defense, never this concretization could pass out of the paper and penetrate in the constitutional reality of the day-by-day of the citizens that would have been disturbed in the title and exercise of these rights. It is therefore that the protection of the fundamental rights cannot be enough with its mere existence, for more numerous and rich that is its constitutional list. (…) It became indispensable to count on the contribution of two instances of the public power that can play an undeniable role (…) in the fundamental rights guardianship: the non judicial guardianship and the judicial guardianship.* », JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Almedina, 2005, pp 1091-1092.

III
The constitutional fundamental rights system principles – *reassuring the other side of the great wall*

As clarified before, we will deal in this work with *benign* principles rather than malignant principles in the perspective of a *good,* reinforced and *pro libertate* and *pro homine* system.[81] This means necessarily that the present characterization of the system[82] is incomplete. In this light, we will not address, for example, the principle of minimum content in the constitutional normative text. In fact, the text of the Basic Law concerning fundamental rights is extremely economical, not opting for an immediate densification of the given right – very much in contrary to the previous constitutional order.

The principle of safeguarding

Article 4 of the Basic Law solemnly states that «*The Macau Special Administrative Region shall safeguard the rights and freedoms of the residents of the Macau Special Administrative Region and of other persons in the Region in accordance with law*.». This normative principle is in line with provisions of the Joint Declaration as well as other norms of the Basic Law, such as article 11.[83] It definitely commands an *idea* of safeguarding the rights and freedoms, especially the fundamental ones, and thus not allowing for policies that will undoubtedly position itself as anti fundamental rights. The safeguarding of fundamental rights is a mandatory general principle of conduct.

81 On the Macau system of fundamental rights, our *Os direitos fundamentais em Macau cit*, VITALINO CANAS, *The general regime of fundamental rights cit*, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Fundamental Rights cit.*, SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong*, Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, and *The Basic Laws and the fundamental rights in the S.A.R.s*, forthcoming One Country, Two systems, Three Legal Orders *cit.*

82 ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES proposes four *punctum saliens* of the Basic Law regimen on fundamental rights: the principle of universality, of equality, of the restrictions reserved to law and the principle of effective judicial protection, *Restrições aos direitos e liberdades fundamentais e reserva de lei – os limites dos limites aos direitos e liberdades fundamentais*, forthcoming Administração.

83 It is emblematic, and some substance must arise from it, that in Chapter I of the Basic Law on general principles, two of them expressly address the fundamental rights issues in general. There is one more on a specific fundamental right of private property, art. 6. IEONG WAN CHONG, says that this circumstance means that the Basic Law wishes to underline the important status of the rights at stake in a democratic policy, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Macau, 2005, p 39.

Its connection with the continuity principle is self-evident and together they form a structural rector principle (and philosophy) of respect of fundamental rights, which is in line with the legate transferred to the new juridical person – the SAR – in the new constitutional order.

The principle of continuity of fundamental rights

Aside from the general principle of continuity, the Joint Declaration and the Basic Law state that all fundamental rights and freedoms will be ensured, and thus ensures an autonomic dimension of the principle of continuity and reinforces it in this field. The continuity principle is the guideline; hence, there is the idea of 'permanent' fundamental rights despite the transition of the legal system.[84]

In general, the principle of the continuity of the legal system, and advancing to what one refers concretely as the fundamental rights, we borrow words from the Joint Declaration on the question of Macau, *passim*: the laws currently in force in Macao will remain basically unchanged, all rights and freedoms of the inhabitants and other persons in Macau, including those of the person, of speech, of the press, of assembly, of association, of travel and movement, of strike, of choice of occupation, of academic research, of religion and belief, of communication and the ownership of property will be ensured by law and the MSAR shall, according to law, ensure the rights and freedoms of the inhabitants and other persons in Macau as provided for by the laws previously in force in Macau.

In this way, it seems legitimate to conclude for the existence of a will by the two signatory sovereigns of the Joint Declaration in keeping, in obedience to the continuity, a certain *status quo,*[85] and thus irradiate a reliable capital to the people of Macau, who are,

84 Our, *Permanent fundamental rights in a legal system in transition*, Lawasia, Seoul, 1999.This apparently paradoxical relationship—transition versus continuity—can be defined as a political and diplomatic formula created to ensure some balance between the resumption of sovereignty by a sovereign state and respect for the history, culture (including the legal culture), and specific identity of Macau. It also acts as a vote of confidence in the future by respecting the past. So, if it is true that we faced a change in the landlord in Macau, it is also true that the transition will not eliminate what existed before December 1999, but on the contrary it will maintain it, or continue it. This principle constitutes a true cushion on the fundamental rights and as VIEIRA DE ANDRADE states «*the imperative of maintaining the laws previously in force basically unchanged is an imperative of the maintenance of the system (that is, of its essential norms, those that constitute its characteristic core including, for example, a norm that forbids the death penalty) and subsequent prohibition of an unjustified downgrading via legislative act.*», *Direitos e Deveres Fundamentais dos Residentes em Macau*, s/d, FDUM.

85 VITALINO CANAS say, «*we can support the existence of a Macau unwritten law acquis, comprising a set of rules on*

after all, the main addressees of these fundamental rights. While it is true that there was a transfer of sovereign powers, it is also true to affirm that with the consumption of this transference, it has not proceeded to an elimination of the past but, quite the opposite, it has assumed this past, respected this legacy and is intended, inside some coordinates, to keep it.[86]

In light of continuity, it matters to survey if the current situation mirrors integrally what would be the ideal picture and if there are issues of discontinuity. The reply to this is that the current situation does not mirror the previous situation in a totally satisfactory form.[87] With effect and without forgetting the general director principle[88] decreed in article 4 of the Basic Laws, which assures, in terms of the law, the rights and freedoms of the residents of Special the Administrative Region and other people in the Region, and article 11, in which beyond the cited general rule, it consecrates the internal constitutional platform of the Basic Law as the norm parameter of all other, there are some issues that the Basic Law does not address, like the right to life and some rights and guarantees vis-à-vis the administrative bodies, among others. It also delineated solutions substantially divergent of what were in force in the territory of Macau in the measure of densification borrowed immediately in the constitutional norm to a given fundamental right.

Focusing on the wording of the Macau Basic Law and of the Joint Declaration, the Basic Law reproduces, almost integrally, the list that pre-existed before 1999 where the constitutional rules developed and detailed the fundamental rights,[89] and thus construes a protective web of constitutional standing around each right. The Basic Law seldom goes beyond the simple establishment of the rights.[90]

---

the restriction of the fundamental rights that go beyond the ones expressed in the Basic Law and the ones withdrawn from the exegesis of the own ICCPR by their authors. Nowadays, in Macau, those rules have not any written expression. Certainly, it would be safer if they had it.», *The general regime cit.*. As for the later need we concur, see our *Os direitos fundamentais em Macau cit.*.

86 JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV,* 2nd, p 191.

87 PINHEIRO TORRES, *Interesses públicos e interesses privados – A perspectiva da transição,* BFDM, 11, 2001, p 206. Some tell us *of provisions that are problematic*, HURST HANNUM, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, *cit.*, p 147.

88 YASH GHAI, *Hong Kong´s New Constitutional Order,* 2nd HKU Press, cit, p 423.

89 GIANCARLO ROLLA, *Garantía de los derechos fundamentals y justicia constitucional*, Porrúa/IMDPC, Mexico, 2006, pp 65 ff. proves to us exactly that the trend is going in the direction of creating extensive and detailed catalogues of fundamental rights in the new constitutional texts, pp 2-3.

90 To illustrate this thesis, we reproduce some of the constitutional norms. Basic Law, Article 27 «*Macau residents shall have freedom of speech, of the press and of publication; freedom of association, of assembly, Of procession and*

Very importantly, one of the most outstanding gaps refers to the regimen of exercise of fundamental rights;[91] that is, how and what design can be introduced for the restrictions to the rights and freedoms guaranteed in the Basic Law?[92] And what principles discipline these restrictions? What are the restrictions to the restrictions? Which rights and freedoms will never be able to be suspended?[93] Let us proceed by listing some of the *vexata quaestio* that are not currently constitutionally decided in the Basic Law:[94]

Are there in the Basic Law other fundamental rights aside from those not enrolled in Chapter III - for example, article 6? In other words, does the system admit the existence of analogous fundamental rights in constitutional *headquarters*? Does it equally admit for analogous fundamental rights with international law rules source? And how about the legislative act *headquarter*s? Can the juristic person be the bearer of fundamental rights? If the question is answered in the affirmative, which rights? All the rights? To what regimen are the restrictions of fundamental rights subjected? Is there a reservation to law in this matter? As

of demonstration; and the right and freedom to form and join trade unions, and to strike.». The equivalent rights are, in the Portuguese Constitution settled by, and in, articles 37, 38, 46, 45, 55, 56, 57, among others, that are connected to or develop aspects of those fundamental rights. It would be inadequate to reproduce all those constitutional norms. Anyway, these examples seem to be enough to substantiate our conclusion on the different density levels of both constitutional laws. SIMON YOUNG says «*The statement of rights in terse, vague and non-descriptive language is another commonality*», *The Basic Laws and the fundamental rights cit*..

91 As SIMON YOUNG say, «*the Basic Laws are silent on many significant issues that relate to the actual enjoyment of the rights provided*», *The Basic Laws and the fundamental cit*.. Echoing similar worries and pointing out, namely, issues of interpretation and application, LIUTING WANG, *Macao´s return cit.,* p 203.

92 On this JORGE BACELAR GOUVEIA, *Lei Básica, cit.,* pp 187-188 where he points out the existence of a single mention to the regimen of fundamental rights, precisely on the restrictions –article 40 second paragraph – stating that , «*in its simplicity that is a rule rather limited since being necessary in some cases, the fundamental rights restrictions naturally presupposes material intrinsic limits, that may guide the restrictions normative power and place it under parameters superiorly defined such as the principles of protection of the essential nucleus or of the proportionality.». The scope of the article 40 is however, in our view, a bit more vast in the sense that* those restrictions cannot go beyond what is established in the covenants. On this, also LUO WEIJIAN, *A Lei Básica – garantia importante dos direitos e liberdades dos residentes de Macau,* Administração, 19/20, p 113. As for the counterpart norm in Hong Kong, YASH GHAI, Hong Kong´s. *cit.,* p 445, SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong,* Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004.

93 We are making reference to the regimen, established namely in articles 18 and 19 of the Portuguese Constitution. Just as a memory exercise we will briefly remind the regimen set out in these articles by the time they were fully enforceable in Macau. Article 18 states that the constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees are directly applicable to, and binding on, both public and private bodies; those rights may be restricted by law (hence not by an administrative regulation) only in those cases expressly provided for in the Constitution and restrictions shall be limited to the extent necessary to safeguard other rights and constitutionally protected interests and laws restricting these rights shall be general and abstract in character, cannot have retroactive effect nor limit, in extent or scope the essential content of the constitutional provisions. Article 19 provides, namely, that it's not possible to suspend the exercise of those rights, except where a state of siege or a state of emergency has been properly declared; the proportionality principle must be applied and, in any case should not be possible to suspend the exercise of, among others, the rights to life, personal integrity, defence of accused persons, freedom of conscience and religion.

94 For a more extensive list, PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau cit*, pp 57-58.

one can verify, the simple enunciating of questions allows one to perceive that in this issue, many uncertainties still hang, or in other words, many grey zones subsist.

The principle of self containment and of exclusivity

This principle of a self contained system of fundamental rights and of exclusivity constitutes one of the key characteristics of both the Macau constitutional system and the fundamental rights system.[95] It is intimately connected with others, such as the principle of autonomy, which is one of the master components, the one country, two systems principle, and the existence of a constitution and of a charter of rights, etc. On the other hand, it presents to the field of comparative constitutional law a challenging and unique case study. Thus, we should first pose the issue in context, which is to say, in the federal and regional autonomy models.

In composite states, the system delineated for the fundamental rights establishment and guarantee is in normalcy anchored in two different complementary domains: the center constitution on the one hand, and on the other hand, the subnational constitution This is a particularly true assertion in formal federations, but also in some regionalized states even if the techniques used vary in a great manner.[96] When, however, one is faced with a monolithic source, that role rests upon the center and never on the subnational units, and thus the center is, in an exclusive manner, the superstructure source of fundamental rights and not the other way around. That is, with the remarkable exception of the SARs of

95 As we have stated, for example, in *Macau: the internationalization cit*.. See also, «*A first approach reveals the nuclear character of the positive legal sources of the fundamental rights, as a result of their recognition being totally autonomous with regard to the constitutional law of the People's Republic of China*», JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau cit*..

96 Even within the same federal composite entity, as for instance the case of Mexico, in which three methods of subnational fundamental rights system cohabit: a) a general clause of incorporation stated in the local constitution establishing that the inhabitants of that state enjoy the rights enshrined in the federal constitution; b), with or without the general clause of incorporation the local constitutions reproduce the federal catalogue or part of it; and c) the arid way by which one does not found the general clause of incorporation, neither a comprehensive catalogue but sparse references to given fundamental rights. On this and for further development, JORGE CARMONA TINOCO, *La incorporación de los derechos humanos en las Constituciones locales mexicanas, , Derecho y seguridad internacional*, in Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados; Ricardo Méndez Silva, (Coord); UNAM, 2005, pp 366 ff. Or even in terms of timing as in the case of the United States where some local units preceded the federal one in establishing fundamental rights as, among others, Pennsylvania, Vermont and Maryland; on this, see, for example, DOROTHY TOTH BEASLEY, *Federalism and the protection of individual rights: the American state constitutional perspective*, in Ellis Katz/G. Allan Tarr, Federalism and Rights, (Ed), Rowman & Littlefield, 1996, pp 102 ff. For a concise view of the historical evolution in the United States until the so-called new judicial federalism, DANIEL BARCELÓ ROJAS*, Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, UNAM, 2005, pp 75 ff.

the PRC to at least a very great extent, the idea-principle that we have tried to convey: non duality of domains (composite and component) and the exclusivity principle benefits not the center, but the subnational units. Exclusivity both in the sense that the national constitution does not apply – but instead, a basic law that, even if approved by the center, cannot be shaped freely and has to obey an international treaty – and in the sense that only the regional courts are competent to intervene even in final adjudication.

Dealing specifically with autonomous regions' bills of rights, MARC CARRILLO, on the controversial issue of creating an autonomous region bill of rights in Catalonia,[97] stated *« the contributions of comparative law, in which the decentralization of the political autonomy have allowed declarations of* (fundamental) *rights and freedoms of sub state entities, incorporate at its constitutional or statutory legal texts bills of rights as a form of expressing their own political identity. Thus, and assuming the superior guarantee provided by the Federal Constitution or the State Constitution to the fundamental rights, the institutional norm of the sub state entity (Lander, State, Province, Autonomous Community or Region) specifies and develops the scope of the fundamental rights preexistent ….».*[98]

We know that even in sub state entities such as autonomous regions, it is possible to find a detailed chapter on fundamental rights incorporated in the autonomy act. But it also shows us that those *regional* rights are connected to, and owe obedience to, the fundamental rights inserted in the sovereign constitution. They share a scope of application and they do not preclude one another. In federal states, one finds similar situations whereby a given citizen is the recipient of a double origin set of fundamental rights – the state constitution and the federal constitution. In some cases, the state constitution does little more than to declare that the *federal* fundamental rights are received by the *subfederal* constitution;[99] in

97 See a critique in, for example, VICTOR FERRERES COMELLA, *Derechos, deberes y principio sen el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluna*, in Derechos, Deberes Y Principios en el nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluna, Foro, CEPC, Madrid, 2006, pp 9 ff.

98 , *La declaración de derechos en el Nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluna: expressión de autogobierno y limite a los poderes publicos*, in Derechos, Deberes Y Principios en el nuevo Estatuto de Autonomia de Cataluna, Foro, CEPC, Madrid, 2006, p 70.

99 For example, in federal Mexico the Constitution of Coahuila states in its article 17 that *the residents of the State have, besides the rights conferred in the general Constitution of the Republic, the following*: … .In varying degrees these state constitutions establish some fundamental rights and with an important ratio being occupied by *local-cultural-language based* rights. In Germany, some states do not establish a fundamental rights catalogue at all, for example Hamburg, see on this MATTHIAS HARTWIG, *Los derechos fundamentals en la República Federal de Alemania y sus Lander*, in Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, p 149, for the USA, see, for example, G. ALLAN TARR, *Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos*, *in* Derechos y

other cases, the local constitutions provide for a rich catalogue of fundamental rights but still open the door for the application of the federal based fundamental rights. Naturally, in regionalist states, the absence of fundamental rights in the local basic law is more widespread, and evidently, the rule of the application of fundamental rights established in the (centre) Constitution is intangible. In view of all this, one can thus talk about a domestic multilevel protection in fundamental rights.[100]

The situation of the Chinese SARs, as already mentioned, is very different. The center constitution simply does not have a say in establishing fundamental rights in the regional level[101]. Again, we refer to article 11, 1 of the Basic Law: the systems and policies practised in the Macau SAR including the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents shall be based on the provisions of this Law. This principle proves beyond doubt that, at least in the referred areas of article 11, in cases concerning the system of fundamental rights, there is no place at all for the Chinese Constitution in the Macau legal system. In this sense, the SAR example is unique and embodies quite the opposite stance to known examples of composite states, and its fundamental rights system mirrors more of a sort of *fundamental rights declaration of independence* rather than a declaration of autonomy when compared to the above mentioned situations in both federal and non federal states, where the rule is the applicability of the Constitution of the sovereign State despite the existence of substate charters of fundamental rights and its contents and extension. In short, there is not in the SARs a domestic multilevel system of fundamental rights – in sharp contrast to any known models of composite States.

Concerning specifically the issue of fundamental rights, Macau enjoys a statehood like situation or status in its establishment in constitutional terms because, as seen before, the Basic Laws are not the product of an exclusive and unrestricted will of the sovereign with its detailing in legislative fashion; its application both in administrative and judicial terms; its popularization; its changes; and its ideology. This self-contained system constitutes one of the most important and distinctive features of the Macau subnational entity in

libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, telling us of the role of both sources, federal constitution plus state constitutions, pp 42 ff.

100 JOSEP CASTELLÁ ANDREU, *El reconocimiento y garantía de los derechos y libertades en los Estados compuestos. Una aproximación comparada, in* Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, p 13.

101 Among others, WANG ZHENMIN, *Uma tentativa de abordagem sobre a eficácia da Constituição nas Regiões Administrativas Especiais*, Administração, 73, 2006, p 973.

which, contrary to known examples in federated states – such as in Germany, Mexico, and the USA – and in autonomous regions – namely, Portuguese, Spanish and Italian regions – there is no place for the application of the central constitution or for the central court's machinery. And this is not even due to, as in Quebec, a derogation-temporal-like specific clause: the override clause.[102] The fundamental rights articulated in the Chinese Constitution do not extend into Macau's *new* legal order.

Some Chinese constitutional norms are *applicable* to Macau, namely those dealing directly with the SAR (organizational-competence norms), but the subjects of those rules are Chinese bodies rather than SAR bodies.[103] However, that is not the case in relation to fundamental rights,[104] precisely due to the autonomous character of the SAR, and therefore neither Chinese constitutional norms nor the nature and spirit of their interpretation in the PRC system may be used to reduce or to enlarge the scope and content of the rights system or of any given right in Macau.

Thus, on these matters, the Basic Law shields Macau from the correlative norms of the PRC Constitution. At least in the field of fundamental rights, one has a crystal clear division in excluding the applicability of the Chinese Constitution.

In other words, the system of fundamental rights is self-sufficient and concedes to outside norms only to the extent properly allowed, such as regarding international covenants and ensuring concurrence with the stipulations in the Joint Declaration, namely by establishing a mandatory catalogue of fundamental rights and several general principles. The establishment of these is to be part of the norm-building of the Macau SAR.

There can be, however, a couple of possible exceptions, and thus a window can, in a certain way, be opened for the reception of the Chinese legal order, including its laws. One of such mechanisms is the interpretation of article 143, and another is the proviso inserted in article 18 on state of war and emergency.[105]

102 On this, for example, GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism, cit.,* a method expressly sanctioned by Article 33 of the Canadian Charter of Rights and Liberties.

103 And also with sovereignty and its limits but in a way of reception operated by the Basic Law and in accordance with the scope of that reception.

104 As in many other areas. See, for example, WU XINGPING, *O sistema jurídico...*, p 74.

105 Making this point concerning article 18, MICHAEL C. DAVIS, *The Basic Law and Democratization in Hong Kong*, Loyola University Chicago International Law Review, vol. 3, issue 2, 2006, p 180, says that this article (and 23) elevate concerns over mainland intervention.

The mechanism of interpretation may indeed have the potential of *exporting* to Macau namely certain postures of the centre vis-à-vis the fundamental rights. The issue is extremely complex. Article 143 could potentially serve as either a threat to autonomy and its contents or create possibilities for its expansion.[106] This provision establishes that the power of interpretation of the Basic Law is vested in an external body – the NPC Standing Committee. This is a political institution and not a judicial one, and thus this is an imposition of a method that is foreign to Macau. The new system goes against the idea of autonomy as proclaimed for Macau.[107] Regarding provisions of the Basic Law that relate to issues within Macau's autonomy, the NPC Standing Committee 'shall authorize the courts of the Macau SAR' when adjudicating cases 'to interpret [them] on their own'. However, if the cases involved are within the scope of the autonomy, as in the case of fundamental rights, the question that arises is why is it necessary for an external body to authorize the local courts to interpret these provisions? Since there is no express provision for judicial review, the power of interpretation that is vested in the Macau courts is, of course, potentially important in protecting fundamental rights.[108]

As for article 18, 4, it states that in the event that the Standing Committee of the NPC decides to declare a state of war or, by reason of turmoil within the Macau SAR, which endangers national unity or security and is beyond the control of the government of the Region, decides that the Region is in a state of emergency, the Central People's Government may issue an order applying the relevant national laws in the Region. One has to note the absence of a listing of rights that may not be suspended and the terms[109] of such a suspension, as well as the absence of any set of rules prescribed by the Basic Law.[110]

106 That is if there was a trend in interpretation friendlier to the autonomy and its expansion than one that favours the centre. This may not be likely but, in theory, the potential for broadening is there. As for Hong Kong, «*Unfortunately, the constitutional problems have not been resolved by this modus vivendi. The Basic Law is not self-contained – it has not established a complete constitutional "firewall" around the HKSAR. There remain several means by which China's laws – and legal mores - may cross the border and mingle adversely with Hong Kong's common law regime. The most detrimental conduit has been and remains Article 158 of the Basic Law, which allows the Standing Committee of the NPC to interpret the Basic Law*», FU HUALING and RICHARD CULLEN, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: But Hong Kong Should Seek A Better Way…*, Hong Kong Journal, 2006, II, http://www.hkjournal.org/archive/2006_spring/rao.html.

107 For example, EDUARDO CABRITA, *International and Constitutional limitations on the autonomy of the Macau Special Administrative Region,* Macau Law Journal, special issue 2002, p 184.

108 As already sensed in anticipation by FERNANDO ALVES CORREIA, *A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica de Macau, Vol. 4, 3, 1997, p 26. The negative impacts of the use of this procedure in Hong Kong are already well known. In the case of Macau, the mechanism has so far not been activated.

109 See VITALINO CANAS, *The general regime cit*..

110 Although in a somehow different presupposition, JORGE BACELAR GOUVEIA defends the «*drafting of balanced rules for the suspension, in view of the BLM's silence in that respect. The rules could flow directly from the constitutional*

In that norm, it allows the implementation, and in our view only temporarily, of centre laws directly affecting fundamental rights and thus creating an exception to the self contained system and the principle of exclusivity. One must point out the necessity of an extraordinary situation, and thus in normalcy it would be illegitimate to apply national laws and the procedure must be made with extreme caution in order to safeguard the international and constitutional guaranteed autonomy. And as said before, the effects can only be temporary, and that leads us to say that we are faced with an exception to the principle of exclusivity that is, to be redundant, exceptional and temporary.

The principle of a charter of rights

If it is self contained, then the fundamental rights system must primarily have a charter of fundamental rights with which to begin.[111] In this light, one must point out that the Basic Laws contain a substantive catalogue of fundamental rights (or an inventory of) that is quite satisfactory, given the type of instrument,[112] particularly when compared with provisions made in other legal orders in the region.

On the other hand, this inclusion of a charter of fundamental rights in the Basic Law adds to the consideration that it is a constitution. Besides, from the formal point of view, the self-contained system of fundamental rights embodied primarily in its own charter of rights represents an augmentation of the autonomy of Macau as compared with the situation prior to 1999, since before the transfer of sovereignty, the system relied mostly upon the importation of norms and principles from the Portuguese Constitution.

The principle of effective judicial protection

The principle of effective protection is of utmost importance in this field, and it was well dictated before the transfer of sovereignty and it seems to have survived relatively

principles or from existing norms enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights and in the Inner Security Law of Macau.», *The fundamental rights cit*. We have voiced doubts on the procedure contents *maxime* its non normativization in the Basic Law, *Os direitos fundamentais cit*. p. 58.

111 As VITALINO CANAS recalls, the Basic Law enunciated itself a charter of rights, *The general regime of fundamental rights cit.*.

112 MICHAEL C. DAVIS, *The Basic Law and Democratization in Hong Kong*, Loyola University Chicago International Law Review, vol. 3, issue 2, 2006, p 180, JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Lei Básica da Região Administrativa cit* p 187 .

well,[113] at least, for example, as to what concerns the opinion of the Second Instance Court, in ruling 166/2003. The ruling states namely that it is not difficult to see in article 36 of the Basic Law the establishment of the principle of plenitude on the judicial guarantee, and it established a general principle of effective judicial protection to safeguard all subjective juridical positions as well as a special principle that guarantees all the access to the administrative justice. It proceeds by stating that it expressly guarantees the access to Law, the access to courts and the access to juridical information.[114]

One can conclude for the existence of a general principle of effective judicial protection in paragraph 1 of 36, whilst the second paragraph points to a specific effective judicial protection in the field of administrative justice,[115] which is a field, needless to say, very prone to litigation on fundamental rights. One should point out that by effective judicial protection, we do not refer merely to the guarantee that is proclaimed to allow for the access to the courts; it must be an (potential) effective protection provided by the courts and thus involving, namely, an intrinsic connection between substantive rights and procedural and instrumental right.[116]

This principle of effective protection has an umbilical connection to other principles and irradiates throughout all the judicial mechanisms, and this imposes several corollaries.[117]

The principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular

If one would ask the question if there is a reservation of law (meaning that only laws

113 Note however that concerning neighboring judicial mechanisms – that is to say not primordially designed to protect fundamental rights but nevertheless may proceed such goal – one has not been having a *judicial constitutional review*. While several authors defend that even in the absence of express provision the Macau courts should (as the Hong Kong ones have been doing) perform that role, for example VITALINO CANAS, *The general regime cit*. PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit*., pp. 62-63. And some others adhere to the need of such mechanisms and propose the enactment of specific legislation on the subject, for example, ZHAO GUOQIANG, *O meio de tutela do processo executivo da Lei Básica*, Administração, 57, 2002, pp. 922 ff, ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES, *Restrições cit*..

114 It is true, however, that the Basic Law does not provide express indications on fundamental rights remedies. «*While both the HKBL (Article 35) and the MBL (Article 36) protect the residents' right to judicial remedies, it is rather odd that both documents are silent as to remedies available where there has been a breach of a fundamental right.*», SIMON YOUNG, *Fundamental rights cit*..

115 LINO RIBEIRO, *A justiça administrativa no contexto da Lei Básica da RAEM*, Boletim da faculdade de Direito, 13, 2002, p. 225.

116 Cfr. namely, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição cit*., p. 416.

117 See, for example, *Parecer nº 3/99*, of the Legislative Assembly and papers from ARMANDO ISAAC cited in here.

from the Legislative Assembly are adequate and proper to address these issues), the reply is in the affirmative, *maxime* in what respects to the reserve of restrictive law[118] – the rules that are envisaged to impose restrictions on fundamental rights.

This is correct despite the absence of a general clause rule allocating an express reservation of law to the Legislative Assembly. Firstly, it is a general principle transferred to the new constitutional order by the continuity principle; secondly, various norms of the Basic Law on fundamental rights expressly affirm so, for example, article 32, «*in accordance with the provisions of the law*», article 33, «*unless restrained by law*», among several others. Lastly, in accordance with article 40, 2,[119] «*The rights and freedoms enjoyed by Macau residents shall not be restricted unless as prescribed by law*.»

One point should be made clear is that the regime sustained by article 40, 2 cannot be reduced to be applicable only to the rights contained in the mentioned international instruments and not to any other fundamental rights constitutionally established but not contained in the international treaties. VITALINO CANAS said, «*As for the others, that is, those rights of freedom tat expressly are consecrated by the Basic Law, there are arguments that lead to an identical application of ICCPR regime. The main argument is the one of the congruence and balance of the system. It would be a bit nonsense if the rights directly consecrated by the Basic Law, those which this para-constitutional law wanted to recognize as having a superior systematic importance, giving them a plain consecration, would benefit from a regime of restrictions less secure than the rights only enunciated in ICCPR and in force in MSAR. Thus, the better orientation is that both the freedom rights incorporated in MSAR legal order, by reception of ICCPR rules, made by the Basic Law and the freedom rights specifically enunciated in the Basic Law, benefit from the limitative regime of restrictions deriving from ICCPR*.».[120]

118 On this relevant problem and its dimensions and upholding the principle of reservation of law, VIEIRA DE ANDRADE, ob. e loc. *cit.*; PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit.,* p 59, ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES , *Restrições cit*., Also affirming this reservation see for example, *Parecer 3/II/2005*, 3ª Comissão Permanente, Legislative Assembly.

119 One point should be made clear here, the regime sustained by article 40, 2 cannot be reduced to be applied only to the rights contained in the mentioned international instruments and not to any other fundamental right constitutionally established but out of the international treaties. Proclaiming expressly this opinion, VITALINO CANAS, *The general regime cit.*, «*it consecrates the principle of the reserve of the law in the field of the restrictions of rights».*

120 *The general regime cit*..

The meaning of Law in the above mentioned norms is that it is in accordance with the constitutional order of Macau; law in the sense of a true legislative act emanated by the legislative body of the SAR[121] or formal laws previously in existence prior to the transfer of sovereignty. In this light, one must conclude that, for example, any restriction imposed on a given fundamental right by way of an administrative regulation is illegitimate[122].

The principle of *local philosophy* in the interpretation and integrative methods

This principle is intimately connected to several other principles, such as the principle of autonomy and the principle of exclusivity. In fact, having its constitution and having a mandate to address the issue of fundamental rights in an exclusive matter signify that the system is impregnated with its own set of values and philosophy[123] that must come in hand when interpreting and implementing fundamental rights, as well as when integrating lacunae – filling gaps.

An intense debate has arisen in several composite jurisdictions on whether the interpretation of a given fundamental right inserted in a local constitution should be made in *obedience* to the centre – e.g. federation – or instead in line with the *local* reality and its set of values. In the United States, for example, there is a tendency to resort to a localized interpretation of the subnational constitution since, even when faced with similar federal or state normative texts, the local rule has its own history and singularity.[124] Thus, even in a situation of a dual system of protection, one can find a tendency for a periphery rather than a central interpretation, so with much more justification, one can use the local interpreta-

121 Referring to laws of the Legislative Assembly, see for example, IEONG WAN CHEONG, *Anotações cit.*, p. 93.

122 In this sense, see, for example, the decision of the Second Instance Court, 223/2005.

123 VITALINO CANAS, *The general regime of fundamental rights cit.*, says «*it is important to mention the essential aspects of the conception that was in force in Macau until 19th December 1999, which is subjacent to the ICCPR and to the CFREU, and that in principle ought to be the one of BLM. This is about the democratic and liberal conception of fundamental rights. The acknowledgement of the fundamental rights lies on the dignity of the human person, which is the beginning and the end of the organization in society; on the individualistic and humanistic idea of free development of the human beings personality; on the creation of conditions for a full citizenship and on the definition of the respective collective destiny by the communities in which they are integrated. The contents and the exercise of these rights benefit from a general principle of favor libertatis and their delimitation, suspension or restriction is subject to strict rules of grounding, controllability, plainness, specification, temperance and proportionality*».

124 See, for example, G. ALLAN TARR, *Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos*, *in* Derechos y libertades en los Estados compuestos, Miguel Aparicio (ed), Atelier, 2005, telling us of the role of both sources, federal constitution plus state constitutions, p. 59.

tion in a system of exclusivity as seen.

In interpreting norms and rights that are at the core of the autonomy one must have an approach that will implement the segment of the «two systems» thus contributing to an effective high degree of autonomy and respect of a non textual normative dimension of the continuity principle but of relevance and of a *arching* level.[125]

It was already said that, «*We should bear in mind, when analysing these issue, that the system of fundamental rights in Macao is rooted in a concept that derogates from the socialist system of the Constitution of the People's Republic of China. (…) With regard to the BLM, the picture is quite different. It is not, as the reading of various indices proves, a case of incorporation of a socialist-inspired notion of the fundamental rights. Here, the dominant concept is a western, liberal and social idea of the fundamental rights*.».[126] and, as another author puts it, « *resorting to the interpretation of protection of rights' provisions according to Chinese principles and tradition would very likely turn out to be a self-defeating undertaking. Bearing in mind the three main purposes of the Basic Law, I believe that one can find reasonably safe grounds in the Basic Law itself to claim that it is to be interpreted according to the techniques and principles characteristic of Macao's autonomous legal system*».[127] Thus, in order to comply with this autonomic fundamental rights system, there is to be no importation of rules, methods of interpretation, methods and theories of fundamental rights that are observed in the PRC; on the contrary, the matrix must be the western idea of fundamental rights fully embodied in the Macau legal order before 1999. This is particularly important as these embody an extremely different general approach to the subject matter when compared to that of the SARs.

The principle of proportionality

The principle of proportionality presents itself as a triple patterned principle: adequacy, necessary and proportionality *stricto sensu* of the restrictions that are to be imposed in a fundamental right. We have already noted that, contrary to the situation before 1999,

125 See, for example, LEONEL ALVES and his reference to the « *the spirit of the legal system*», *A Região Administrativa Especial cit.*.

126 JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau cit*..

127 JORGE MENEZES OLIVEIRA, *Interpretation of the Basic Law*, forthcoming. One country, two systems *cit*..

there is no general clause on restrictions and thus no general clause imposing the principle of proportionality as a limitation to the restriction process.

On this matter, the decision of the Macau Court of Second Instance, process 1284, 2002, in which, promisingly, it is mentioned that the principle of proportionality is a necessary tool of analysis of admissible restrictions to fundamental rights.[128]

On this rector principle and its survival in the present constitutional order, it was said that «*the proportionality principle was not received by the Basic Law on the same categorical way, however that omission does not mean that the Basic Law is totally indifferent to it.*[129] In fact, it is mentioned in articles 28, by forbidding *arbitrary* arrest, and 129, which tells us about *impartiality and rationality*.[130] From these, along with the continuity principle, one can extract the maintenance of the proportionality principle regarding restrictions to the fundamental rights.

The principle of *overture* to other rights in the Basic Law

Regarding if other fundamental rights that are not established in Chapter III exist in the text of the Basic Law, and that is to say, if this constitutional law admits other dispersed or fundamental rights not branded, the reply is in the affirmative[131] by immediately calling for an interpretative criterion (integrator) rooted in the Joint Declaration, such as GOMES CANOTILHO considers. When the Joint Declaration presents an exemplifying catalogue of fundamental rights,[132] it is forcible to conclude that these rights addressed by the treaty still subsist as fundamental even in the event that they have not deserved such labeling in the Basic Law (or are absent from it). For example, the rights of the praised religious confessions

128 From the same second instance court references to the proportionality principle in varying degrees of assessment with acceptance, 166/2003, 22/2002. In legislation one finds references to proportionality and its dimensions on a (general) norm on restrictions, article 8, Law of internal security, 9/2002, a positive aspect underlined by ANTÓNIO KATCHI, *Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, p 111.

129 LINO RIBEIRO, *Lições de Direito Administrativo*, unpublished, p 125. One can add that, for example in the Portuguese case, the existence of the proportionality principle was already considered even before it managed to find an express space in the constitutional text.

130 See LINO RIBEIRO, *A Lei Básica e os princípios conformadores cit*, pp 71-72.

131 VITALINO CANAS, *The general regime cit*, VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos cit.*, JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights cit*..

132 HURST HANNUM, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, cit, p 142, *in* reference to the Hong Kong Joint Declaration citing explanatory notes to the international treaty.

in article 128,[133] which can be found in the Joint Declaration in the finishing paragraph of point V of the Annex I. The same goes for the property right,[134] article 6 of the Basic Law and its guarantees, article 103. Equally, international covenants serve as a mandatory reference for this. Other rights do not have to be qualified as fundamental because they are foreseen in the Joint Declaration - even if in other paragraphs - and by their own nature. And some other rights are dispersed throughout chapters V and VI of the Basic Law.[135]

The principle of *overture* to other rights outside the Basic Law

Given that the Macau Basic Law already provides for a charter of fundamental rights and that it undoubtedly establishes other fundamental rights outside chapter III, we may ask if it allows for other rights – fundamental rights – that are established in international norms and in ordinary legislation.

In this light, what is the *opening* scope of article 41 that states that Macau residents shall enjoy the other rights and freedoms safeguarded by the laws of the SAR? Does this only mean that other rights are recognized even though they do not have a fundamental nature? Does this mean they are merely *ordinary*? Or considering that it is formally inserted in the Fundamental Rights chapter of a constitutional law and uses a terminology akin to fundamental rights, such as «freedoms», does it pretend to open the door to the existence of other fundamental rights aside from those already established in the Basic Law?[136] We believe that the second answer - in spite of its not so crystal clear wording - should be the correct one, considering what was just said and the anchor of the continuity principle, in a manner somewhat similar to the pre-existing technique applicable in Macau's constitutional order before the handover.[137]

133 The package of fundamental rights on religion envisaged in the Joint Declaration – Basic Law tandem point towards the consecration (in a continuity alignment) of the *Lockean* basic ideal of tolerance, see JOHN LOCKE, *Carta sobre a tolerância*, Lisboa Editora, 2003 (1689), pp. 55 and forward.

134 In this same sense, for example, XIAO WEYUN, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, APLBM, pp 126-127.

135 XIAO WEYUN, *Conferencia sobre a Lei Básica*, ob and loc *cit.* Also in this sense the Court of Final Appeal of Macau, at decision 22/2005 clarifies that there are more fundamental rights in the Basic Law, for example in article 98, even if they are not expressly branded as fundamental.

136 The case at stake is not, evidently, to promote to the fundamental category all and every right established in infra-constitutional sources but only those that have an intrinsic fundamentality , JORGE MIRANDA and RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2005, p 138.

137 Article 16, 1 of the Portuguese Constitution, *The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law*. This type of clause

As to fundamental rights with an international law origin, we do believe that not only those created by the international instruments alluded to in article 40 of the Macau Basic Law are to be called into the inner circle of the fundamental for being constitutionalized rights,[138] but also many others embodied namely in the classical human rights conventions,[139] even in the absence of the integrative bridge process established in article 40 of the Basic Law.[140]

Concerning rights established in legislation, one asks: is the right to life – expressly guaranteed in ordinary legislation in Macau – e.g. Civil Code – a fundamental right?[141] We believe that some rights established in ordinary legislation are fundamental rights,[142] such as the one referring to the right to life.

As to the importance of these overture clauses, one must clarify and concur with these words «*The purpose of this clause open to the incorporation of atypical fundamental rights cannot be – as was also the case with the clause referring to "extra-documentary" fundamental rights – solely to identify materially the mentioned rights, viewing them as mere fundamental rights in a material sense and leaving them to their status as international rights or legal rights, but not as constitutionalised rights incorporated into the BLM. Its purpose is quite different since, should the constitutionalisation of said rights not take effect by virtue of that provision, then the provision would purely and simply be useless. It would only serve the purpose of putting a label on the fundamental rights thus incorporated. And that is certainly not what is expected of it:*

is gaining the favors of many constitutions. For this Portuguese (before also a Macanese one) constitutional norm, see, among others, GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, cit, pp 364 ff (this is followed by another pillar of the fundamental rights system, article 17, stating, that *the set of rules governing rights, freedoms and guarantees shall apply to those set out in Title II and to fundamental rights of a analogous nature*).

138 SIMON YOUNG, *Fundamental rights cit*..

139 For example, Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention on the Rights of the Child, just to mention some that are applicable in Macau and, as easily seen, norms of these conventions embody far more reach and importance than some norms of the ILO conventions from the stand of fundamental rights. ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração Pública de Macau*, IPM, 2005, considers that the fundamental rights in a formal sense are those established, namely, in the Basic Law, in the Joint Declaration, in International Covenants and in the ILO conventions, p 94.

140 In this sense, JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights cit,* via the so-called open clause for atypical fundamental rights.

141 The past of Macau, along with the apex nature of life, as well as the constitutional postulation in the Basic Law of the principle of inviolability of human dignity should provide us the answer.

142 JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights cit.,* concurs and considers the principle enshrined in article 41 one of the most significant in the matter of fundamental right but also warns that the rule is not entirely unambiguous.

on the contrary, it is expected that the BLM, in case it has eventually failed to declare other equally relevant fundamental rights, takes this opportunity to reach towards those other rights, engendered under different circumstances. In this manner, under the mentioned provision, such other rights can acquire the constitutional value of the rights formally enshrined in the BLM.».[143]

The principle of extension to collective persons

As to the problem if the juristic person can be the bearer of fundamental rights, even in the absence of a generic express reference in the text of the Basic Law, the reply is also in the affirmative, like the example of the rights attributed to religious confessions.[144]

The Macau Court of Final Appeal is also in agreement with such a stipulation by considering, for example, the existence of fundamental rights on the religious organizations set forth in article 128, in its decision 22/2005.

The principle of self executing constitutional norms on fundamental rights

Again, in the absence of a general clause, one must question if the Basic Law norms on fundamental rights have direct applicability in this area.[145] Can the bearers of fundamental rights, in lack of a law detailing/delineating a given fundamental right, exert and invoke this right before the courts if necessary? For example, in the absence of a strike legislation, is it possible to go on strike under the sole umbrella of article 27 that states the right and freedom to strike? We believe that this right, established in the domestic *grundnorm* of Macau – and not just in any international treaty that could demand the decision of issues such as monism or dualism – enters immediately in the juridical sphere of any workers and thus it does not need the *mediation* of any legislative acts. To do so is no more than to apply the principles of safeguarding established in article 4 and

143 JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau cit*..

144 VIEIRA DE ANDRADE, op. and loc. *cit*., PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais cit.,* p 59. JORGE BACELAR GOUVEIA, *The fundamental rights in Macau cit* also claims the applicability to juristic persons by virtue of *analogia legis* and of *analogia iuris*.

145 Defending this direct aplicability, PINHEIRO TORRES, *Interesses públicos e interesses privados – A perspectiva da transição,* BFDM, 11, 2001, p 205. See also, example provided in ANTÓNIO KATCHI*, Governo e Administração cit.*, pp 103-104.

the principle of continuity.

A couple of more principles and its context vis-à-vis the Hong Kong Basic Law

In discussing the **principle of non discrimination** and the **principle of safeguarding human dignity,** we draw the attention to differences between the Macau Basic Law and the Hong Kong Basic Law. This does not mean that the above principles cannot be extracted at all from the constitutional text in Hong Kong, and much less that it presupposes a negative judgment to Hong Kong's practice vis-à-vis Macau.

One thing is certain; compared to Hong Kong, one can find some relevant differences in the Basic Law that add to the level of display by Macau.[146] Macau has a more comprehensive list of fundamental rights than Hong Kong. In some cases, the words of the Macau Basic Law reflect the particular characteristics of Macau. The reinforcement of the fundamental rights listing is one of such examples.[147]

A rather emblematic and significant difference is within the sphere of a transversal principle – of equality and non-discrimination. In truth, whereas in Hong Kong the Basic Law states in article 25 that [*a*]*ll Hong Kong residents shall be equal before the law*, the corresponding article in Macau states the same principle, *densifies* it and enlarges it to cover the non-discrimination clause, stating that *all Macau residents shall be equal before the law, and shall be free from discrimination, irrespective of their nationality descent, race, sex, language, religion, political persuasion or ideological belief, educational level, economic status or social conditions*.

146 JAMES COTTON, for example, tells us about a «*greater precision*» on the norms concerning the fundamental rights, in the Macau Basic Law, *The retrocession of Macau and the limitations of the Hong Kong Model*, Pacific Focus, vol. XV, 2, 2000, p 50. It seems possible to assert that one good reason that allows to explain the enrichment of the Macau Basic Law vis-à-vis the Hong Kong one is, besides a better constitutional background provided by the Portuguese constitutional norms, the fact that the Macau Basic Law was drafted and enacted after its Hong Kong sister thus allowing to learn from Hong Kong's mistakes and permitting an evolution in the constitutional construction of the normative texts as well as providing an added level of trust in the way of legislating *westernized* style See also, YASH GHAI, *The Basic Law of the Special Administrative Region of Macau: Some Reflections* 2000, 49 ICLJ, 183-184.

147 the MSAR «*shall protect, according to law, the interests of residents of Portuguese descent in Macau and shall respect their customs and cultural traditions*», or, «*shall establish consultative co-ordination organisations composed of representatives from the government, the employers' organizations and the employees' organizations*», are only two examples, articles 42 and 115 or the rights to habeas corpus, and of privacy. For an extensive listing SIMON YOUNG, *Fundamental rights cit.,* The author also provides a list of fundamental rights that are addressed in the Hong Kong Basic law but not in the Macau Basic Law. A comparison proves, anyway, that the Macau case is far more complete than the Hong Kong one.

Another cornerstone of unquestionable importance in defining, interpreting, applying and limiting restrictions to the fundamental rights is the following principle: *the human dignity of Macau residents shall be inviolable,*[148] *and* article 30 continues by saying, *humiliation, slander and false accusation against residents in any form shall be prohibited. Macau residents shall enjoy the right to personal reputation and the privacy of their private and family life.*

This principle constitutes a standard of universal protection; it is a *pre-condition* and basis of the *Republic* and the basis of consecration of many fundamental rights, which endows them with an inherent *personcentricity*, among other functions.[149] In an extremely brief and simplified way, one can refer to GIANCARLO ROLLA when he affirms that the normative value of the principle of human dignity operates as an interpretation clause – a *qualificative* value of the constitutional system in a whole – as a criterion of balancing fundamental rights and other relevant constitutional values.[150]

148 On this apex principle structuring a fundamental rights system (and the organizatory one) it is not possible to provide a comprehensive list of bibliography namely in the continental legal systems. PETER HABERLE, tells us that the human dignity is a *anthropological-cultural premise* of the Constitutional State, *El Estado Constitcional*, UNAM, 2003, p 169.

149 GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA *Constituição Anotada*, cit., pp 198 ff.

150 *El valor normativo del principio de la dignidad humana*, passim.

A TALE OF TWO CITIES

THE JUDICIAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EXCEPTIONAL AUTONOMOUS REGIONS OF MACAU AND HONG KONG OF THE PR OF CHINA AND THE ROLE AND INFLUENCE OF INTERNATIONAL LAW INSTRUMENTS ON HUMAN RIGHTS

A Tale of Two Cities - The Judicial Protection of Fundamental Rights in the *Exceptional Autonomous Regions* of Macau and Hong Kong of The PR of China and the Role and Influence of International Law Instruments on Human Rights [#]/[*]

To Professor J. J. GOMES CANOTILHO, a truly *Jus sapiens*, a global constitutional lawyer, an academic that truly brought new avenues of thought and research, do create fresh roads of theorization, engages in a constant and unending labor, and that embraces and irradiates what we – as so many others - accept as good values and principles of a good constitutional law for a good society, global or local. / Ao Professor J. J. GOMES CANOTILHO, um verdadeiro *Jus sapiens*, um jusconstitucionalista global, um académico que verdadeiramente rasga novas avenidas de pensamento e investigação, que abre caminhos de teorização, que se mantém em constante e infindável actualização, e que abraça e irradia o que nós – tal como muitos outros – acolhemos como bons valores e princípios de um bom direito constitucional para uma sociedade boa, global ou local.

[#] Texto originalmente publicado em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Gomes Canotilho*, Vol. III - Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Org. F. Alves Correia/ Jónatas Machado/ João C. Loureiro, Coimbra Editora, 2012.

[*] The opinions expressed here are solely those of the author and do not reflect the views of any institution to which he is affiliated. Thanks are due to Luís Pessanha, who offered many suggestions, and to Jane Zhang Yihe, for help with translations, and the usual disclaimers do naturally apply. This paper builds on the structure of, and corresponds mostly, albeit with extensive adding, densification and updating, to the paper published in Italian, *La protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali nelle Regioni autonome di Hong Kong e di Macao e l'influenza delle carte internazionali in materia di diritti*, in Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni, GIANCARLO ROLLA (cura), Giuffrè, 2010, pp 99 – 137 and, to a lesser extent, to a previous version presented to the VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Ciudad do Mexico, Mexico, December, 2010, at the Workshop 5, Subnational constitutions, under the title *Remarks on the judicial protection of fundamental rights in the autonomous regions of Hong Kong and Macau and the influence of international law instruments*.

I
Introductory remarks – the Special Administrative Regions of the PRC

«Perhaps the most distinctive feature of the agreement is the extensive authority granted to the (…) SAR in the area of foreign relations and participation in international organizations. While residual competence in foreign affairs is reserved to China, the specific grants of competence to Hong Kong are significant», HURST HANNUM[1]

The autonomous regions of Hong Kong and of Macau of the People's Republic of China, formally labeled as «Special Administrative Regions», with a high degree of autonomy,[2] are a recent[3] yet rather significant phenomena in the context of State territorial composite organization – that is federations and *regionalized* states. One can affirm, *ab initio,* that these two XXI century (quasi) «*City States*» share the same superstructure juridical modeling[4] yet, in several planes, such as the one that is the theme of this paper, they seem to be walking different paths in the *de facto* realm. As to be seen further ahead.

Proceeding with the juridical characterization, in brief, the SARs are an inalienable part of the People's Republic of China;[5] they exercise a high degree of autonomy and enjoy executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication.[6] The executive authorities and legislature shall be composed of permanent residents of Macau and of Hong Kong respectively.[7] The SARs shall safeguard the rights and

1 *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, UPP, 1996, at 140. The author is referring to the Joint Declaration and underlines the above feature along with the «One country, two systems» philosophy.

2 As eloquently announced both in the international arena *ex vi* the Joint Declaration on the Question of Macau and the Joint Declaration on the Question of Hong Kong (both at 2(2)) and domestically in the Basic Law of Macau, article 12 and in the Basic Law of Hong Kong, article 12.

3 Established in June, 1 1997 and December, 20 1999, respectively.

4 In both domestic law – same PRC constitutional norms, and rather similar Basic Laws, both in norms and in principles - and international law - a striking similitude of both Joint Declarations, thus enjoying the same status within the sovereign state, playing by the same juridical rules in the peripheral-center dynamics, enjoying the same array of powers – legislative, executive and judicial - having international law capacity (limited), sharing the general economic model, etc..

5 Articles 1 of both Basic Laws.

6 Articles 2 of both Basic Laws.

7 See articles 3 of both Basic Laws.

freedoms of the residents and of other persons in the Region in accordance with law.[8] The legal system shall remain basically unchanged. The socialist system and policies shall not be practiced in the Special Administrative Regions, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years.[9] In accordance with Article 31 of the Constitution of the People's Republic of China, the systems and policies practiced in the SARs, including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, the executive, legislative and judicial systems, and the relevant policies, shall be based on the provisions of the Basic Law.[10]

Furthermore, The Special Administrative Regions shall be a local administrative region of the People's Republic of China, which shall enjoy a high degree of autonomy and come directly under the Central People's Government.[11] This same entity shall be responsible for the foreign affairs relating to the SARs and authorizes the Regions to conduct relevant external affairs, on its own,[12] in accordance with this Law.[13]

The Central People's Government shall be responsible for the defence of the Special Administrative Regions and the Government of the SARs shall be responsible for the maintenance of public order in the Region.[14]

On another plane, the autonomous regions of the estuary of the Pearl river delta shall have independent finances and all the financial revenues of the SARs shall be managed and controlled by the Region itself and shall not be handed over to the Central People's Government and this shall not levy taxes in the Regions.[15] The own legal tender of the Regions (Macau Pataca and Hong Kong Dollar) shall continue to circulate and the authority to issue such currency shall be vested in the Government of each Special Administrative Region[16]. Both Regions shall be a separate customs territory.[17]

8 Articles 4 of both Basic Laws.

9 Articles 5 of both Basic Laws.

10 Articles 11 of both Basic Laws.

11 Articles 12 of both Basic Laws.

12 A power that does exist and is practiced.

13 Articles 13 of both Basic Laws.

14 Articles 14 of both Basic Laws.

15 Article 104 of the Macau Basic Law and 106 of the Hong Kong one.

16 Article 108 of the Macau Basic Law and article 111 of the Hong Kong Basic Law.

17 Article 112 of the Macau Basic Law and article 116 of the *sister* Basic Law.

The SARs of China are indeed a phenomena from various possible angles of analysis be they juridical – *e.g.* comparative constitutional law and international law – or other, such as from a political or economic stance, that poses a lot of question marks and introduce new challenges to in the study of territorial political organization.

One can immediately start with the formal identification of this type of autonomous regions of China: they are regions, they are special and they are administrative.[18] However, one should not be mislead by (some of) the adjectives used. They are not mere administrative regions but instead political regions, sub-state territorial entities that hold legislative powers.[19] And, even though one can *accept* the qualification of special, one also believes that in truth these entities perhaps would be more properly described with the adjective exceptional instead of *mere* special in order to better describe the nature of the SARs status and the dimension of the powers that they enjoys.[20]

This type of autonomous regions are more of a surprise given the fact that China has been, as widely known, a state that has a strong flavour of centralism in its internal geopolitical organization, which embodied a heavy traditional approach on core concepts such as sovereignty, models of central-local government relationship structure,

18 They are not labeled with the somehow *classic* expression «autonomous regions» simply because in the territorial organization of the PRC this expression was already destined to a different reality at the 1982 Constitution, «*Article 30. The administrative division of the People›s Republic of China is as follows: (1) The country is divided into provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government; (…).*». as explained by XU XIAOBING and G. D. WILSON, in *The Hong Kong Special Administrative Region as a model of regional external autonomy*, Case Western Reserve Journal of International Law, Winter, 2000 at p 7, the problem was that he term 'autonomous region' had already been allocated in the Chinese system for autonomy granted to minority ethnic communities. The fact that the official label is SAR does not preclude the authors to refer to Hong Kong as an autonomous region as we also do in this paper.

19 F. DOMÍNGUEZ GARCÍA clearly asserts that «*Despite the use of the adjective 'administrative', its autonomy is political given that the scope is not merely administrative, but it also holds powers of a state nature, in what interests us here, legislative powers.*», *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain and Italy*, in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P. CARDINAL/J. OLIVEIRA (eds), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, at 435. See, also from the same author, for further analysis regarding regions with legislative powers, *Las regiones con competencias legislativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

20 As J. BACELAR GOUVEIA, in *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau—Contributo para uma compreensão de direito constitucional*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 13, 2002, at 195, writes «*Of course, I am not seriously proposing changing the designation, since such a change would also call into question the use of 'administrative' in 'administrative region'.*», basing his position, on the classical schematic analysis that divides the juridical norms into general, special, and exceptional ones.

formal refusal of federalism,[21] and skepticism on multilayered constitutionalism[22] and multi-constitutionalism systems.[23]

And, in spite of all of the above, China is the birthplace of the *One Country, Two Systems* principle.[24] In fact, '*The People's Republic of China (PRC) has always insisted that it is a unitary state and cannot accept a federal structure. The concept of a special administrative region (SAR) within the PRC with a high degree of autonomy, and the related concept of 'one country, two systems', represent a substantial modification of the original model of a highly centralized unitary state'.*[25]

As mentioned earlier, Macau and Hong Kong both possess a singular status in both the comparative constitutional law approach and in the dominions of international law, which poses new and demanding challenges in both perspectives, academically and po-

21 Note, however, *'Despite official discourses asserting that China is a unitary rather than a federal state, the true interplay of power and politics between the central and sub-national governments echoes practices of federalism. Although specific proposals about federalist governance were initially associated with the allegedly counter-revolutionary Yan Jiaqi, broader scholarly discourses have increasingly accepted the application of federalist principles to China*', PITMAN B. POTTER, *Governance of China's Periphery: Balancing Local Autonomy and National Unity*, Columbia Journal of Asian Law, Spring/Fall, 2005, p. 295.

22 As, for example, in traditional federal states such as the U.S.A. or Germany but also in other *models* such as perhaps in Spain; see among others, JAMES A. GARDNER, *In Search of Subnational Constitutionalism*, paper prepared for the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, Greece, June, 2007, Workshop 11 - Subnational Constitutions in Federal Constitutional States, http://www.enelsyn.gr/papers/w11/Paper%20by%20Prof.%20James%20A.%20Gardner.pdf. Multilayered constitutionalism can also be referred to norms with international origin and can and should also be a tool of analysis of the Special Administrative Regions of the PRC — Macau and Hong Kong.

23 As remarked by SHI SHIFENG, '*[f]or China, still one of key obstacles for reforming the current central-local-government structure is that Chinese government is holding a very sensitive and inflexible manner on sovereignty which has become the preferred synonym for national independence. For example, it is inclined to think the federal system correspond to an incomplete sovereignty. Although multi-constitutionalism does not necessarily mean federal system and it also can work in unitary system, I still think it could be better for China to change the inflexible manner on sovereignty to some extent*', Towards Multiple-Constitutionalism: A New Paradigm for Constitutional Reform in China?, pp 16-17, paper prepared for the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, Greece, June, 2007, Workshop 11 - Subnational Constitutions in Federal Constitutional States, http://www.enelsyn.gr/papers/w11/Paper%20by%20SHI%20Shifeng.pdf.

24 Maxim advanced by DENG XIAOPING, see, for example, *On the Question of Hong Kong*, New Horizon Press, 1993, *passim*.

25 ALBERT CHEN, *The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: the Case of Hong Kong, One Country*, Two systems, Three Legal Orders — Perspectives of Evolution: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, *cit.*, at 755. Some authors already started to analyze China in view of federalism, be it formal or informal, juridical or solely economical, for example MICHAEL C. DAVIS, *The Case for Chinese Federalism*, Journal of Democracy, vol. 10, 2 April 1999, addresses the question of federalism in China and of confederacy and proposes a concept of economic federalism already in force but unaccompanied by a formal constitutional one, pp. 128 ff. Some authors conclude that China now has a combined system of federalism and unitary state due to the arrival and implementation of the SARs concept to the Chinese constitutional system. On this, see, among others, IEONG WAN CHEONG, *One China, Two Systems and the Macao SAR*, Macau, University of Macau, 2004, pp 233-4.

litically. The Macau and Hong Kong solution is not only entirely different from domestic autonomy arrangements in mainland China, driven by ethnicity,[26] but furthermore it constitutes an *ex novo* territorial entity in the fields of comparative law.[27]

The SARs represent a new and complex concept of territorial autonomy touching new frontiers that, in several cases, shatters the already fragile border between federation and regional autonomy, mixes characteristics of different models of territorial organization, combines international law – in the forms of the Joint Declarations - and domestic law – parts of the PRC Constitution[28] and the Basic Laws, endows the Regions with a significant wide range of external powers,[29] and they both present themselves as subjects of international law, albeit, naturally, with limited capacity.

In fact, both Macau and Hong Kong SARs are subjects of international law, with limited capacity for sure but nevertheless subjects, in clear fracture with traditional doctrines on the subjects (territorial) of international law. We have advocated this for quite some time[30] as several others have, «*Ironically, the People's Republic of China (PRC) is pushing the envelope more than any other state in accommodating the need for substate governments to interact directly with international institutions. (…) permitting Hong Kong and Macau extensive direct participation in inter-governmental organizations, especially those concerning economic and cultural affairs.*».[31]

26 On this domestic constitutional autonomy arrangements see, for example, LIN FENG, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, 2000, at 145 ff., YANG FENGCHUN, *Chinese Government*, Foreign Languages Press, Beijing, 2004, at 243 ff. For a concise comparison and differentiation between the domestic autonomies and the SARs, PAULO CARDINAL, *Macau: The Internationalization of an Historical Autonomy*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 122, 2008, pp. 637 – 689, especially at 665 and ff., in which it is suggested, namely, that the difference between the autonomous power enjoyed by the SARs and the autonomous areas in mainland China is not one of only degree, but of their nature and foundation.

27 '*Placing the two SARs in a comparative perspective is […] highly problematic. This model of autonomy includes elements typical of the regional, the federal, the unitary and the confederal arrangements but it does not correspond to anyone of these*', says MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions of the PRC in Comparison with Autonomous Regions Models*, in One Country, Two systems, Three Legal Orders — Perspectives of Evolution: *cit.* at 794. See also, PAULO CARDINAL, *The Judicial Guarantees of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours Under the Focus of Continuity and of Autonomy,* in *idem*, at 246 ff., discovering in the SARs regime elements of federalism, statehood, territorial regionalism, along with less than regionalism elements as well as unique and uncategorized characteristics.

28 Basically the paramount article 31 that reads as follows: «*The state may establish special administrative regions when necessary. The systems to be instituted in special administrative regions shall be prescribed by law enacted by the National People's Congress in the light of the specific conditions*.».

29 See a list in MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions*, *cit.,* at 788 and ff.

30 International Law Notes – FSH/2008, Universidade de Macau, 2008, unpublished, passim.

31 SUSAN J. HENDERS, *Region-states and the world: China pushes the envelope, i*n Is Ontario a region-state?, Policy

Both Macau and Hong Kong have their own legal system with their own principles, norms and methods and both are separated from the legal system of Mainland China, with only limited and listed intersections[32] hence the phraseology *One Country, two systems, three legal orders*.[33] The same applies to each one of them vis-à-vis international law, namely regarding issues of monism versus dualism[34] as well as to the fact that a given international treaty might be applicable in Macau but not in Hong Kong or a given international law instrument that is in force in Macau, in Hong Kong and in Mainland China might have no reservations at one of this legal system and different sets of reservations in the other two.

The core of the constitutional block of Macau and of Hong Kong is nevertheless basically similar given the strong similarities of both Joint Declarations and of both Basic Laws and the communal norms of the PRC Constitution applicable in Macau, namely its already mentioned article 31.

An in-depth and detailed study of these novel autonomous regions[35] in all its di-

Options, January-February 2000, at 88. From the same author see, *So What If It's Not a Gamble? Post-Westphalian Politics in Macau*, Pacific Affairs, vol. 74, 2001, at 342 and ff. One can talk now of an almost *communis opinio* on this (before) *vexata quaestio*, for example, JAMES CRAWFORD, *The creation of Sates in International Law*, 2nd, Oxford U.P., 2006, pp. 244 ff. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2nd Almedina, 2004, pp. 456-457, FILIPA DELGADO, *Direito internacional público (sumários das aulas*), Universidade de Macau, 2003, pp. 139 ff, REN YUE, *Hong Kong in the eyes of the international community*, in The Hong Kong Special Administrative Region in its first decade (Ed. JOSEPH CHENG), City University of Hong Kong Press, 2007, pp. 305, RODA MUSHKAT, for example, *The international legal personality of Macau*, Hong Kong Law Journal, 24, 1994, pp. 328 ff and *One country, two international legal personalities- the case of Hong Kong*, HKUP, 1997, MICHAEL RAMSDEN/OLIVER JONES, *Hong Kong Basic Law – annotations and commentary,* Sweet and Maxwell, Hong Kong, 2010, at 205 and ff.

32 On this, for example, YASH GHAI, *The intersection of Chinese Law and the common law in the Hong Kong Special Administrative Region: Question of technique or politics?*, Hong Kong Law Journal, 37, 2, 2007, at 363 and ff, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *A organização do poder politico-legislativo no Território de Macau – durante e após a transição para a soberania chinesa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2002, at 146 and ff.

33 Or, as JORGE GODINHO puts it, *One Sovereignty, Two Social Systems, Three Legal Traditions,* in *Une souveraineté, deux systèmes sociaux, trois traditions juridiques: Le degré élevé d'autonomie de Macao et de Hong-Kong, Régions Administratives Spéciales de la République Populaire de Chine*, in Jean-Yves Faberon, Viviane Fayaud and Jean-Marc Regnault (orgs.), Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontiéres, vol. I, Théories et pratiques, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 307 and ff.

34 For a summary of these traditional doctrines on the relationship between international law and domestic law see, among many others, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, 2002, at pp 137 and ff., WLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, 2008, at 113 and ff., MATTHIAS HERDEGEN, *Derecho Internacional Público*, UNAM, 2005, at 166 and ff or, MERLIN MAGALLONA, *Fundamentals of Public International Law*, C&E Publishing, 2005, at 54 and ff.

35 The literature on the SARs is already abundant and we leave here some of the most significant and recent studies on it with a special emphasis on comparative approaches and English written papers: GIANCARLO ROLLA, *The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems: a comparative approach*, at 461 and ff., F. DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Autonomy experiences in Europe – a comparative approach: Portugal, Spain*

mensions is not possible in this paper hence we have limited ourselves to just pinpoint a couple of essential items namely ones that can be of particular relevance to the theme at stake.

II
Introductory remarks mark II – the modern discourse of Human Rights

> «*the discourse of Human Rights (*has acquired *)in recent times … the status of an ethical lingua franca*», JOHN TASIOULAS[36]

In these modern times the discourse of Human Rights is an ever present one, be it in politics, in the Law, in the press. Everyone *knows* and everyone *discusses* Human Rights. It is no longer a mysterious far away thing and it is no longer the sacred treasure of a few. Human Rights are no longer, at least in a wide geopolitical reality, some sort of *Martians* that are trying to colonize by force this world of ours. They belong to us all. They are part of our life; they enrich our status as persons with dignity. With human dignity.[37]

From the above as well as from other reasons, derive several corollaries such as Human Rights as encompassing values as reference points of conduct, namely but not

and Italy, at 409 and ff., J.J. GOMES CANOTILHO, *The autonomy of the Macau Special Administrative Regions: between centriptism and good governance*, at 745 and ff., MARCO OLIVETTI, *The Special Administrative Regions of the PRC in Comparison with Autonomous Regions Models*, at 777 and ff., ALBERT CHEN, *The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: the Case of Hong Kong*, at 751 and ff., PAULO CARDINAL, *The Judicial Guarantees of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours Under the Focus of Continuity and of Autonomy*, at 221 and ff. all in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P. CARDINAL/J. OLIVEIRA (eds.), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, YASH GHAI, *The imperatives of autonomy: contradictions of the Basic Law, in Hong Kong Constitutional Debates*, Johannes Chan/Lison Harris (eds.), HKLJ, 2005, at 29 and ff., JORGE GODINHO, *Une souveraineté, deux systèmes sociaux, trois traditions juridiques: Le degré élevé d'autonomie de Macao et de Hong-Kong, Régions Administratives Spéciales de la République Populaire de Chine*, in Jean-Yves Faberon, Viviane Fayaud and Jean-Marc Regnault (orgs.), Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontiéres, vol. I, Théories et pratiques, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, at 307 and ff (English version forthcoming).

36 *The Moral Reality of Human Rights* in Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor T. POGGE (ed.), OUP, 2007, at 75, *apud* J. RAZ. *Human Rights Without Foundations*, University of Oxford Faculty of Law, Working Paper No. 14/2007, 2007.

37 On the normative value of human dignity, for example, GIANCARLO ROLLA; *El valor normativo del principio de la dignidad humana* (the author is grateful to Professor Rolla for making available to him the mentioned manuscript).

restricted to, in international relations, and a national responsibility to protect human rights,[38] «*It is a widely supported tenet in the world today that national, regional, and international activities should be geared towards the respect, realization, and protection of internationally agreed norms of human rights*».[39]

It is worth to mention that a growing tendency of housing in the Constitution special rules endowing reinforcing status to Human Rights treaties different from *normal* ones is possible to detect, in fact, as one author put it «*there is a tendency to make a difference specifically in human rights treaties, and to give them a superior level within the legislation*».[40]

It is also of interest, before we proceed to the Macau and Hong Kong cases, to place in context the thematic of Human Rights in present times. Human Rights treaties particularly pose the question of the constitutionalization of international law as constitutionalized fundamental rights drive the internationalization of constitutional law[41].

38 See, for example, HENRY STEINER, *International protection of human rights*, in International Law, Malcolm Evans (ed), Oxford UP, 2003, at 780 and ff., BERTRAND RAMCHARAN, *The national responsibility to protect human rights,* Hong Kong Law Journal, vol. 39, 2009, at 361 and ff..

39 BERTRAND RAMCHARAN, *The national responsibility to protect human rights,* Hong Kong Law Journal, vol. 39, 2009, at 361.

40 J. CARMONA TINOCO, *The Judicial Application of International Human Rights Treaties*, Mexican Law Review, 7, 2007, at http://info8.juridicas.unam.mx/cont/mlawr/7/arc/arc2.htm#N*. The author also provides several examples to illustrate the tendency. See also P. CARDINAL, *International Law Notes*-FSH/2008 *cit.*, «*One note to remind here is the principle of a reinforced status of human rights treaties namely positioning them along constitutional norms under certain circumstances*.» and, *Portugal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos - Alguns Tópicos Introdutórios -*, paper presented at Escola Portuguesa de Macau, February, 2012. A couple of examples, In Brazil, Clause LXVII added by Constitutional Amendment No. 45, Dec. 8th 2004., Paragraph 3. «*The international treaties and conventions on Human Rights which are approved, in each House of National Congress, in two rounds, by three fifths of votes of the respective members, will be equivalent to Constitutional Amendments*.», In the Argentinean Constitution, «*Section 75. - Congress is empowered: 22 -To approve or reject treaties concluded with other nations and international organizations, and concordats with the Holy See. Treaties and concordats have a higher hierarchy than laws. The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rights; the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights; the International Pact on Civil and Political Rights and its empowering Protocol; the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide; the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination; the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Woman; the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatments or Punishments; the Convention on the Rights of the Child; in the full force of their provisions, they have constitutional hierarchy, do not repeal any section of the First Part of this Constitution and are to be understood as complementing the rights and guarantees recognized herein. They shall only be denounced, in such event, by the National Executive Power after the approval of two-thirds of all the members of each House. In order to attain constitutional hierarchy, the other treaties and conventions on human rights shall require the vote of two-thirds of all the members of each House, after their approval by Congress.*».

41 One could even glance a venture into a different level, that of *Cosmopolitan Law*, and recall, for example, «*The point of cosmopolitan law is, rather, that it goes over the heads of the collective subjects of international law to give legal status to the individual subjects and justifies their unmediated membership in the association of free and equal*

Human Rights are becoming increasingly fashionable even if we are not entirely seeing that fashionable status fully translated in the real world of the peoples.[42] Of each and all of us in the Globe.

As to the importance and role it may be said that «*Human rights are a class of rights that play a special role in a reasonable Law of Peoples: they restrict the justifying reasons for war and its conduct, and they specify limits to a regime's internal autonomy*».[43]

However one may carry some cautions,[44] for example, with JOSEPH RAZ,[45] «*This is a good time for human rights. Not that they are respected more than in the past. The flagrant resort to kidnapping, arbitrary arrests, and torture by the US, and the unprecedented restriction of individual freedom in the US, and in GB, cast doubt about that. It is a good time for human rights in that claims about such rights are used more widely in the conduct of world affairs than before. There are declarations of and treaties about human rights, international courts and tribunals with jurisdiction over various human right violations. (…). No doubt human rights rhetoric is rife with hollow hypocrisy; it is infected by self-serving cynicism and by self-deception, but they do not totally negate the value of the growing acceptance of human rights in the conduct of international relations.(...). Human rights practice is not only becoming better established, it is also spreading its wings. An ever growing number of rights are claimed to be human rights*».

The treaties and norms in which they are presented impact strongly, or at least

world citizens», JÜRGEN HABERMAS, *Kant's Idea of Perpetual Peace, with the benefit of two hundred years hindsight*, in Perpetual Peace, Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal, ed. J. BOHMAN/M. LUTZ-BACHMAN, MIT Press, 1997, at 128. See also, J.J. GOMES CANOTILHO, *Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz – Entre a Paz Perpétua a Tópica Política*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXIV, 2008, pp 25 and ff. And, for a perspective of a theory of cosmopolitan constitutional law, QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del Diritto Costituzionale e cosmopolitico*, Giuffrè, 2007, passim, especially at 215 and ff., at 221 and ff. presenting a confront with international law at various dimensions, such as, *genetical*, subjective (in which, according to the author, the centrality of the individual is illuminated by the cosmopolitan constitutional law, at 224), teleological, etc., and at 263 and ff..

42 See, for example, the already quoted J. TASIOULAS, *The Moral Reality of Human Rights cit*., saying that there is a proliferation of incompatible rights and adding that it is necessary, in his view, to avoid that human rights will become victims of their own popularity. We do believe that to more rights one does not necessarily obtain more effectiveness, however, we do not believe that to less rights one would have as a necessary result better efficiency.

43 JOHN RAWLS, *The Law of Peoples*, HUP, 2001, at 79.

44 And reject overconfidence on the status quo in the real world.

45 *Human Rights Without Foundations*, University of Oxford Faculty of Law, Working Paper No 14/2007, 2007, at 1 and 2.

tend more and more to do it, in the domestic systems of fundamental rights.[46] However one should still be cautious and recall here some judicious words proclaimed by a former president of the Inter-American Court of Human Rights, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, «*Over recent years, since the United Nations was created and numerous international human rights instruments were put into effect, one can see a reciprocal influence of internal and international human rights law statutes with a progressive nature. A significant number of procedural human rights protection instruments themselves have been created or improved and have been taken on in a very wide protective sphere, both nationally and internationally. However, this development of promoting and protecting an each person's human rights, though impressive, is insufficient, if said protection instruments are not truly efficient in attaining effective protection of the rights themselves, and if they do not remain, as sometimes happens, within the scope of theory, good intentions and unapplied legal rules.*».[47] The theoretical discourse and rhetoric of human rights along with its consecration in norms, are of obvious relevance to spread and consolidate the *Idea* of Human Rights[48] but in no way are by themselves enough or self-sufficient to effectively attain safeguarding levels of guarantee that are satisfactory.

Telegraphically contextualized the role, the dynamics and the reality and state of the art of human rights, both from a jus-philosophical stance and from a more juridical-judicial perspective, one should also underline *brevitatis causa* the relevance of international foundations and origins of rights - that are fundamental - in shaping the constitutional domestic systems,[49] one can then proceed later to the two *city islands* of

46 For a panoramic summary of the relevance and impact of Human Rights treaties in the domestic systems of fundamental rights see, e.g., DAI RUIJUN, *Impact of International Human Rights Treaties on Fundamental Rights System,* paper presented at the VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, workshop 15, The impact of international law on constitutional principles, Mexico, December, 2010. Or, as recently pointed out, «*In the early twenty-first century, the internalization of international human rights norms within the domestic legal system is occurring more frequently than ever before*.», ALBERT CHEN/YAP PO JEN, in *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong,* paper presented at the Terceiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – Sentido e Importância do Direito Comparado no âmbito do Princípio «Um país, dois sistemas, Macau, Janeiro, 2011.

47 *Effectiveness of human rights protection instruments*, Mexican Law Review, 1, 2004.

48 Recalling RAZ, the rhetoric is helping human rights spreading its wings, *Human Rights without Foundations*, University of Oxford Faculty of Law, Working Paper No 14/2007, 2007, at 2.

49 Namely in terms of methods of protection of fundamental rights along with the tendencies of the individual as an international law person and self-executing international norms. See, for example, a combined and comprehensive approach (domestic and international methods) on protection methods of constitutional domestic fundamental rights, J. J. GOMES CANOTILHO, *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*, in Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004 pp 137 and ff, especially pp 150 and ff..

autonomy in the shores of the South China Sea.

III
The SARs vis-à-vis international law

> *«Generally speaking, in the second half of the twentieth century domestic systems gradually opened the door to international values and States became increasingly willing to bow to international law.».* ANTONIO CASSESE[50]

In the growing ages of a globalized world including in Law it seems to be a redundancy to underline the growing importance and role of international law in so many fields. Besides, it seems that a trend is on the move, as CASSESE points out in the above sentence.

The same author proceeds, in a somehow different approach from the classic ones[51] perhaps more rooted in the *real field*, by referring to two different basic modalities in implementing international law by the States, an *automatic standing incorporation* of international rules and a *legislative ad hoc incorporation* and goes on summarizing that the choice of mechanisms for implementing international norms within domestic national legal systems *«is the acid test for establishing to what extent States are open to international values*».[52]

The autonomous regions *per se* and via Mainland China seem to also be a part, in varying density, of this trend of growing relevance given to international law and many international law instruments are in force in both regions.[53]

On another different but rather important angle the great relevance of international law to the SARs is the circumstance that both autonomous regions are derived, *prima*

50 *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, at 220.

51 Referring to the classical monism-dualism dialogue and then advancing ideas of a functional hierarchy done by domestic orders, implicit mechanisms and new tendencies and new legitimations see, with interest, the updated summary of DANA BURCHARDT, *La primauté sous réserve? – Une analyse comparative de la hiérarchisation des normes nationales et internationales par les ordres juridiques internes*, paper presented at the VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, workshop 15, The impact of international law on constitutional principles, Mexico, December, 2010. See also about new tendencies *infra*.

52 ANTONIO CASSESE, *International Law cit.,* at 234.

53 For an official listing see, in Macau http://en.io.gov.mo/Legis/International/default.aspx and for Hong Kong http://www.cmab.gov.hk/en/issues/external.htm.

facie,[54] from international law instruments and in it anchored: The Joint Declarations.[55] These international treaties[56] set out the fundamentals of the process of the transfer of sovereignty (with implications for the legal system, public administration, exercise of sovereignty powers, political structure, judiciary, and fundamental rights,[57] among many others), as well as providing a transition framework that is attached to the act of the transfer of sovereignty itself.

The above mentioned process via international treaty presents itself, somehow as revisiting and reinvigorating the application of the Kantian perpetual peace and cosmopolitanism philosophy in the international arena, at least in some of its aspects such as a peaceful and in *pacta* solution, a smooth ending of a colonial rooted external presence and thus aligning with the cosmopolitan right idea; a give-and-take and mutual respect approach between the two parties; a *flavour* of universal hospitality[58] and a pre-eminence of the rights and freedoms and respect of the idiosyncrasies of the envisaged populations,[59] and this is so even if the said populations were not heard in public consul-

54 ZHU GUOBIN states «*The power of autonomy enjoyed by the HKSAR does not derive from a delegation by the Central People's Government, but from an international arrangement based on the realpolitik and reasonable separation of power between the Central and SAR governments. We should not ignore the function of the ´twelve items of policy´ included in the article 3 of the Joint Declaration…*», in Redefining the Central-Local Relationship under the Basic Law, paper given at One Country, Two Systems: Theory and Practice international conference, 1997. See ours *The Judicial Guarantees of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours Under the Focus of Continuity and of Autonomy cit.*, passim. This view is in no way unanimous and is generally rebutted, namely by Mainland scholars.

55 Both deposited at the United Nations.

56 As JAMES CRAWFORD states, «*The Joint Declaration is, to all appearances, an international treaty (…). Subject to ratification, it was registered jointly by the parties with the United Nations. It is true that it is termed a Joint Declaration and much of it is in declaratory mode. But the name given to a treaty is a matter of indifference. (…) There is no difficulty from the point of view of international law in seeing the Joint Declaration as a treaty. Moreover the declaratory mode does not mean that the Joint Declaration is a mere declaration or recital without legal force. Much that is in the Joint Declaration is actually being constituted, or at least being agreed to be constituted.*», *Rights in One Country: Hong Kong and China*, Hochelaga Lectures, Faculty of Law, HKU, 2005, at 3 and 4.

57 As J. J. GOMES CANOTILHO adverts, there are principles inserted in the (12) basic policies of this international treaty that present themselves as safeguarding clauses of previously acquired rights such as rights to personal freedoms or to salaries and subsidies, *As palavras e os homens—reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, O Direito, 1994, at 8.

58 Kant purported an idea of hospitality around the world, and this resulted in strong disagreement towards colonialism. The Joint Declarations ended situations of colonialism and on the other hand one can underline the inhabitants of Macau and of Hong Kong even those of Portuguese or British background, are (under certain circumstances) seen as permanent residents of the SARs after the transition in (almost) total parity with permanent residents of Chinese nationality.

59 See, IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua – um projecto filosófico*, in A Paz Perpétua e outros opúsculos, Edições 70, 1995. See also, J.J. GOMES CANOTILHO, *Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz – Entre a Paz Perpétua a Tópica Política*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXIV, 2008, pp 25 and ff. One can resort to ACÍLIO ESTANQUEIRO ROCHA when he refers to Macau as «a true enclave of perpetual peace», in *Direitos Fundamentais e perspectivas*

tations A fact even more noteworthy when occurring in times where territorial conflicts are being solved in a non peaceful manner and bordering, if not disrespecting, the limits of international law and, although *a propos* a specific set of issues, one might be elucidated by the following, «*In the confrontation between Hobbes and Kant, the former, though having suffered some noteworthy retreats, is definitively still ahead on points*.».[60]

In the Basic Laws of Macau and of Hong Kong although one can find several norms related to the subject in general of international law one does not find a clear and express regimen regarding important issues such as the relations between domestic law and international law namely regarding the primacy of international law or the system of incorporation be it establishing dualism or monism,[61] to which we will revert later, or references to the acknowledge and position of customary international law. The *lacunae* are to be filled resorting to general principles such as the continuity one[62] and, in a nutshell, one can advance that in Macau it seems to be general understanding that we have primacy of international law and a monist system[63] whereas in Hong Kong the dualism, so common in

filosóficas no pensamento ocidental, paper presented at the Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direitos Fundamentais – consolidação e eevolução, 2008. A *propos.* one can *bridge* to *the land of the mandarins* and recall teachings of MO ZI (sometimes referred to as Mo Di or Mo-Tzu), that had the reputation of desiring the peace and repose of the world in order to preserve the lives of the people, (see CHRISTOPH KADERAS, *Trying to benefit the people: utilitarian aspects of Mo Zi's thought*, http://www.kaderas.de/abstracts.html): «*Great states attacking small ones, great families overthrowing small ones, the strong oppressing the weak, the many harrying the few, the cunning deceiving the stupid, the eminent lording it over the humble—these are harmful to the world*.» and «*When all the people in the world love one another, the strong will not overcome the weak, the many will not oppress the few, the strong will not insult the poor*», see for further *Mozi*, Hunan People´s Publishing House, 2006, with Preface by WANG RONGPEI/WANG HONG and, X. JIEFU/L. JINQUAN, *An outline history of Chinese philosophy*, I, FLP, 2008, at 85 and ff.

60 PIERRE-MARIE DUPUY, *General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, EJIL, 13, 5, 2002, at 1080.

61 As PATRICIA FERREIRA says «*From a juridical stance, the binding in the external order and the reception of international law by the domestic legal system are issues that, in the specific case of the Macau Special Administrative Region, involve problems to which the solutions are not always easy let alone pacific*», *Algumas questões acerca da aplicação do direito internacional na RAEM*, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, T. I, 2006, at 141.

62 See, for example, PATRICIA FERREIRA, *Algumas questões acerca da aplicação do direito internacional na RAEM*, *cit.,* at 157.

63 See, for example, «*There is no need to incorporate international law into domestic law in order to effect its application. Nevertheless, reservations and declarations made at the time of the assumption of the international obligation or the wording of an international instrument may imply that one or more of its clauses can not be self-executing. In those cases, though the international provisions still entirely and directly effective, they must be implemented by means of domestic legislation. This is what happens, for example, with the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and international labour conventions (…). In the event of a conflict between international and domestic law, international agreements applicable in the MSAR take precedence over domestic ordinary law (Article 1 (3) of the Civil Code).*», Core Document of the PR of China, Macau SAR, paragraphs 244 and 245 at, for example, The implementation of the International Covenant on

common law jurisdictions, continues in place following the British approach.[64]

One can find the following structural norms regarding international law in the Basic Laws using the Macau one as reference:

> «*The Macau Special Administrative Region may, on its own, using the name "Macau, China", maintain and develop relations and conclude and implement agreements with foreign states and regions and relevant international organizations in the appropriate fields, including the economic, trade, financial and monetary, shipping, communications, tourism, cultural, science and technology, and sports fields*.»[65]
>
> «*The application to the Macau Special Administrative Region of international agreements to which the People's Republic of China is a member or becomes a party shall be decided by the Central People's Government, in accordance with the circumstances and needs of the Region, and after seeking the views of the government of the Region.*
>
> *International agreements to which the People's Republic of China is not a party but which are implemented in Macau may continue to be implemented in the Macau Special Administrative Region. The Central People's Government shall, as necessary, authorize or assist the government of the Region to make appropriate arrangements for the application to the Region of other relevant international agreements.*»[66]

One can say that the SARs can and do engage in *jus tractum* in a variety of fields namely on its own and preparations are made to allow the extension of international treaties in regard to the circumstances and needs of the Regions and, even if a given instrument is not in force in Mainland, this does not necessarily preclude *per se* the application of that given treaty to the Regions. Another point to note is the reaffirming

Economic, Social and Cultural Rights in Macau, Macau Law Journal, 2006, at 182. See also Ac. TUI (Court of Final Appeal of Macau) proc. 2/2004, stating namely «*Therefore, the rank among the international conventions referred to in Article 138 and the sources of internal law of the Macau SAR, such as laws, regulations, etc., is the supremacy of the former over the latter*.».

64 ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong*, 2009, available at SSRN (http://ssrn.com/abstract=1527076).

65 Article 136, equivalent to article 151 of the Hong Kong Basic Law.

66 Article 138, equivalent to article 153 of the Hong Kong Basic Law.

of the continuity principle[67] also in the sphere of international law, international agreements may continue to be implemented. This is true both for treaties to which the PRC is not a party, as expressly stated in article 138 of the Basic Laws but also for treaties to which the PRC is a party. Otherwise one would be faced with an *ad absurdum* result by which treaties that the PRC turns its back to are, in Macau and Hong Kong, favored in comparison to other treaties to which the sovereign had adhere.

A small point to make refers to the conclusion that, irrespective of the use of the expression «*international agreements*», one considers that this expression includes any type of conventional international law, be it branded agreements, treaties, conventions, covenants, declarations, as long as they are *in jure* real international treaties in line with the general principle of customary law embodied in the *Vienna Convention on the Law of Treaties.*[68]

Other articles exist of relevance to the subject matter of international law and the autonomous regions of Macau and of Hong Kong namely dealing with the SARs capacity in relation to international organizations, a capacity that has been practiced by both autonomous subjects.[69]

67 See, for example, RODA MUSHKAT, *Managing the transfer of sovereignty over Hong Kong: the case for continuity of treaties*, in Hong Kong SAR in pursuit of domestic and international order, B Leung and J Cheng (eds.), Chinese University Press, 1997, at 161 and ff., especially 168 and ff., ANDREW BYRNES, *Hong Kong and the continuation of international obligations relating to human rights after 1997*, in *idem*, at 135 and ff.

68 Recalling article 2, 1, (a) «*"treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;*». The Convention is in force in both SARs.

69 For example, article 137 (equivalent to article 152 in Hong Kong Basic Law), «*Representatives of the Government of the Macau Special Administrative Region may, as members of delegations of the People's Republic of China, participate in international organizations or conferences in appropriate fields limited to states and affecting the Region, or may attend in such other capacity as may be permitted by the Central People's Government and the international organizations or conference concerned and may express their views, using the name "Macau, China". The Macau Special Administrative Region may, using the name "Macau, China", participate in international organizations and conferences not limited to states. The Central People's Government shall, in accordance with the circumstances and needs of the Region, take measures to ensure that the Macau Special Administrative Region shall continue to retain its status in an appropriate capacity in those international organizations of which the People's Republic of China is a member and in which Macau participates in one capacity or another. The Central People's Government shall, in accordance with the circumstances and needs of the Region, facilitate the continued participation of the Macau Special Administrative Region in an appropriate capacity in those international organizations in which Macau is a participant in one capacity or another, but of which the People's Republic of China is not a member.*». Or article 112 (equivalent to article 116 in Hong Kong Basic Law), «*The Macau Special Administrative Region shall be a separate customs territory. The Macau Special Administrative Region may, using the name "Macau, China", participate in relevant international organizations and international trade agreements (including preferential trade arrangements), such as the General Agreement on Tariffs and Trade and arrangements regarding international trade in textiles. Export quotas, tariff preferences and other similar arrangements, which are obtained or made by the Macau Special Administrative Region or which were obtained*

IV
The SARs and Human Rights Treaties

> *«One of the key concepts of the international legal order is that of the responsibility to protect human rights. This concept involves the responsibility to prevent violations of human rights, to react to violation (…). However, this concept has so far been discussed mainly in relation to its international dimensions and there has been little articulation of the content of the national responsibility to protect human rights*.» BERTRAND RAMCHARAN[70]

We have seen the affirmation of a national responsibility to protect human rights[71] and shifting our focus to the Special Administrative Regions of the PRC one can, bearing in mind *e.g.* the wide scope of autonomy enjoyed, the distinctiveness of their own legal systems, the values that impregnate it, adapt the previous and start to affirm a *regional responsibility* to protect human rights.

Focusing right away on human rights treaties it is absolutely inescapable to refer to the following article of the Basic Law:[72]

«The provisions of International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and international la-

or made but remain valid, shall be enjoyed exclusively by the Region.».

70 *The national responsibility to protect human rights cit.,* at 361.

71 Responsibility that has been affirmed at an international law level but also at domestic constitutional law realms. For example in Portugal, via article 9, b) of the Portuguese Constitution, and in another plane at article 7, 1, see, *e.g.*, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA*, Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, at 277 and 240 and 241.

72 On this see, A. MALHEIRO MAGALHÃES, *The Validity of the International Agreements of the Human Rights in the Juridical Ordering of the Special Administrative Region of Macau*, in One Country, Two systems, Three Legal Orders — Perspectives of Evolution: *cit.*, at 607 and ff., FONG MAN CHONG, *The Ranking of the International Law in the framework of "The Basic Law of the Macao S.A.R. of the People's Republic of China" And The introspection on the perplexities of fundamental rights*, in *idem*, at 593 and ff., in *idem*. Regarding Hong Kong, ALBERT CHEN/YAP PO JEN, in *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong cit.,* MICHAEL RAMSDEN/OLIVER JONES, *Hong Kong Basic Law – annotations and commentary cit.*, at 74 and ff, XIAO WEIYUN, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, Associação Promotora da Lei Básica de Macau, at 128 and ff, IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, ADLBM, 2005, at 91 and ff. .

bour conventions as applied to Macau shall remain in force and shall be implemented through the laws of the Macau Special Administrative Region.

The rights and freedoms enjoyed by Macau residents shall not be restricted unless as prescribed by law. Such restrictions shall not contravene the provisions of the first paragraph of this Article.».[73]

In Macau, the wordings «*and shall be implemented through the laws*» photocopied from the Hong Kong Basic Law – where dualism reigns - can give room to question if in Macau regarding this set of international treaties one would have also a dualistic system. As seen above it seems that it does not most especially by official reports, particularly the reports regarding Macau that China delivers to international entities competent on the appreciation of given human rights status of application;[74] however the way it is written could have been adapted to the monistic system of Macau. One believes that the continuity principle is a key argument to opt for and affirm the continuity of a monism system including in the field of human rights international treaties, after all these are treaties of a superior dignity as, by the end of the day, the Basic Law purports by allocating an independent article to these kind of treaties and by expressly instituting a special reinforced regime translated by the primacy[75] it gives to the provisions of the above said treaties.

A point on the monism-dualism *vexata quaestio* should be briefly made, particularly considering that Hong Kong firmly lies at the dualism side of the wall whereas the sister city of Macau apparently[76] manages to stay within the monist club members, in line

73 Article 40 of the Macau Basic Law similar to article 39 for the Hong Kong Basic Law.

74 The above mentioned Core Document of the PR of China, Macau SAR, see also the PRC regular reports regarding the implementation of the ICESCR or the implementation of the International Covenant on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, both available in Macau Law Journal, special issue, 2006 and 2007, respectively.

75 This primacy flows in crystal clear manner from article 40 of the Basic Law of Macau however it may be possible that, in relation to international labour conventions the primacy may be *forgotten* here and there. We do not have, however, time to further analyze this issue in this paper.

76 One say apparently giving some doubts that may arise from the wording of article 40 of the Basic Law – identical to the one in Hong Kong, thus adapted to a dualism system. On this issue see, for example, PATRÍCIA FERREIRA, *Algumas questões acerca da aplicação do direito internacional na Região Administrativa Especial de Macau,* cit., FILIPA DELGADO, *Direito Internacional Público*, cit., HUANG LIE, *The Relation Between International Human Rights Treaties and China's Domestic Law*, 2002; WANG XI´AN, *Certas questões relativas à aplicação de convenções internacionais nas Regiões Administrativas especiais de Hong Kong e Macau*, Administração, 65, 2004, at 831 and ff, HO HENG MAN, *International law and national law, some new thoughts about Macau Basic Law*, Cadernos de Ciência Jurídica, 10, 2009, at 83 and ff, LOK WAI KIN, *A Lei Básica e o problema da aplicação das convenções internacionais em Macau*, BFDM, 27, 2009, at 65 and ff.. One thing is however inescapable, the *Core Document of the PR of China, Macau SAR* points undoubtedly to the

with the continuity principle for both cases. Along with the need or no need of incorporation of treaty norms one other question arises: that of the hierarchy of the norms – international versus domestic – in case of conflict.[77]

As for Hong Kong, one can say that due to the dualism the impact of international law was not much before, however, by the early nineties and even more by the end of that same decade one can affirm a strong importance of international law on human rights;[78] we will return later to this issue.

In Macau one can simply say that accepting a monist system with primacy of international law over ordinary domestic norms[79] any norm of an international treaty establishing human rights – be it the Joint Declaration or the ICCPR or any other – can be directly invoked, applicable and made effective by the administration or the judiciary, as long as the norm at stake is of a self-executing nature, obviously.

At this point one should recall, for both SARs, the command established in article 5, 2 of the ICCPR[80] «*There shall be no restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser*

monism system.

77 Before proceeding, it is of note to recall the referred teachings of A CASSESE mentioned before.

78 «ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong cit.* state «*Given the "dualism" of English and Hong Kong law with regard to the relationship between international law and domestic law, the provisions of these human rights treaties are not directly enforceable by the courts of Hong Kong which can only enforce relevant legislation implementing the treaties if and when introduced by the legislature. From this perspective, international human rights law had little impact on Hong Kong's municipal legal system. This changed in 1991. During that year, in an attempt to restore confidence in Hong Kong's future which had been deeply shaken by the Tiananmen controversy of 4 June 1989, the Hong Kong Government passed the Hong Kong Bill of Rights Ordinance ("the Bill of Rights"), which basically reproduced, and thus incorporated into the domestic law of Hong Kong, the provisions of the ICCPR that had been applied by the UK to Hong Kong in 1976*.».

79 Recall what was mentioned on some doubts over the system in place nowadays. For example, HO HENG MAN, *International law and national law, some new thoughts about Macau Basic Law*, *cit.* proposes a *new* approach, basically a sort of separateness being international law special vis-à-vis domestic law and relying on *the lex specialis derogat legi generali* adoption. LOK WAI KIN, *A Lei Básica e o problema da aplicação das convenções internacionais em Macau cit.,* points to, basically, a similar ranking in which later *law* prevails over previous one. We do not adhere to these positions particularly the later one that, by the end of the day, is equivalent to simply trough over the board international law in a very easy and simple manner and is not convincing at all in its methods and reasonings. The former thesis points to a general satisfactory result but raises some methodological doubts.

80 Similar principle is established in the ICESCR, article 5, 2, as well as in other international treaties on human rights, such as the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women, article 23, or the Convention on the Rights of the Child, article 41 .

extent.». This norm consecrates the principle or clause of the *most favorable individual*, meaning that what is important is to maintain in force the norm that provides a better level of guarantee even if of a domestic origin.[81]

After what we just have finished write, as well as previous remarks made earlier on, one cannot but wonder if in the question of the relationship between domestic law and international law, especially in Human Rights international law[82] one should put the traditional standings in check and look for another paradigms. ARMIN VON BOGDANDY, after saying that this debate has been *uncritically canonized* affirms the need to rethink the old paradigm as it is no longer useful and presents new roads of dealing with the relationship of international and domestic law proposing an idea of juridical pluralism meaning a sort of interaction between juridical orders.[83] As one can see, the floor is open to debate and the fact is that dualism is not a necessary synonym of effective compliance and sedimentation of international law of human rights and inversely monism does not guarantee *per se* the opposite result. Macau and Hong Kong constitute, at this light, relevant case studies.

Moving on, another doubt to pose is to question if other relevant international treaties on human rights in force in the autonomous regions should benefit of this special regime, for instance, using Macau as an example, the Convention on the Rights of the Child, adopted at New York on 20 November 1989, the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted at New York on 10 December 1984 or the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination

81 See on this, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público cit.,* at 285 and 286, PAUL SIEGHART, *The International Protection of Human Rights*, 1990, at 109. For instance, ANTONIO CANÇADO TRINDADE, when referring to the monist and dualist theses about the relations between domestic law and international law point out that «*the supremacy is that of the most favorable norm to the victims, whether it is a norm of international law or domestic law. Both systems interact in favor of the protected beings*», *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95, at 36.

82 For instance, ANTONIO CANÇADO TRINDADE, when referring to the monist and dualist theses about the relations between domestic law and international law point out that «*the supremacy is that of the most favorable norm to the victims, whether it is a norm of international law or domestic law. Both systems interact in favor of the protected beings*», *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95, at 36.

83 *Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional*, in La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en américa latina?, T. II, A. von Bogdandy/ E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, (Coords), UNAM/IIJ, 2010, at 559 and ff..

Against Women, adopted at New York on 18 December 1979.[84]

The answer seems to be that the *other* international conventions on Human Rights can be and are applicable in Macau but they seem not be under the special protective umbrella of article 40 of the Basic Law (39 for Hong Kong).[85] One could take a different approach and regard the listing of the international covenants as being exemplificative as, in truth, is the listing related to the labour conventions in which the reference is made to a block of inominated treaties. Even if not to be considered under the said umbrella the fact remains that, at least, the ICCPR and the other international instruments form part of an enlarged block of constitutionality,[86] whereas the international treaties outside the harboring article 40 (39 for Hong Kong) are situated in a *mere* supralegal ranking.

A point to retain is that the ICCPR and the other international instruments are entrenched in the Basic Law and their rules impose themselves most particularly regarding restrictions of rights and, in this late situation, those norms are to be considered self-executing thus not making sense to distinguish between being in force and implementation, neither in Macau[87] neither in Hong Kong.[88]

It is possible to advance a pre conclusion: both autonomous regions are endowed with strong and diverse normative machinery – albeit not perfect[89] - to successfully permit a capable and generous judicial protection of fundamental rights in line and influenced by the international law instruments on human rights. If that is confirmed, how and to what extent is what we will try to convey in the next chapter.

84 See J. BACELAR GOUVEIA, *Fundamental rights in Macau*, in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P. CARDINAL/J. OLIVEIRA (eds.), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, *The Fundamental rights in Macau*, at 704 and ff.

85 See *idem*, and ANTÓNIO KATCHI, *As fontes do Direito em Macau*, FDUM, 2006, at 420 and ff..

86 Or, at least, they form a sort of a *reinforced* supralegal block. We will return later to this.

87 VITALINO CANAS; *The general regime of fundamental rights in the Basic Law and in the International Instruments*, in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P. CARDINAL/J. OLIVEIRA (eds.), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, at 668.

88 SIMON YOUNG, *Restricting Basic Law Rights in Hong Kong*, Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, at 109 and ff.

89 Recalling here some *lacunae* on the issue such as lack of a constitutional rule referring to the primacy of international law.

V

The Judiciary, the protection of fundamental rights and the Human Rights Treaties

«Article 4

The Macau Special Administrative Region shall safeguard the rights and freedoms of the residents of the Macau Special Administrative Region and of other persons in the Region in accordance with law.

Article 36

Macau residents shall have the right to resort to law and to have access to the courts, to lawyers' help for protection of their lawful rights and interests, and to judicial remedies.

Macau residents shall have the right to institute legal proceedings in the courts against the acts of the executive authorities and their personnel.», Macau Basic Law[90]

«*Among the state organs bound by the human rights treaties, the judges stand out for the transcendence of their performance, since, according to the nature of their functions, they are the ones who can accomplish the respect and effectiveness of the international treaties, constraining their activities according to the dispositions contained in the treaties, as well as punishing the transgressors of their dispositions*.», JORGE CARMONA TINOCO[91]

A) An introduction[92]

We have mentioned the rise of a modern principle in international law arena stat-

90 For Hong Kong, see article 4 and equivalent article 35, respectively.

91 *The judicial application of international human rights treaties*, Mexican Law Review, 7, 2007 at http://info8.juridicas.unam.mx/cont/mlawr/7/arc/arc2.htm#N*.

92 The following paragraphs follow closely what we have written in *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region*, Revista de Direito Público, 3, 2010, pp 211 and ff..

ing the *national responsibility to protect human rights*, principle that, focusing on the Special Administrative Regions of the PRC[93] one can beam it to these regional entities and thus affirm categorically a *regional responsibility to protect human rights*. Responsibility affirmed by the fact that several important human rights treaties do apply to the Regions, some of the most important ones are constitutionally entrenched – recall articles 39 and 40 of Hong Kong and Macau Basic Law respectively – reports are continuing to be presented to international monitoring bodies,[94] the issues on fundamental rights – at legislative, administrative and judicial level – rest upon the cities of autonomy and not in Beijing,[95] and the above-mentioned article 4 of both Basic Laws do clearly affirm so by proclaiming the safeguarding principle as a SARs responsibility.

One should provide in a glance a brief panorama of the fundamental rights system of the Regions. In order to obtain the identification and characterization of the fundamental rights systems of the SARs, especially in its constitutional realm, one should first place it in context, which is to say in the constitutional system itself — a system which the fundamental rights is part of and correlates with. The fundamental rights are not an isolated compartment inside the constitution;[96] on the contrary, they are part of the global constitutional order being connected to other constitutional areas, namely the *political* constitution and the *economical* constitution. The fundamental rights are one of the essential elements of the 'constituent decision'[97] of the new Macau and Hong Kong

93 Bearing in mind as seen *e.g*. the wide scope of autonomy enjoyed, the international law capacity, the distinctiveness of their own legal systems, the values that impregnate it.

94 Albeit formally presented by the PRC, the fact is that the reports are autonomous within the general report, regional delegations take the floor, etc.. Naturally, one can see here a sort of adjoining PRC responsibility on human rights in the regions in the face of the international community as a sort of representative not as a directly responsible entity for whatever good or bad results each Region may present.

95 With strict and rare exceptions such as in emergency states.

96 As GIANCARLO ROLLA asserts «*The recognition of the fundamental rights must be accompanied by the codification of instruments of institutional guarantee that can be of general or sectorial nature. The first ones are directed essentially to the own principles of the Constitutional 'Rechtsstaat', like the normative supremacy of the Constitution; the principle of legality; the reservation of law; the separation of powers; and the autonomy of the magistrature. In a more general fashion, it is possible to affirm an instrumental relationship between the structure of constitutional charters and the purpose of assuring the protection of the rights. In other words, the catalogue of rights and the principles on the organization of the powers do not constitute two different parts of the Constitution, but in fact are two connected profiles: one on the recognition of the rights, and the other on the predisposition of institutional and jurisdictional guarantees, which is oriented direct or indirectly to better assure the guarantee of the fundamental rights», Técnicas de garantia y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales – Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea,* http://www.costituzionale.unige.it/crdc/centre/centre_publications.htm, 2006, at 12.

97 Topics retrieved from GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA*, Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, at 306.

constitutions.

The local constitutions establish a wide catalogue of fundamental rights and several principles impregnated with a *westernalized* approach and thus contribute to one more ground of differentiation vis-à-vis the sovereign besides the usually more adulated group of economic differentiations.[98] The maintenance of capitalism was undoubtedly one of the driving forces of the new constitutional order of the SARs,[99] but so are the democratic principle (the question remains only as to its extent and scope[100] and not its existence) and the continuity of the fundamental rights *guarantistic* and pre-existent system in its general delineation, such as wide listing, enforcement, guarantees, its high value, no unconditional submission to the collective, and *local* rather than central methods and ideology of interpretation and application. One can easily read in article 11(1) of the Basic Law the preeminent values that, following the steps of the Joint Declaration, were the driving force in shaping Macau's and Hong Kong's constitution once the resumption of sovereignty was effected under the "One Country, Two Systems" principle. Returning to a now familiar expression, those comprise the contents of the constituent decision for the Basic Law of the Macau SAR.

We tentatively identify several principles that preordain the constitutional system as a whole and also the fundamental rights constitutional subsystem or component. Our aim is to present the principles that have or may potentially have a contributive role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system. In other words, an integrated group of principles that constitutes the protective web of the fundamental rights system, shaping it into a potential and formal *pro libertate* one, from the perspective of

98 Note, as JAMES CRAWFORD, that «*that autonomous economic system implies the rule of law […] together with an immediate guarantee of individual rights*», *Rights in One Country: Hong Kong and China, cit.,* at. 3.

99 For a critique see, GOMES CANOTILHO, *'[T]he basic idea of 'one country, two systems' does not have to be interpreted in a strictly functional sense. The autonomy of the Macau Special Administrative Region is not an organizational skeleton exclusively directed at the maintenance of a capitalist system. It is an organizational autonomy (regarding the horizontal distribution of power) structural-internal (regarding the division of power among the different levels of government) and structural-external (regarding the competence in external affairs) that allows for a legal and political support to the substantive constitution of Macau (and not just the capitalist system)', The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance, cit.,* at 749.

100 Referring to Hong Kong, ALBERT CHEN, says *'here it must be pointed out that the domestic political system of the HKSAR falls short of international standards of democracy'*, and '*I would characterize the present political system of Hong Kong as one with constitutionalism but only partial democracy'. The theory, constitution and practice of autonomy: the case of Hong Kong*, *cit.* at 765. JAMES CRAWFORD tells us of, at least, a responsive government and, in the long run, a democratic one, *Rights in One Country: Hong Kong and China cit*., at. 3.

the periphery or, if one prefers, from the standpoint of the subnational unit.

In general, that is to say, as to what relates to the constitutional system, one can bring in here: the principle of obedience to the Joint Declaration basic policies; the principle of a constitution; the principle of continuity; the (sub)principle of the second system within the "One Country, Two Systems" principle; the principle of autonomy; the principle of democratization; the principle of an own and distinct legal system; the principle of constitutionality; the principle of legality; the principle of separation of powers; and the principle of independent judiciary.

As to what concerns the fundamental rights constitutional subsystem:[101] the principle of safeguarding, the principle of self containment and of exclusivity; the principle of a charter of rights; the principle of continuity of fundamental rights; the principle of equality,[102] the principle of non discrimination;[103] the principle of safeguarding human dignity;[104] the principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular; the principle of reception of at least minimum international standards; the principle of self-executing constitutional norms; the principle of *local* philosophy interpretation and integrative methods; the principle of effective judicial protection; the principle of proportionality; the principle of overture to other rights in the Basic Law; the principle of overture to other rights outside the Basic Law; and the principle of extension to collective persons.[105]

101 On the history, continuity of fundamental rights and maintenance of its western, liberal, *pro homine* legacy of the fundamental rights system in Macau, PAULO CARDINAL, *Fundamental rights in Macau: From territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, in Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law, Jorge Godinho (editor), Lexisnexis, 2010, pp 1-37 .

102 For Macau see, *e.g.* Ac. TUI pr. 5/2010, Legislative Assembly, 1ª Comissão Permanente - Parecer Nº 2/IV/2010 and 3.ª Comissão Permanente - Parecer Nº 4/IV/2010. Regarding Hong Kong, for example, Secretary for Justice v Yau Yuk Lung. ([2007] 3 HKLRD 903 (Court of Final Appeal).

103 In the Basic Law of Hong Kong the principle of non discrimination is not textually established in contrast to what occurs in the Macau Basic Law. On the later see, for example, PEDRO P. SENA, *Identidade e diferença: Expressão juslaboral do princípio da igualdade na ordem jurídica de Macau*, Revista do Ministério Público, 123, 2010, at pp 141 and ff, especially 154 and ff, Legislative Assembly, 1.ª Comissão Permanente - Parecer Nº 1/IV/2012.

104 Note that the principle of human dignity is constitutionalized expressly only in Macau, and not in Hong Kong, *ex vi* article 30 of the Basic Law, inserted in the Fundamental Rights and Duties of the Residents chapter that states «*The human dignity of Macau residents shall be inviolable*». On this, see, for example, Legislative Assembly, 1.ª Comissão Permanente - Parecer Nº 1/IV/2012.

105 For further developments see PAULO CARDINAL, *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region cit.,* YASH GHAI, *Hong Kong's new constitutional order*, HK University Press, 1997, especially at 137 and ff. and at 371 and ff.

Article 4 of the Basic Laws solemnly states as seen that the Special Administrative Regions *shall* safeguard the rights and freedoms of the residents and of other persons in the Region. This normative principle is in line with provisions of the Joint Declaration as well as other norms of the Basic Law, such as article 11.[106] It definitely commands an *idea* of safeguarding the rights and freedoms, especially the fundamental ones, and thus not allowing for policies that will undoubtedly position itself as anti fundamental rights. The safeguarding of fundamental rights is a mandatory general principle of conduct. Its connection with the continuity principle is self-evident and together they form a structural rector principle (and philosophy) of respect of fundamental rights, which is in line with the legate transferred to the new juridical person – the SAR – in the new constitutional order.

This principle of safeguarding does not distinguish, nor should it, the origin of the fundamental rights or its christening. It extends its protective command to any fundamental right be it established in domestic law be it established in international law. Be it vested with the robes of fundamental rights, be it vested with the cosmopolitan robes of human rights.

In a general approach one can say that both SARs do enjoy a wide range of rights and freedoms, both in its juridical catalogue and in its dynamics of its practical implementation.[107] In general, the reports of international organizations and of NGOs are fairly positive.[108] The situation is not, however, perfect, for example while the freedom of religion is generally well observed in both Regions, other fundamental rights such as labour ones or freedom of demonstration seem to raise some criticism as to its status quo in Macau. The density of fulfilling varies from fundamental right to fundamental right, or

106 It is emblematic, and some substance must arise from it, that in Chapter I of the Basic Law on general principles, two of them expressly address the fundamental rights issues in general. CRISTINA FERREIRA, in *Em prol dos direitos fundamentais em Macau — a Provedoria de Justiça do CCAC e as demais instituições que promovem os direitos humanos*, Administração, 88, 2010, at pp 423 and 424, reads article 4 as a *lato sensu* safeguard by encompassing the responsibility of guarenteeing the effective enjoyment of the fundamental rights, e.g. by juridically establishing those rights, promoting them, and establishing judicial and quasi-judicial mechanisms of guarantee. IEONG WAN CHONG says that this circumstance means that the Basic Law wishes to underline the important status of the rights at stake in a democratic policy, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Macau, 2005, at 39.

107 Worth mentioning a propos the words of QUIRINO CAMERLENGO, «*si può constatare com oil grado di civiltà e di maturazione di un ordinamento giuridico si misuri alla luce della sua capacità di garantire a tutti I consociate la titolarità e l'effectivo godimento dei diritti fondamentali*», *Contributo ad una teoria del Diritto Costituzionale cosmopolitico*, *cit.*, at 1.

108 See on this, focusing in Macau, PAULO CARDINAL, *The judicial guarantees of fundamental rights, cit.*, at 252.

better saying, from given nature of fundamental rights to fundamental rights of different nature, from a court *sensitivity and friendliness* towards human rights to another court, even if located in the same judiciary system. It also varies from one Region to another. A specific and in-depth analysis is rather complex, demanding and, for sure, lengthy thus not allowing it to be done in this paper.

The Regions have, as seen, independent judicial power, including that of final adjudication. Their courts shall exercise judicial power independently. They shall be subordinated to nothing but law and shall not be subject to any interference.[109]

A significant number of relevant and emblematic human rights treaties, including the Joint Declarations that are (not only but) also H.R.s treaties,[110] are in force in both Regions and some of those treaties imply periodical reports to official international entities; and such as been scrupulously complied by the PRC. Some human rights treaties are entrenched in the Basic Laws and thus are endowed with a protective veil *vis-à-vis* the legislation, the administrative authorities, the judiciary. Other international treaties do have also, perhaps via different ways in Macau and in Hong Kong, preeminence in the legal system of Hong Kong and in the legal system of Macau. A legacy of good records and of *pro homine* values do exist and, at least to a certain extent, do continue to be present if not, here and there, to evolve in promising avenues. But one can also maybe find examples of some retrocession in specific cases in particular sensitive contexts. The road was built by the Joint Declarations endowing general directions, the Basic Laws paved the way, basically in the same directions, and then it is up to the *men of the autonomies* to drive in accordance with the *words of the autonomies*.

Human rights in Macau and in Hong Kong are not a static phenomena but rather a dynamic one and much of the result in the end of the day depends on that dynamic, how it happened, how it was implemented, how it responded to the challenges, how it

109 Article 83 of the Macau Basic Law roughly equivalent to article 85 of the Hong Kong Basic Law.

110 The Joint Declarations establish a group of basic policies that will shape the SARs for fifty years. The twelve commandments it consecrates are mandatory and cover several main features namely on fundamental rights The continuing validity and efficacy of the Joint Declaration is in fact assumed by the Basic Law itself as foreseen in Point 12: «*The above stated basic policies and the elaboration of them in Annex I to this Joint Declaration will be stipulated in a Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China by the National People's Congress of the People's Republic of China, and they will remain unchanged for 50 years*.» Thus, GOMES CANOTILHO sees the Joint Declaration as playing a role in guaranteeing, directing, stimulating and interpreting the Macau SAR Basic Law, *As palavras e os homens—reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, O Direito, 1994, at 7-8.

adapted to the new constitutional orders.

B) Macau[111]

A first point to note is that some rather relevant specific mechanisms of constitutional review and for safeguarding fundamental rights were abrogated upon the establishment of the Macau SAR.[112] However, one must bear in mind the principle of safeguarding of fundamental rights as well as the fact that the Basic Law ranks higher within the domestic legal system and international treaties do have preeminence namely the ones enthroned in article 40 of that constitutional text.

Recalling article 40 of the Macau Basic Law (39 of the Hong Kong one) one can borrow the following judicious words: «*Based on the above article, we come to the conclusion that: 1) We must have our legal system of the fundamental rights engaged with and conformed to international laws. 2) In the positive aspect, the contents of the fundamental rights should be at least as liberal as international standards and with no regressions. On the contrary, a richer and advantageous element is recommended to embody the principle of superiority adoption. 3) In the negative aspect, we have a restriction on not exceeding the limits of the international law when we want to restrain our fundamental rights. It is impossible to engage our fundamental rights with any conflicted ideas (of international laws) due to the observation of the principle of superiority adoption. 4) We should admit the principles of the fundamental rights (especially its protection) included in international laws as being an inseparable part of the legal system in Macau.5) Article 40 of "The Basic Law of the Macau S.A.R. of the PRC" is designed to bind not only the interpreters of the law, but also the legislators of the law, since the legislators are prohibited to construct any laws (in the aspect of fundamental rights) that contravene international laws. 6) We should take the outlined-norms of the international law as a reference and develop the norms into more detailed and applicable norms for our practice. The spirit of the international law should remain and be*

111 For an overview of Macau legal system, JORGE GODINHO, *Macau Business Law and Legal System*, LexisNexis, Hong Kong, 2007.

112 The constitutional review, in several modalities, and the *amparo for protection of fundamental rights*. One firmly believes that both mechanisms should be reinstated in the Macau SAR, even if with some adaptations.

respected during the transcription. Any regression is prohibited.».[113]

Regarding the use of international law, and for that matter of comparative law, as far as one can see, the citation of international treaties and of international judgments is not particularly extensive and not especially useful in terms of adding guarantees and providing densification to fundamental rights.

One point worth mentioning is the important contribution of the courts in Macau, namely the Court of Final Appeal (CFA), in the field of the consolidation of the principle of primacy of international law. The primacy of international law was enshrined in article 1(3) of the Civil Code as a general principle of law (not just of civil law) and essentially upheld by the CFA, although resorting to different reasoning's, as well as the Second Instance Court in various cases.[114]

In the field of fundamental rights, in which there are relatively few cases, the tentative conclusion is that the Court of Final Appeal usually opts for a moderate or *shy* approach, with little densification of the fundamental rights enshrined in the Basic Law and in international law.[115] The Court does not engage an in-depth, proactive and liberal stance, although it does not present itself as being *anti human rights* nor it resorts, as far as one can see, to the use of international courts decisions.

This *timid* approach also rested in the absence of specific mechanisms or in apparent loopholes in the legal regime.[116] An example of a rigid and detached approach, maybe even an insensitive one, is the case in which the family reunification right internationally established was dismissed, and the Court serenely advocated that if a parent wish to be reunited with its sibling so instead of bringing the child to Macau the parent — legal immigrant worker — could instead simply cease to work in Macau and move back to his Southeast Asia homeland.[117] Finally one more example would be the Ao Man Long case

113 FONG MAN CHONG, *The Ranking of the International Law in the framework of "The Basic Law of the Macao S.A.R. of the People's Republic of China" And The introspection on the perplexities of fundamental rights, cit.,* at 605 – 606.

114 See J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade.* paper presented at the Hong Kong's Court of Final Appeal: The Andrew Li Court 1997-2010 conference, Hong Kong, 2010.

115 When it does so, in some cases, is to reduce the scope of a right, such as in the right of appeal regarding criminal cases, in the Ao Mao Long case, a former member of the Government that was accused of several serious white collar crimes.

116 The following paragraphs follow closely J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade, cit.*.

117 Ac TUI, pr. 21/2007, regarding article 9 of the UN Convention on the Rights of the Child «*The Macau SAR does not impose the separation of the appellant from his son. This (the child) solely does not have the right to reside in Macau.*

and the dismissal of his right of appeal, also internationally guaranteed.[118]

In some cases, most notably in ***habeas corpus*** ones[119] and recently on the principle of equality[120] and on the politically sensitive freedom of demonstration,[121] the Macau CFA clearly assumed a guarantor role. In some other cases, for instance related to family rights as mentioned it gave the appearance of a grey distant shy court that does not give much room to recognize and emphasize certain fundamental rights, and when it quotes international law treaties, namely the mentioned Convention on the Rights of the Child or the ICCPR, usually opts for its dismissal in the application to the concrete case that is adjudicating.[122] In a somehow different trend one can find in decisions of the Second

The appellant can keep living with his son. It can simply stop working in Macau and return to his country of origin». This sort of icy consideration is to be avoided in such formal acts as a judicial decision of a supreme court and one fails to see the technical enlightment that may have been intended to bring. See also in the same line and the some sort of detached cold considerations, Ac TUI, 10 January 2007 pr. 39/2006, a case involving two children, including a handicapped one.

118 By the ICCPR, article 14(5), in force in Macau and not subjected to any reservation or *similar* act and constantly reaffirmed in formal *reports* of competent international institutions, see, for example, N. ALVAREZ MOLINERO, *Implementation of the Views of the UN Human Rights Committee in Spain: new challenges* unpublished, and documents in it referred.

119 Ac. TUI, pr. 12/2007, and Ac. TUI 2008, pr. 3/2008; in both cases «*Hong Kong permanent residents were detained upon arrival in Macau at the ferry terminal. The arrests related to crimes allegedly committed in mainland China, for which Interpol 'red notes' has been issued. The Court concluded that in the absence of specific agreements for cooperation in criminal matters between Macau and mainland China it was not possible to simply arrest the suspects and hand them without further ado to the mainland authorities*.», J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade, cit.*.

120 Ac. TUI pr.. 5/2010 went on to clarify the principle of equality and considered a given norm to be in breach of the Basic Law article. Recall, however, Ac TUI, pr. 39/2006, and Ac TUI, pr. 21/2007. In general regarding the principle of equality, for example, XIAO WEIYUN, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, Associação Promotora da Lei Básica de Macau, at 125 or PEDRO P. SENA, *Identidade e diferença: Expressão juslaboral do princípio da igualdade na ordem jurídica de Macau cit*., and *idem*, *Trabalhadores migrantes, direitos sociais e a Lei Básica de Macau: o direito à segurança social*, paper presented at the 3ª Conferência Internacional sobre "As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global" – Direitos Sociais, Universidade de Macau, December, 2010, see namely relevant references to *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination* and references to legislative formal opinions given by committees of the Legislative Assembly. See, Legislative Assembly, 1.ª Comissão Permanente - Parecer Nº 1/IV/2012 and the several Parecer of the Legislative Assembly permanent committees in it identified.

121 Ac. TUI 2/2011, Ac TUI 21/2010, Ac TUI 16/2010; however, Ac TUI 75/2010, the third one chronologically, seems – judging by the summary translation - to be purporting a different stance – more formalistic and less effective in protecting the fundamental right of demonstration and deferring to an outdated concept of administrative process. Besides outdated, the fact is that the processes on freedom of demonstration are of constitutional nature and note *mere* administrative ones.

122 For example, Ac. TUI, pr. 36/2007, or TUI Interim admissibility decision, 12 December 2007 «*It is a fact that in art. 14(5) ICCPR this exception is not expressly foreseen, which is probably due to the fact that the ICCPR is from 1966, while the said Protocol is much more recent, from 1984, and therefore more updated. But this does not mean that art. 14(5) should not be interpreted as we stated, that is, there is no breach of art 14(5) ICCPR when the court that tries the case in first instance is the CFA*», or regarding certain precepts of Universal Declaration on Human Rights and the ICESCR, Ac. TUI, proc. 58/2007, in which the precepts are acknowledge but are not implemented vis-à-vis the concrete situation.

Instance Court references and implementations of international norms and principles, including the Joint Declaration,[123] in cases such as the«tips» versus salary ones.[124] The truth seems to be that albeit this apparent recent change of attitude towards fundamental rights being a *friendlier* and active one, that does not (yet) seems to be able to overshadow the first decade of virtual indifference that was patent in so many cases during the first ten years of office.

One issue of particular interest that was much discussed was that of the right of appeal. Should the accused, being tried directly in the top court, not have a right of appeal?[125] The matter was addressed in an interim admissibility decision (which considered an appeal that had been lodged regarding issues of evidence), by the judge in charge of writing the court's opinion on the case. The judge held, in conclusion, that there was no right of appeal regarding the evidence issues raised; that there would be no right of appeal of the final decision; and, furthermore, that the laws could not be changed in order to create a right of appeal while the case was pending. It namely stated that "*It is not possible to lodge an appeal from the decisions issued by the CFA as a result of an obvious principle of procedure law, according to which it is not possible to appeal the decisions of the supreme body of a judicial organization, given that there is nowhere to appeal to. (…) Therefore, the CFA has the final word in the cases submitted to it, and its decisions closes the case*" and, "*Anyway, we can add straight away that even if the decision of the CFA was a decision considering the accused guilty of having committed a crime, it would also not be possible to appeal*".

On the interpretation of the ICCPR, the Judge in charge «*drew attention to the parallel case of the European Convention on Human Rights (ECvHR) and, on this basis, stated that it is possible to have exceptions to the rule foreseen in art. 14(5) ICCPR. The ECvHR, Protocol 7*,[126] *art. 2, was cited as an instance of the general principle according*

123 For example Ac. TSI 1153-A, in which is said that article 98 of the Basic Law (dealing with *analogous* fundamental rights of public servants) owns obedience to what the Joint Declaration establishes in Point VI of Annex I.

124 See, for example, Ac. TSI, proc. 357/2006, Ac. TSI, proc. 360/2007, among many others concerned with labour rights.

125 Under the ICCPR, art. 14(5), '*Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law'*. The ICCPR guarantees a right to judicial review by a court of appeal in relation to the decisions that affirms guilt and impose the penalty.

126 It should be underlined that this Protocol was never in force in Macau.

to which there can be no appeal from a supreme court».[127] He went on to conclude: "*It is a fact that in art. 14(5) ICCPR this exception is not expressly foreseen, which is probably due to the fact that the ICCPR is from 1966, while the said Protocol is much more recent, from 1984, and therefore more updated. But this does not mean that art. 14(5) should not be interpreted as we stated, that is, there is no breach of art 14(5) ICCPR when the court that tries the case in first instance is the CFA*".[128]

This interpretation missed a key point: in order to have an exception to art. 14(5) in the domestic legal order, it would have been necessary to formulate a reservation to the ICCPR. Macau, China, could have formulated a reservation, but chose not to do so. Various States have done it. Therefore, article 14(5) ICCPR is in force without limitations in the Macau SAR but was not upheld.[129]

In short, one can say that the due relevance of international law instruments should be promoted, as well as of the Basic Law. However, in this issue, there is a deficit that can be seen not only in the courts but also in other actors of Justice. Human Rights treaties seem to yet find the respectable and preeminence place that they are envisage to, namely in the judicial decisions. The Macau CFA in particular seems to not have been able to be viewed as a significant beacon in areas like the fundamental rights much in contrast to the Hong Kong CFA, nor has been able to abundantly make good use of relevant human rights treaties in force in Macau – as well as international case law - and much less of other treaties, such as the European Convention of Human Rights, that albeit not being in force in Macau, do command general and wide accepted respect and reference value.

C) Hong Kong[130]

Turning our attention to the autonomous region of Hong Kong one can, in a forward manner, advance that, in the issue at stake, the panorama contains relevant points of differentiation *vis-à-vis* Macau, namely in the wide, and friendlier, use of human rights

127 J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade, cit.*.

128 *Idem*.

129 For further developments, see, J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade, cit.*.

130 For an overview of Hong Kong legal system, YASH GHAI, *Hong Kong's new constitutional order, cit.*.

treaties and of international decisions, namely judicial ones.[131] And this is true, and perhaps even more remarkable from a certain stand, given the fact that Hong Kong follows a dualistic system in what regards the relations of domestic law with international law.[132]

One point to underline is that regarding the fundamental rights/human rights[133] legal general[134] paraphernalia, Hong Kong and Macau share most of the general framework, though with some differences. In fact, they both have a «*charter*» of fundamental rights inserted in its constitution *lato sensu*,[135] although not entirely one mirroring the other,[136] they both have a menu of fundamental rights guaranteed in their Joint Declarations, again without being a photocopy of one another, they both have the ICCPR and ICESCR applicable and entrenched, once again with some dissimilitude, namely regarding reservations or *functionally s*imilar mechanisms.[137]

In this tale of the two sister cities, the main difference between them in terms of general legal instruments, is the existence, in a rather common law fashion, of a Bill of Rights in Hong Kong, something that does not exist in Macau.[138] The Hong Kong Bill of

131 As well as reports, general comments and concluding observations of international bodies.

132 JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review: The first decade*, in Hong Kong Law Journal, 37, 2007, at 411, says notwithstanding the situation of unincorporated treaties – *ex vi* namely the dualism approach, an unincorporated treaty may still influence domestic legal development.

133 In this specifically moment we are not caring about properly differentiating the two concepts. One is aware of various possible distinctions between human rights and fundamental rights but for the current purpose we use both expressions as synonyms and as interchangeably unless otherwise stated. Anyway, some are already questioning the distinction today, based namely on the growing fact that legal systems are plural having to coexist domestic and international orders in a given jurisdiction, and pointing out possible negative effects of it, see, for example, *Derechos fundamentals - derechos humanos.* Una distinción válida en el siglo XXI?, G. AGUILAR CAVALLO, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 127, 2010, at pp 15 and ff.

134 Hence, disregarding here legislation focusing solely on a given fundamental right.

135 The Basic Laws, as seen before.

136 For a summary of differences between the two Basic Laws concerning fundamental rights see, for example, SIMON YOUNG, *Fundamental rights and the Basic Laws of the Hong Kong and Macau Special Administrative Regions*, in One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P. CARDINAL/J. OLIVEIRA (eds), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, at 681 and ff., especially 686 and ff., PAULO CARDINAL, *The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region, cit.,* pp 260 and ff.

137 In the case of Macau, by the time of the extension to the territory by Portugal of the ICCPR and the ICESCR, it was considered that it was no longer possible to introduce reservations – derived from the negotiations with China – hence a euphemism was used instead.

138 JORGE MIRANDA suggested, in 1989, the enactment of a bill of rights, autonomous or inserted in the previous constitutional act of Macau, long before the transfer of sovereignty. See this reference and confirmation of it in *Manual de Direito Constitucional*, IV, 1993, at 191.

Rights – modeled on the ICCPR, yet not exactly overlapping it[139] - is considered to have been the instrument that, in this dualistic system, incorporated the ICCPR into Hong Kong law[140] and was the subject of great debates and dilemmas but it is still there, in a preeminent position and being used and useful.[141] Nevertheless the dilemmas or the overlapping, it is now a common trait and accepted dogma the highlight of the relevance of the Bill of Rights in its role of promoting and guaranteeing fundamental rights in Hong Kong, being used and taken in due account by the judiciary, government lawyers in drafting bills for the legislature,[142] lawyers, etc.[143]

One can illustrate better the referred *status quo* by borrowing words from an Hong Kong renowned specialist «*The case of Hong Kong, a former British colony which since 1997 has become a Special Administrative Region of the People's Republic of China, provides an interesting case study of the interaction of international human rights law and domestic constitutional law and the internationalisation of constitutional law. Hong Kong has, since 1991, introduced constitutional and legislative arrangements to enable the human rights norms in International Covenant on Civil and Political Rights to have constitutional force in Hong Kong, to be justiciable before the Hong Kong courts and to be used as yardsticks for constitutional judicial review of legislative and governmental actions. This system has continued to operate effectively after the handover in 1997 under the new constitutional regime established by the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region enacted by the PRC.*».[144] Those are authoritative words that do reflect the *de jus* and the *de facto* situation in the Hong Kong SAR

139 See YASH GHAI, *Hong Kong's new constitutional order cit*., pp 391 and 392.

140 See, for example, MICHAEL RAMSDEN/OLIVER JONES, *Hong Kong Basic Law – annotations and commentary* cit, at 74, ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong ci,t* JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review: The first decade cit.*. considers that the incorporation of the ICCPR by the Bill of Rights and its constitutional entrenchment ex vi article 39 «*provided a convenient nexus for domestic reception of international and comparative jurisprudence*», at 410.

141 For all, see the history and problematic in YASH GHAI, *Hong Kong's new constitutional order, cit*., pp 389 and ff.

142 ANDREW BYRNES, pointed out that the scrutiny of bills to check their compatibility with the Bill of Rights has become an established part of the work of members and bills committees of the Legislative Council in Hong Kong, in *And Some Have Bills of Rights Thrust Upon Them: The Experience of Hong Kong's Bill of Rights*, in Promoting Human Rights Through Bills Of Rights: Comparative Perspectives, PHILIP ALSTON ed., 2000, *apud* ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong, cit.*.

143 See for further, ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong, cit.*.

144 ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong, cit.*.

of China in these core issues.

As the same author points out, since the early nineties, the courts of Hong Kong have exercised the power of judicial review of legislation striking down any existing law[145] which was considered to fail to meet the human rights norms embodied in the ICCPR and developed a solid body of case law on the protection of human rights and, furthermore, since the Court of Final Appeal decision in Ng Kung Siu,[146] the courts of the HKSAR have decided a significant number of cases in which international human rights norms were applied.[147]

It was stated that Hong Kong judges «*consistently treat the ICCPR as a link between the Basic Law and international standards and often embrace recent developments. Thus, the incorporation of the ICCPR in Article 39*[148] *(which can be traced back to the language of the Joint Declaration) has arguably become the single most powerful element in the Basic Law's framework for the protection of human rights, firmly connecting Hong Kong to some of the most advanced jurisdictions in the field, even though the Basic Law contains many other provisions protecting human rights, which are far more detailed than Article 39*».[149]

This above-mentioned reasoning highlights accurately the role and relevance that, in our view, should rest upon articles 39 and 40, of the Hong Kong and Macau Basic Law respectively, and the use of it that legislators, executive powers and judges – as well as any interpreter in general - should dynamically give to those norms of constitutional entrenchment[150] of core human rights international instruments..

145 Note that in Macau this power to strike down legislation is not acknowledge by the CFA itself, see PAULO CARDINAL, *Região de Direito - Alguns Tópicos Sobre Fiscalização da Constitucionalidade e Jurisdição da Liberdade num Direito (Também) em Língua Portuguesa*, in I Congresso do Direito de Língua Portuguesa, J. BACELAR GOUVEIA (coord), Almedina, 2010, at 273 and 278, J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade cit.*.

146 For a brief summary check http://www.doj.gov.hk/eng/public/basiclaw/basic3-5.pdf.

147 ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong, cit.*.

148 One should remind that it corresponds to article 40 of the Macau Basic Law.

149 CAROLE J. PETERSEN, *Embracing Universal Standards? The Role of International Human Rights Treaties in Hong Kong's Constitutional Jurisprudence*, in Interpreting Hong Kong's Basic Law: The Struggle For Coherence, Fu/Harris/Young/ (eds.), Palgrave Macmillan, 2007, at 33 and 34.

150 Expressly referring to the idea of «constitutional entrenchment» see MICHAEL RAMSDEN/OLIVER JONES, *Hong Kong Basic Law – annotations and commentary* cit, at 74. These authors further assert that «*Article 39 provides constitutional entrenchment of the* (… identification of the various international instruments follow …) *into the Basic Law, enabling the court to review the validity of legislation against such fundamental rights.*», at *Idem*. And, on the

According to ALBERT CHEN,[151] a review of relevant cases from 1991 to mid 2009,[152] presents the following panorama:

- Cases citing the ICCPR - 255
- Cases citing documents of the UN Human Rights Committee under the ICCPR - 46
- Cases citing the Universal Declaration of Human Rights - 13
- Cases citing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - 41
- Cases citing the European Convention on Human Rights – 150.[153]

Hence, it can be said that the use of international norms in general and of «*The case law on the European Convention on Human Rights (ECHR) has proved to be the single most important source of reference for the Hong Kong courts in construing and applying the ICCPR*»,[154] even though, as known, the ECHR is not part of the *law of the land*.

Apart from the jurisprudence of the ECHR, Hong Kong courts have also sometimes referred to and relied on a wide range of other international decisions namely from the Inter-American Court of Human Rights, the Human Rights Committee, the International Court of Justice in deciding human rights cases, as well as referring to the general com-

other hand, «*Government lawyers appearing before the HKSAR courts have never argued against giving constitutional force to the Hong Kong Bill of Rights and the ICCPR or active use of international human rights jurisprudence and materials.*», ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong, cit.*.

151 *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong, cit.,* He also adds 61 cases citing the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

152 Regarding the Hong Kong CFA alone (1997 -2010), ALBERT CHEN/YAP PO JEN present the following numbers, among others: cases citing the ICCPR, 33, cases citing documents of the UN Human Rights Committee under the ICCPR, 6, cases citing the Universal Declaration of Human Rights, 1, cases citing the European Convention on Human Rights, 26, in *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong, cit.*.

153 Further analysis can be found in ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong cit,* XING FEI /SIMON YOUNG, *International Law in Domestic Courts,* unpublished, (the author is grateful to Simon Young for making available to him the mentioned manuscript), MICHAEL RAMSDEN/OLIVER JONES, *Hong Kong Basic Law – annotations and commentary, cit.*, at 77 and ff..

154 ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong cit,* also, ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong, cit.*.

ments and concluding observations of treaty-monitoring bodies. Indeed also resorting to the periodic reports submitted by the Hong Kong Government to the treaty-monitoring bodies, and even "soft law"[155] such as the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the ICCPR. And, to some perhaps even more remarkably, «*Indeed, compared to the record of the Hong Kong courts before 1997, Hong Kong courts in the post-1997 era have been even more open, active and receptive than before in the use of international and comparative materials in the domain of human rights law*.».[156]

One must nevertheless point out that being true that the Hong Kong «*CFA has had the opportunity to consider a wide array of civil, political and legal rights, most rights have only been considered once by the Court and usually without extensive analysis. A developed body of jurisprudence has emerged for only a handful of rights, including the right of abode, presumption of innocence, legal certainty and arbitrary imprisonment, freedom to travel, and the freedom of expression and assembly*.».[157]

In short, one can immediately sense and later prove the immense importance that is given in Hong Kong to the protection of Human Rights as well as the openness that exists towards international human rights law,[158] even if not in force in the Region, as occurs with the ECHR. Perfection is not stationed in Hong Kong nor did we try to convey so, either directly, either by, on purpose, resorting abundantly to the authorized words of others, namely *HongKongers*.

155 We are following closely JOHANNES CHAN, *Basic Law and constitutional review: The first decade cit.* and ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong, cit.*.

156 ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong, cit.*.

157 SIMON YOUNG, *Developing Constitutional Rights Jurisprudence in the Hong Kong Court of Final Appeal*, paper delivered at the Second Conference on Law and Citizenship, 2008, Legislative Assembly of Macau.

158 As stated already, «*If article 39 of the Basic Law of the HKSAR had not been drafted in the language in which it now appears (which is partly based on the Sino-British Joint Declaration of 1984 on the return of Hong Kong to the PRC in 1997) and had not referred to the ICCPR in the way it now does, the courts of the HKSAR would most probably not be able to assert the overriding status of international human rights norms and give them constitutional force, particularly in view of the NPC Standing Committee's non-adoption at the time of the 1997 handover of certain crucial provisions of the Hong Kong Bill of Rights Ordinance. If the courts of the HKSAR had not adopted a liberal approach to the interpretation of the Basic Law in general and article 39 in particular, or had not been so receptive to international and comparative jurisprudence, the degree of internationalisation of Hong Kong's constitutional law would have been considerably less significant than the current state today. Credit should also be given to the general infrastructure of Hong Kong's legal system, the legal community in Hong Kong and its civil society*.», ALBERT CHEN/YAP PO JEN, *The Global/Local convergence: Internationalization of Human Rights Law in Hong Kong, cit.*.

Hong Kong may not be the wonderland of the Globe in what respects Human Rights, but much has been done, much credit to the cause and implementation of Human Rights can be seen in the Hong Kong SAR, particularly, but not only, in CFA decisions.

Macau and Hong Kong can be described as places where the rule of law survives and with more or less difficulties, more or less density, presents itself as one of the structural principles of both Regions and generally observed, even if with different enthusiasm, or even if with different depth, even if with different maturity, but still much in contrast to many examples in the surrounding geopolitical context.

VI
Brief concluding remarks

It is time to end this complex and sensitive navigation on the noble waters of Human Rights, namely its protection, namely judicial one, namely by resorting to international treaties, thus breaking the boundaries of domestic law, thus *up linking* the issue of fundamental/human rights safeguarding to a protective web of multiple legal orders, multiple legal instruments, and multiple focus of sedimentation and evolution of these rights that are human, that are, in one single yet powerful word, fundamental.

We will end this *duet journey* it as we start it, by borrowing words. And, in it, by trying to encapsulate the differences, rather than the similarities, posed by the two sisters in autonomy: the Special Administrative Region of Macau and the Special Administrative Region of Hong Kong. Or, if one prefers, one can bear in mind the title of this paper and resort to the *Dickension* intense theme of duality purported in *A Tale of two cities*, in order to convey precisely the duality posed by the twin SARs in regard to the subject matter of our paper especially concerning the (different) role and influence of international law in the protection of fundamental rights.

And in it envisaging a sort of challenging for Macau, at least, try to keep the pace with Hong Kong regarding the use and effective implementation of human rights.

«We are not aware of references to the European Court of Human Rights or to the European Court of Justice; such would be normal in discussions arising out of the interpretation of the International Covenant on Civil and Political rights (ICCPR), which is applicable in Macau.»; *«The due relevance of international law instruments should also be promoted as well as of the Basic Law. However, in this issue, there is a deficit that can be seen not only in the CFA but also in other actors of Justice such as the lawyers' community in particular and of jurists in general»*.[159]

«Standards that are "international" are almost invariably perceived as good by the people of Hong Kong who take pride in Hong Kong being an international and cosmopolitan city. "Internationalisation" is at once a good in itself and a good means to enable Hong Kong to resist "mainlandization".Hence the internationalisation of constitutional law in Hong Kong may be interpreted as a vehicle of Hong Kong's search for its own identity in the context of "one country, two systems". As the Chief Justice of Hong Kong has said in Ng Ka Ling v Director of Immigration – probably the most famous constitutional law case in the history of the HKSAR so far, the freedoms guaranteed by the Basic Law "lie at the heart of Hong Kong's separate system".[160] *Thus if Hong Kong is still the Pearl of the Orient, it is such freedoms that continue to make it bright and beautiful, freedoms that have been and will be protected by an internationalised constitutional law of human rights.».*[161]

159 J. GODINHO/P. CARDINAL, *The Macau Court of Final Appeal - The first decade*, paper presented at the Hong Kong's Court of Final Appeal: The Andrew Li Court 1997-2010 conference, Hong Kong, 2010.

160 Ng v. Dir. of Immigration, [1999] 1 H.K.L.R.D. 315 (C.F.A.), at 326.

161 ALBERT CHEN, *International Human rights law and constitutional law: internationalization of constitutional law in Hong Kong, cit.*.

BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO

E A TUTELA JUDICIAL ESPECIAL DE UM *AMPARO* INOMINADO EM MACAU

BREVES NOTAS SOBRE OS DIREITOS DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO E A TUTELA JUDICIAL ESPECIAL DE UM *AMPARO* INOMINADO EM MACAU [#]/[*]

I

Introdução

O direito de reunião e o direito de manifestação[1] constituem-se ambos[2] como di-

[*] Texto originalmente publicado em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Vol. III, Coords. Paulo Otero/Fausto de Quadros/Marcelo Rebelo de Sousa, Coimbra Editora, 2012.

[#] O presente trabalho, de cariz introdutório, é dedicado à Ilustre e inescapável figura do direito constitucional da democracia portuguesa, o Professor Doutor Jorge Miranda, de quem tivemos o privilégio de ser aluno em diversas cadeiras de licenciatura, Ciência Política, Direito Constitucional I, Direito Constitucional II e Direitos Fundamentais, tendo o seu ensino e postura contribuído decisivamente para cultivarmos o gosto e interesse pelo Direito Constitucional. Esse privilégio prolongou-se ao longo de todos estes anos em que mantivemos sempre amistosos e frutuosos contactos e encontramos sempre em Jorge Miranda palavras e acções de apoio e incentivo às nossas pesquisas e vias de enriquecimento académico.

1 Os direitos fundamentais de reunião e manifestação estão reconhecidos e garantidos em Macau desde 1974, mais precisamente desde Setembro desse ano, porquanto, aprovado o Decreto-Lei nº 406/74, de 29 de Agosto, foi este estendido a Macau através da Portaria nº 584/74, de 11 de Setembro, e publicado, com alterações, no Boletim Oficial do Território no número 39, de 28 de Setembro de 1974.

2 Afigura-se que, quer quanto ao texto constitucional vigente (Lei Básica), quer quanto ao tecido normativo constitucional previamente vigente (Constituição Portuguesa), se podem e devem considerar estes direitos como distintos e autónomos entre si sem prejuízo da sua relação deveras próxima, inclusivamente nas formulações legais e merecendo da doutrina respostas não unívocas. Cfr. o *Parecer nº 1/93* da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, assunto: Proposta de lei reguladora do exercício dos direitos de reunião e manifestação., onde se afirma que a proposta de lei «*regula as condições de exercício dos direitos de reunião e manifestação*», para além de várias outras referências no plural., in Colectânea de Leis Regulamentadoras de Direitos Fundamentais, Vol. I, Assembleia Legislativa de Macau. Considerando-os direitos distintos, por exemplo, GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, páginas 636 e seguintes, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no direito português*, Almedina, 2006, página 9. Considerando o direito de manifestação «*um caso particular do direito de reunião, imbricado com outros direitos fundamentais*», JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, 1993, página 427, *Idem Anotação ao artigo 45º in* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2005, página 464, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Direito de Reunião e de Manifestação*, Quid Juris, 2009, págs. 18 e seguintes. Sublinhando, à luz do ordenamento espanhol, «*es preciso destacar que el derecho de reunión y manifestación es un unico derecho, no dos*.», LUIS DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, 2005, página 375.

reitos fundamentais com guarida constitucional em Macau, *ex vi* do artigo 27.º da Lei Básica[3], e acham-se internacionalmente garantidos, desde logo[4], pela Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau[5]. Ou seja, são direitos de máximo escalão que beneficiam, ou assim deve suceder, de estatuto e tutela especialmente reforçados. Estes direitos mantêm, de resto, esse estatuto face à situação político-jurídica vigente anterior a 20 de Dezembro de 1999.

Para além da sua consagração constitucional e jus-internacional a sua disciplina jurídica acha-se fundamentalmente vertida na Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio[6].

3 O qual estabelece: «*Os residentes de Macau* ***gozam da liberdade*** *de expressão, de imprensa, de edição, de associação,* ***de reunião, de desfile e de manifestação****, bem como do direito e liberdade de organizar e participar em associações sindicais e em greves*.», destacados nossos. Saliente-se, ademais, a inclusão da «variante» «desfile» interpolada entre «reunião» e «manifestação». Adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e promulgada pelo Decreto nº 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999 e publicada no Boletim Oficial de Macau, 1ª série, a 20 de Dezembro de 1999.

4 Como também beneficiam da guarida do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), instrumento internacional especialmente recebido na ordem constitucional da RAEM por virtude do mecanismo do artigo 40º da Lei Básica. Veja-se artigo 21º do PIDCP sobre o direito de reunião pacífica.

5 Assinada por ambas as partes soberanas contratantes em Pequim, a 13 de Abril de 1987. Foi, em Portugal, aprovada para ratificação pela Resolução nº 25/87 da Assembleia da República, ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 38-A/87 e posteriormente publicada no Boletim Oficial de Macau, 23, 3º Suplemento, de 7 de Junho de 1988. Foi depositada por ambas partes nas Nações Unidas.

6 Esclareça-se que, à imagem do que sucede em muitos outros ordenamentos jurídicos, por exemplo o português, existem *conjuntos normativos específicos* sobre determinadas reuniões e manifestações qualificadas, como no âmbito da liberdade religiosa e das liberdades eleitorais. Assim, *v.g.,* Lei nº 5/98/M, de 3 de Agosto, Liberdade de Religião e de Culto, artigo 9º, *«(Direito de reunião e de manifestação), 1. As pessoas podem reunir-se para a prática comunitária do culto ou para outros fins específicos da vida religiosa. 2. Não dependem de autorização prévia as reuniões mencionadas no número anterior e as manifestações da mesma natureza. 3. Não dependem de aviso prévio as reuniões mencionadas no nº 1 deste artigo que se realizem dentro de templos ou lugares afectos ao culto, bem como a celebração dos ritos próprios dos actos fúnebres dentro dos cemitérios ou outros locais a esse fim destinados. 4. Nas restantes reuniões ou manifestações, designadamente as que utilizem locais públicos, aplicam-se, com as necessárias adaptações, as regras gerais sobre reuniões e manifestações.»,* Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, aprovada pela Lei nº 3/2004, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12/2008, artigo 78º, «*Liberdade de reunião e manifestação, 1. No período de campanha eleitoral e para fins eleitorais, a liberdade de reunião rege-se pelo disposto na lei geral, com as especialidades constantes dos números seguintes. 2. O aviso para reuniões, comícios, manifestações ou desfiles, em lugares públicos ou abertos ao público é feito pelos candidatos ou mandatários. 3. Os cortejos e os desfiles podem realizar-se em qualquer dia e hora, respeitando-se apenas os limites impostos pela liberdade de trabalho e de trânsito e pela manutenção da ordem pública, bem como os decorrentes do período de descanso dos cidadãos. 4. A ordem de alteração dos trajectos ou desfiles é dada pela autoridade competente, por escrito, aos candidatos ou mandatários, e comunicada à CAEAL. (…) 8. O recurso das decisões das autoridades que não permitam ou restrinjam a realização de reunião ou manifestação, é interposto, no prazo de dois dias, para o TUI*.». Refira-se ainda o artigo 32º do Decreto-Lei nº 66/94/M, de 30 de Dezembro, que aprova o Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, epigrafado «Restrição ao exercício de direitos», onde se estabelece, nomeadamente, que é vedado ao militarizado convocar reuniões ou manifestações de carácter político ou sindical ou nelas participar, excepto, neste caso e tratando-se de acto público, se se limitar a assistir, trajando civilmente, sem integrar a mesa nem usar da palavra ou exibir qualquer tipo de mensagem.

A referida regulamentação legal cumpre bem a natureza de direito fundamental em causa, pese embora algumas interpretações e *aplicações administrativas* das suas normas porventura menos adequadas que aqui e ali se podem surpreender[7]. O seu modelo, de acordo aliás com o princípio da continuidade e com o princípio «um país, dois sistemas», assenta em legislação de cariz garantístico, nomeadamente o quadro normativo português. Refira-se, aliás, que a exemplo do que acontece com outra legislação local de direitos fundamentais como a liberdade de religião[8], a lei de Macau que dista já de 1993 é considerada por alguns autores como mais adequada e mais bem conseguida do que a lei portuguesa vigente em diversos aspectos[9] tendo posteriormente passado o crivo da Lei de Reunificação[10].

Uma das características da legislação local sobre a matéria é o da sua especial e urgente tutela judicial dotada de poderes de plena jurisdição dado, nomeadamente, a natureza estrutural e finalística dos direitos em causa. Aliás, o mesmo sucede, por exemplo, em Espanha e, ao menos em alguma medida, em Portugal[11]. Na verdade, se assim não fosse, raramente se conseguiria em tempo útil a efectiva e eficaz tutela do direito quando este estivesse posto em causa – por exemplo proibições ilícitas de realização de manifestações em determinadas datas emblemáticas, *v.g.* 1.º de Maio.

Com efeito, se não houvesse um procedimento especial e preste devidamente

7 Segundo relatos encontrados em órgãos de comunicação social que aqui se dispensam de reproduzir mas que, por vezes, tocam o inexplicável.

8 Ver, por exemplo, PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade religiosa e o Estado*, Almedina, 2002, páginas, 389 e seguintes, aí se podendo ler, por exemplo, «*A lei em causa é assim, de algum modo, um importante testemunho, pro libertate, da presença portuguesa em Macau*.» entre referências específicas a «*mais valias*» face à lei portuguesa então vigente em Portugal.

9 EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação cit.,* por exemplo a páginas 209 e 211.

10 Lei nº 1/1999, de 20 de Dezembro.

11 Veja-se, nomeadamente quanto a uma aplicação de mecanismos de jurisdição administrativa, SÉRVULO CORREIA, *O direito de manifestação*, Almedina, 2006, páginas 105 e seguintes, ANABELA DA COSTA LEÃO*, A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias sob o signo da urgência*, in João Caupers,/Jorge Bacelar Gouveia, Estudos de Direito Público, Âncora, 2006, página 410. Recorde-se que na legislação ordinária, originalmente, a tutela judicial era confiada a tribunais comuns por forma a «*ser de máximo alcance*», como afirma J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 10.ª ed., Almedina, pág. 114, mas, com o artigo 4º, nº 1, alínea a) do ETAF, a tutela de direitos fundamentais afectados em sede de relações administrativas passou a caber à jurisdição administrativa achando-se derrogada a norma do DL nº 406/74, de 29 de Agosto que cometia tal competência à jurisdição ordinária. Assim, por exemplo, para além dos autores acima citados, MÁRIO ESTEVES OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES OLIVEIRA*, Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Vol. I, Almedina, 2006, pág. 35. Ocorrerá afirmar, no entanto, que a «reversão» de competência para a jurisdição administrativa não deverá inculcar um menor patamar de garantia daqueles direitos fundamentais. Não poderá, pois, haver retrocesso de garantias, não poderá haver, pois, lugar a uma concretização de um «mero» contencioso de anulação.

consagrado, seria demasiadamente fácil conseguir imposições restritivas ilegítimas e desproporcionadas por mero recurso ao expediente de *jogar* com a demora natural dos *normais* processos judiciais – em Macau ou em qualquer outra latitude judiciária.

Na verdade, como bem salienta LUIS DIEZ-PICAZO[12], «*Normalmente las reuniones y manifestaciones en lugar de tránsito público sólo tienen sentido en un momento y en un sitio determinados, por lo que es importante poder resolver las eventuales diferencias con la autoridad gubernativa en tiempo hábil. De aquí que el derecho de reunión y manifestación posea un procedimiento específico de protección judicial, caracterizado por su rapidez y su cognición limitada.*». Ou, como outros autores bem afirmam[13], «*De otro modo, las prerrogativas administrativas, y la lentitud de la Administración de Justicia, se aunarían para dejar en la prática sin efecto la tajante disposición consttucional que establece que el ejercicio de estos derechos ´no necessitará autorización previa´*»[14].

Precisamente por isso, também a lei de Macau prevê o amparo de um especial processo de tutela, o qual se caracteriza como sendo um mecanismo célere e vocacionado para a defesa em tempo útil destes direitos fundamentais políticos.

II
Memória legislativa

Por comodidade de referência vale a pena proceder aqui à reprodução do original texto normativo em apreço:

12 *Sistema de derechos fundamentales cit.,* página 377.

13 PABLO PÉREZ TREMPS/MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España*, in In La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España, Emilio Pajares Montolío (coord), Tirant lo Blanch, 2005, página 39.

14 No caso de Macau, assim o estabelece o nº 1 do artigo 1º da referida Lei nº 2/93/M, estatuindo o direito de se reunir «*sem necessidade de qualquer autorização.*», regime que se deve entender como abarcando de igual modo o direito de manifestação, até pelo regime comum do Artigo 5º, sobre o aviso prévio.

«Artigo 12.º

(Recurso)

1. Das decisões das autoridades que não permitam ou restrinjam a realização de reunião ou manifestação, cabe recurso para o Tribunal Superior de Justiça, a interpor por qualquer dos promotores no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento da decisão impugnada.

2. O recurso é interposto directamente, minutado sem dependência de artigos, processado com dispensa de pagamento prévio de preparos e com indicação de todas as diligências de prova.

3. A autoridade recorrida é citada para responder, querendo, no prazo de 48 horas, sendo a decisão preferida nos 5 dias imediatos.».

Escreveu-se, a propósito, no já citado Parecer n.º 1/93, da CACDLG[15] da Assembleia Legislativa, «*No que respeita ao presente artigo, levantou-se a questão da sua harmonização com o preceituado na Lei de Bases da Organização Judiciária sobre o recurso de amparo. Foi sugerido que se desenvolva a redacção do artigo 13 da proposta no sentido de se estabelecer desde já um mínimo de tramitação processual,* ***de modo a garantir a efectividade imediata do preceito*** *ou, em alternativa, se* ***remeter para a regulamentação do recurso de amparo****.*[16]*»* (destacados nossos).

Afigura-se curial e de utilidade recorrer à memória legislativa para assim se poder melhor dilucidar algumas questões que, até à introdução de alterações legislativas, foram basicamente navegando sem rumo. Nomeadamente no que respeita à dilucidação do órgão jurisdicional competente, após a transferência de soberania de Macau, isto é, se o tribunal local supremo – o Tribunal de Última Instância (TUI) – ou se outrossim a instância intermédia – o Tribunal de Segunda Instância (TSI), dado que o Tribunal Superior de Justiça cessou funções em 19 de Dezembro de 1999, e foi sucedido, pelo menos formalmente,

15 Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

16 «*Artigo 13º, (Recurso), a) Há recurso para os Tribunais de Jurisdição Administrativa de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação dos direitos fundamentais garantidos nesta lei.»* ou, em alternativa, «*Artigo 13º, (Recurso), b) 1. Das decisões das autoridades que violarem o disposto no presente diploma cabe recurso para o Tribunal Superior de Justiça. 2. O recurso é interposto directamente, minutado sem dependência de artigos, processado com dispensa de pagamento prévio de preparos e com todas as diligências de prova.. 3. A autoridade recorrida é citada para responder, querendo, no prazo de 48 horas, sendo a decisão proferida nos 5 dias imediatos.*», Anexo, *Parecer* CACDLG, *cit.*.

pelo TSI, no que respeita à generalidade das competências, com, no entanto, diversas excepções, onde a *sucessão* recaiu outrossim no TUI.

Destarte, iremos transcrever alguns largos trechos da discussão em Plenário[17]. «*Secretário-Adjunto para a Justiça: Senhora Presidente, senhores deputados. Considero prática a sugestão apresentada pela Comissão, que consubstancia a alínea b), ou seja, manteria o recurso para o Tribunal Superior de Justiça, (...) Relativamente aos dois pontos acrescentados, julgo que* ***é importante ficar, desde já, consignada uma tramitação rápida, relativamente à forma da interposição de recurso e à possibilidade que a autoridade recorrida tem para responder no prazo de 48 horas****. Consideramos que a hipótese b) responde bem às preocupações da proposta de lei. (...) ponderámos também, com o Conselho Consultivo, a possibilidade de poder esse recurso ser posto junto de um tribunal de competência genérica. Entendeu-se, porém, que,* ***por uma questão de dignidade, a matéria deveria ser julgada, desde logo, pelo Tribunal Superior de Justiça*** *e por uma das secções desse tribunal, constituída por três juizes, exactamente por se atender à delicadeza da questão que pode revestir-se de natureza política,* ***evitando-se que houvesse uma primeira decisão e depois um recurso para o Tribunal Superior de Justiça****. No fundo, também lançámos mão de um sistema que vigora em matéria eleitoral, ou seja, da rapidez do julgamento desse tipo de recurso.* ***Considerada a dignidade da questão, achamos que deveria ser posta directamente no Tribunal Superior de Justiça*** *que já está em funcionamento.»* (destacados nossos).

De seguida, «*Presidente: Muito obrigada, Senhor Secretário-Adjunto. Vejo o que há uma posição de consenso entre a Comissão e o Executivo. De facto a hipótese b), ao estipular já algumas regras, tendo em atenção a celeridade e a simplificação do processo, parece-me também ser a mais adequada*.».

Mais adiante, esclarece um Deputado, «***O que está em causa é o efeito útil****. O Tribunal Superior de Justiça está aqui, como acabou de dizer o Senhor Secretário-Adjunto;* ***pretende-se dignificar o processo*** *e há uma certa identidade de soluções com o contencioso eleitoral.* ***Assim, há um prazo para os actos serem cometidos e quer-se que, em última instância, o tribunal máximo decida****. Quanto ao prazo, pergunto: porquê 15*

17 Em *Colectânea de Leis Regulamentadoras de Direitos Fundamentais, vol. I, Direito de Reunião e de Manifestação.* Também acessível em http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-01/col_po.htm. Agora em 2.ª edição revista e actualizada, de 2012, e disponível também, a breve trecho, no sítio da Assembleia Legislativa, http://www.al.gov.mo/Po/po_main.htm.

dias? Qual é o efeito útil de um prazo tão alongado? Se há uma convocação da manifestação e um prazo de 48 horas para dizer sim ou não, se lhes dermos 15 dias para recorrer, dificilmente uma manifestação que seja recusada poderá vir a realizar-se, na medida em que não pode ser solicitada com menos de 15 dias de antecedência. Talvez valha a pena compatibilizar. E talvez seja mesmo de considerar que o prazo, para ter algum efeito útil, não deva ser nem de 15 nem de 8, mas de 5 dias. Creio que até em matéria de lei eleitoral, o prazo é de 48 horas, não é maior. Nunca, porém, o de 15 dias, porque não teria efeito útil. E aqui nem valeria a pena seguir este processo; seguir-se-ia um processo normal. ***O que está em causa não é a oportunidade de fazer a manifestação, mas julgar o acto que recusa a manifestação, só a legalidade do acto****.».* E, ainda, «*relativamente àquelas circunstâncias em que há urgência na decisão, como no caso de proibir uma manifestação, se justifique um processo especial e, consequentemente, o envolvimento de um tribunal especial*.».

Em jeito de remate, afirmou-se «*Secretário-Adjunto para a Justiça: A questão que o Senhor Deputado Rui Afonso põe, de facto, convém ser esclarecida*. (...) *Só as decisões administrativas das autoridades seguem o regime especial de recurso para o Tribunal Superior de Justiça*. (...) *uma vez* ***que a razão de ser da decisão do recurso é garantir um processo rápido e expedito para que os particulares, promotores de uma reunião ou manifestação, não vejam esse direito limitado através de uma decisão administrativa de uma autoridade.*** *Creio que é com esse alcance que o artigo 13.º deve ser entendido e não para os outros casos em que esteja em causa o cometimento de um crime. Aí, regra geral, a competência é dos Tribunais de Instrução Criminal ou dos Tribunais Ordinários.»* (destacados nossos).

De seguida, colocado o preceito a votação, foi este aprovado por unanimidade.

É mister referir que esta opção por mecanismos especiais de tutela de direitos fundamentais no ordenamento jurídico de Macau, é acolhida relativamente a diversos direitos fundamentais – ainda que haja ausência de amparo *geral*. Recorde-se que o ordenamento jurídico de Macau já consagrou positivamente o emblemático recurso de amparo[18]

18 Veja-se, por exemplo, PAULO CARDINAL, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia.- los casos de Macau y Cabo Verde*, in El Derecho de Amparo en el Mundo Hector Fix-Zamudio / Ferrer-Macgregor, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006, pp 891 e seguintes, GOMES CANOTILHO, *As palavras e os homens — reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, O Direito, Outubro, 1994.

enquanto remédio judicial de defesa de um dado universo relativamente lato de direitos fundamentais, isto é um remédio não acoplado a um dado direito fundamental – como ocorre, por exemplo com o *habeas corpus* ou o *habeas data*.

Refira-se, *a latere*, que nada inculcava a necessidade de erradicação do recurso de amparo da panóplia do sistema de direitos fundamentais de Macau. O instituto já estava enraizado no ordenamento local mediante a sua aplicação prática em diversos casos. Todavia, por circunstâncias político-jurídicas, a lei onde constava o preceito consagrador do recurso de amparo foi revogada *in totto* e o TUI considerou extinto aquele mecanismo judicial, apesar da doutrina que se perfilhou em sentido adverso, isto é, defendendo a continuação do amparo[19].

Volvendo à estatuição de pequenos amparos inominados no arsenal de garantias de direitos fundamentais concretamente considerados, recorde-se que, no Parecer n.º 3/II/2005, da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo ao projecto de lei sobre protecção de dados pessoais no qual também aí se estabeleceu um especial mecanismo judicial de amparo destes direitos fundamentais[20], escreveu-se que «*A Comissão concorda com a opção preconizada no projecto de lei traduzida na consagração de especiais garantias de tutela jurisdicional quando em causa está a protecção de direitos fundamentais. Na verdade, afigura-se adequado estatuir normas que dotem de uma maior garantia os direitos fundamentais que necessitem de ser amparados. Esta solução de especial garantismo processual com criação de novos mecanismos ou adaptação especializada de outros existentes está presente em vária legislação que se reporta a direitos fundamentais. Assim, os processos de habeas corpus previstos no Código de Processo Penal, o recurso previsto na Lei do Direito de Reunião e Manifestação, (...) As alterações introduzidas pela Comissão permitem clarificar algumas dúvidas colocadas em parecer*

19 JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 2001, VI, p 56, PAULO CARDINAL, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia cit.,* entre outros.

20 Artigo 29º, da Lei nº 8/2005, Lei da protecção de dados pessoais, «*Tutela jurisdicional especial, 1. De decisão proferida por tribunal cabe sempre recurso para o Tribunal de Última Instância com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos na presente lei, sendo o recurso directo e per saltum, restrito à questão da violação e revestindo carácter urgente. 2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, cabe recurso para o tribunal administrativo de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos na presente lei o qual reveste carácter urgente. 3. À tramitação processual dos recursos de tutela jurisdicional especial previstos nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 7º do Código de Processo Civil e subsidiariamente, e com as necessárias adaptações, a lei de processo civil e a lei do processo administrativo respectivamente, com observância do disposto nos números anteriores.*».

da Procuradoria([21]), por exemplo quanto ao que deva entender por recurso directo previsto no número 1, isto é o recurso é interposto logo para o Tribunal de Última Instância não seguindo, pois, as normais vias de recurso, ou seja é um recurso per saltum, no sentido de dispensar por completo o esgotamento prévio de quaisquer outras vias impugnatórias ou de recurso, seja ordinário ou extraordinário. Por outro lado, como se vê pelo silêncio da norma não se aplicam aqui quaisquer limitações de alçada dada a natureza do recurso consubstanciado num processo jurisdicional especial de tutela de direitos fundamentais.»[22].

A estes processos especiais a Comissão aditou ainda referências a outros mais que visam garantir judicialmente direitos fundamentais[23].

Por outro lado, afirmou-se que, «*O número 3 é novo e vem permitir clarificar o modo e os critérios de integração destes processos especiais fazendo-se particular apelo ao artigo 7.º do Código de Processo Civil: (Princípio da adequação formal), Quando a tramitação processual prevista na lei não se adeqúe às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo*»[24].

21 «*De acordo com o artigo nº 28 do Projecto, adopta-se um processo especial em que se pode recorrer directamente para o Tribunal de Última Instância, mas não existe um esclarecimento na norma que o recurso é ordinário ou extraordinário, nem se refere a nenhuma lei tal como a Lei de Bases da Organização Judiciária*.», Gabinete do Procurador, *Parecer jurídico relativo à Lei da Protecção de Dados Pessoais*, in Parecer nº 3/II/2005, da 3.ª Comissão Permanente Anexo II, Pareceres Enviados pelo Governo e Outras Entidades Públicas, http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-08/po/3a.htm. Veja-se também, as seguintes dúvidas iniciais, «4.*26.1 Quererá a redacção desta norma significar que da decisão proferida por tribunal de primeira instância se pode recorrer, passando pelas várias instâncias, até chegar ao Tribunal de Última Instância? 4.26.2 Independentemente do tribunal de primeira instância ser o Tribunal Judicial de Base ou o Tribunal de Segunda Instância, da decisão proferida se pode recorrer directamente para o Tribunal de Última Instância. É isto o que a norma quer dizer? 4.26.3 Pode-se recorrer sempre para o Tribunal de Última Instância, seja qual for o valor da alçada?*», Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, S*úmula das Opiniões dos Diversos Serviços Sobre o Projecto de Lei Da Protecção De Dados Pessoais*, *in idem*.

22 Colectânea de leis regulamentadoras de direitos fundamentais, Vol. IX, Lei da protecção dos dados pessoais, também disponível em http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-08/col_po.htm.

23 Nomeadamente «*o processo de jurisdição voluntária de tutela da personalidade, o qual está pensado para tutelar de uma forma autónoma e, em certo sentido, especial, os direitos de personalidade previstos e contidos, nomeadamente, no nº 1 do artigo 67º do Código Civil de Macau sendo claro o propósito do legislador em proteger esses direitos por recurso a «providências adequadas às circunstâncias do caso», ou seja, através de meios expeditos, de defesa do direito em causa e com o intuito de, quando seja o caso, repor o titular do direito no pleno gozo e exercício desse direito, O mecanismo judicial de tutela é precisamente o processo de jurisdição voluntária - com os corolários daí decorrentes, v.g. celeridade e simplicidade - de tutela da personalidade, previsto no artigo 1210º do Código de Processo Civil* (...). *Sublinhe-se que, nos termos anteriormente expostos, vários dos direitos fundamentais dos titulares dos dados estão também consagrados como direitos de personalidade no Código Civil e, como tal, beneficiam desta tutela». In idem*.

24 *Ibidem*.

Ou seja, do exposto resulta claramente a especial sensibilidade do legislador na configuração dos meios de tutela de diversos direitos fundamentais como os direitos de reunião e de manifestação, de protecção de dados pessoais e de liberdade. No pensamento do legislador todos estes direitos dispõem de meios próprios de amparo especialmente urgente, caracterizados por desvios às normais formatações processuais e todos eles são da competência do mais alto tribunal de Macau à data da elaboração da legislação. Isto é, para o habeas corpus o tribunal competente era o Tribunal Superior de Justiça (TSJ) e agora é o Tribunal de Última Instância (TUI), para a tutela dos direitos de protecção dos dados pessoais é o TUI, como também para a tutela dos direitos eleitorais (cuja solução de competência serviu de exemplo para o recurso especial da Lei n.º 2/93/M, como se viu nos trechos reproduzidos) era o TSJ e actualmente é o TUI, e para o direito de reunião e manifestação era o TSJ, então instância judicial de cúpula da organização judiciária local.

III
Algumas questões controvertidas na interpretação da Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio

Os direitos fundamentais de reunião e de manifestação , garantidos como se viu na Lei Básica no seu artigo 27.°, detinham um regime jurídico o que vinha padecendo de algumas dúvidas interpretativas nos âmbitos doutrinal e jurisprudencial, e mesmo de alguma dormência, em virtude, nomeadamente, daquelas dúvidas que muitas vezes resultavam em dificuldades práticas do exercício efectivo daqueles direitos fundamentais. Ora, a Assembleia Legislativa face a este quadro de défice de garantia teve por bem proceder, por via de lei[25], ao esclarecimento daquelas dúvidas mais pertinentes – ou bloqueadoras - para além de contribuir para um esclarecimento técnico das questões em crise, abrindo a porta ainda para uma produtiva, esclarecedora e densificadora actividade jurisprudencial, com evidentes benefícios para o sistema jurídico da RAEM[26]. Como de seguida se dará então notícia sumarizada e devidamente contextualizada.

25 É de referir que a Lei nº 16/2008 resulta de um projecto de lei, isto é, o procedimento legislativo resultou do impulso próprio desta Assembleia Legislativa.

26 Cfr. Nota Prévia à 2.ª Edição, LAU CHEOK VA, Colectânea de leis regulamentadoras de direitos fundamentais, Direito de Reunião e de manifestação, vol. I, 2ª ed., 2012, p 155.

Face ao exposto, cabe então perguntar, extinto que está o TSJ, qual o tribunal competente para julgar o especial recurso previsto no artigo 12.º da Lei do Direito de reunião e manifestação. É vero que, neste como em muitos outros casos, não houve lugar a uma expressa qualificação normativa do *novo* tribunal competente como no caso do habeas corpus, *ex vi* a alínea 10 do artigo 44.º da Lei n.º 9/1999[27].

A lei da reunificação, no seu Anexo IV, estabelece «*Na interpretação e aplicação das designações ou expressões constantes de legislação previamente vigente em Macau, que seja adoptada como lei da Região Administrativa Especial de Macau, deve,* ***em regra****, observar-se os seguintes princípios de substituição*: (...) *3. As designações ou expressões como "tribunais do foro de Macau", "Tribunal de Competência Genérica", "Tribunal Administrativo", "Tribunal Superior de Justiça" e "Ministério Público", devem ser interpretadas, respectivamente, como tribunais da Região Administrativa Especial de Macau, Tribunal Judicial de Base, Tribunal Administrativo, Tribunal de Segunda Instância e Ministério Público.*». Ou seja, em regra as competências do TSJ devem presumir-se recolocadas no Tribunal de Segunda Instância. Mas, como se disse, tal será em regra que não absolutamente.

Com efeito, para além das normas expressamente atributivas dessas competências no TUI, como no já mencionado caso de *habeas corpus*, outras situações haverá que deverão pressupor uma interpretação teleológica e sistemática que poderão ditar soluções diversas das da regra atrás enunciada. Aliás, em douto acórdão de 17 de Janeiro de 2001, o TUI, face a uma situação de diferente matéria mas também envolvendo qualificações relativas ao TSJ, entendeu e bem, entre outras considerações, que o intérprete deve captar a vontade da lei para não trair o seu espírito e atendendo às circunstâncias da feitura da legislação que foi aprovada e entrou em vigor em 20 de Dezembro de 1999, as adaptações aos novos órgãos judiciais não foram exaustivas nem se deve presumir que nada foi deixado de fora, tendo destarte concluído por uma leitura de equiparação do TSJ ao TUI para aqueles efeitos, apesar do «expresso» silêncio legislativo que ali se verifica(va).

Nesta conformidade, atendendo:

27 Lei de Bases da Organização Judiciária.

a) ao espírito do processo de tutela do direito de reunião e de manifestação,

b) a que outros especiais processos de tutela de direitos fundamentais são da competência do TUI,

c) à falta de norma expressa que atribua a outro tribunal que não o TUI a competência do TSJ prevista na Lei n.º 2/93/M,

d) à constatação feita pelo próprio TUI da não completude do sistema de «redistribuição» de competências,

e) à abertura que é feita pela Lei de Bases da Organização Judiciária estatuindo que há matérias do TSJ que passam para o TUI e que, por exemplo, os processos pendentes no então Tribunal Superior de Justiça são remetidos ao Tribunal de Segunda Instância e ao Tribunal de Última Instância, para neles serem distribuídos nos termos da presente lei e das leis de processo[28].

f) Ao natural *design* destes institutos que, por norma, pela sua natureza – releve-se a redundância - não admitem recurso e são confiados aos mais altos tribunais de dada jurisdição (usualmente *Supremos* ou Tribunais Constitucionais onde estes existam[29]),

g) à clareza de opção resultante da consulta dos trabalhos preparatórios e, finalmente,

h) à abertura razoável e prevenida da lei de reunificação ao estatuir «em regra» e destarte, abrir espaço para outras situações não previstas poderem ficar fora dessa «regra», afigura-se que a competência relativa ao processo de tutela dos direitos de reunião e de manifestação se deve achar hoje depositada no Tribunal de Última Instância de Macau.

Segundo relatos de imprensa e intervenções na Assembleia Legislativa – e que aqui não cabe reproduzir -, é mister comentar o seguinte não sem que antes se produza a um relato dos factos. Isto é, referiu-se publicamente que determinada manifestação teria sido não autorizada[30] (!) por uma entidade pública tendo os promotores apresentado um recurso perante o TUI, declarando-se este incompetente[31] e enviando o processo para o TSI

28 Artigo 68º, da referida Lei nº 9/1999.

29 Em Macau, como se consabe, inexiste tribunal constitucional como também inexiste secção especializada de jurisdição constitucional no TUI.

30 Recorde-se que do aviso prévio não se pode retirar uma competência de autorização (e sua recusa) de reuniões ou manifestações por parte de dada entidade pública administrativa.

31 Segundo informa o Parecer nº 2/III/2008 da 3.ª Comissão Permanente, terá sido este o entendimento do TUI num

o qual exigiu patrocínio judiciário tendo tudo isto resultado, a fazer fé nos relatos supra referidos[32], numa manifesta inutilidade superveniente da apreciação judicial e sua tutela porquanto a data desejada para o tal acto que fora proibido havia já há muito passado, falando-se mesmo em «vários meses».

Primeiro, nos termos antes vistos, afigura-se incorrecta a decisão do TUI em considerar-se incompetente e, nessa medida, enviar o processo para outro tribunal inferior e ainda, consequentemente, acarretando demoras processuais não toleráveis no espírito e na letra do processo especial de tutela.

Segundo, e nos termos da Lei Básica, é patente a consagração do princípio da tutela judicial efectiva como aliás o vem reafirmando o Tribunal de Segunda Instância em vários acórdãos. Por outro lado, como afirma o artigo 6.º da Lei n.º 9/1999, sob a epígrafe Acesso aos tribunais, «*1. A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 3. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham* ***seja objecto de decisão em prazo razoável e*** *mediante processo equitativo.».*

Refira-se ademais que idêntico princípio é espelhado no Código de Processo Civil, Artigo 1.º, *«(Garantia de acesso aos tribunais), 1.* ***A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial*** *que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente,* ***bem como as providências necessárias para acautelar o efeito útil da acção.***».

Ora, como se viu, estando em causa direitos fundamentais e particularmente no caso dos direitos de reunião e de manifestação, o legislador impõe a necessidade de processos *desnormalizados* e de matriz *sumaríssima* que tutelem de uma forma célere e efectiva esses direitos pelo que não se pode compreender que um processo em que o legislador exige, sem mais e sem excepções de qualquer tipo, uma *decisão proferida nos 5 dias imedia-*

processo número 43/2006.

32 É importante sublinhar este ponto porquanto todas as nossa várias tentativas de aceder ao conteúdo destas decisões judiciais, do TUI e do TSI, se revelaram – ao momento em que escreve – infrutíferas.

tos , prazo esse improrrogável, e no âmbito de um processo obviamente *desformalizado*, não esteja o processo decidido quando, de novo fazendo fé nos relatos antes mencionados, teriam transcorrido já vários meses sobre a interposição do recurso.

Esta situação, no caso dos direitos fundamentais em causa, equivale a uma ilegítima imposição restritiva do direito negando-o por omissão de decisão judicial havendo, por isso, uma situação que poderá mesmo ser encarada como denegação de justiça. Em palavras emprestadas, de anexo ao Parecer n.º 3/99, de Apreciação do Projecto relativo ao novo Código de Processo Civil de Macau, da comissão competente[33], «*não podendo a entidade competente — seja Tribunal singular ou colectivo, seja de 1.ª ou de última instância — eximir-se da sua função jurisdicional, nem declinar ou abster-se da obrigação de julgar a causa*.». Ou seja, como anteriormente se cuidou de referir, caso não houvesse processo especial sumaríssimo de defesa destes direitos, as normais prerrogativas da administração e concomitante limitação dos poderes dos tribunais em sede de «mero»contecioso administrativo de anulação, e a *tradicional* lentidão da justiça (aqui, como em qualquer outra jurisdição) fariam com que, na prática, o exercício do direito de manifestação ficasse desguarnecido e aniquilado. E de forma muito facilitada. E desproporcional porquanto por esta via não se limita o direito – pense-se, por exemplo, alteração de trajecto preconizado, - antes se fulminando de morte o próprio direito em si mesmo.

Por outro lado, importa tecer algumas considerações relativas à exigência feita de patrocínio judiciário. Como se sabe, em regra, o particular para aceder à máquina da justiça deve fazer-se representar por mandatário. Veja-se para o caso, primacialmente mas não excludentemente, o artigo 74.º do Código de Processo Civil, Artigo 74.º, *«(Constituição obrigatória de advogado), 1. É obrigatória a constituição de advogado: b) Nos recursos e nas causas propostas nos tribunais superiores;»*.

Todavia, há excepções a este princípio geral, nomeadamente – mas não apenas – em processos que visam dar amparo a direitos fundamentais lesados ou ameaçados de lesão. Ou seja, uma das áreas de excepção à obrigatoriedade geral de patrocínio judiciário encontra-se, precisamente, em processos especiais de tutela de direitos fundamentais e já aqui mencionados. Vamos dar dois exemplos.

33 Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projectos Relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial, conhecida pela longa sigla CEDAPEPRCCPCC.

Primeiro, no âmbito do(s) habeas corpus a disciplina legal em sede de um processo tão sensível como é o processo penal e onde as garantias dos arguidos são levadas em *extrema* consideração, não se exige na **propositura** do processo mandatário judicial. Com efeito, «*Artigo 207.º, (Procedimento), 1. A petição é enviada imediatamente ao presidente do Tribunal Superior de Justiça, com a informação sobre as condições em que foi efectuada ou se mantém a prisão. 2. Se da informação constar que a prisão se mantém, o presidente do Tribunal Superior de Justiça convoca a secção competente, que delibera nos 8 dias subsequentes,* ***notificando*** *o Ministério Público e* ***o defensor e nomeando este, se não estiver já constituído***.» Aliás, a doutrina sufraga este entendimento[34]., e, bem assim, jurisprudência do sistema jurídico de *exportação* do preceito, «***No processo de habeas corpus não há que pedir ou conceder apoio judiciário*** *e, não havendo defensor constituído, apenas há que nomear um para a audiência a que se tem de proceder no STJ*»[35].

Segundo, nos processos de tutela dos direitos de personalidade consagrados no Código Civil, parte significativa dos quais são, como bem se sabe, direitos fundamentais, estamos perante processos de jurisdição voluntária, artigos 1206.º e seguintes e 1210.º, vale como princípio o estatuído no número 4 do artigo 74.º do Código de Processo Civil, « *Nos processos de jurisdição voluntária* ***não é obrigatória a constituição de advogado****, salvo na fase de recurso*.».

Por outro lado, se assim não fosse como se compreenderia então a seguinte *informalização* do processo de tutela dos direitos de reunião e de manifestação: «*O recurso é interposto directamente,* ***minutado sem dependência de artigos****, processado com dispensa de pagamento prévio de preparos e com indicação de todas as diligências de prova.»*. Por todo este tecido normativo e pelos trabalhos preparatórios perpassa uma intenção clara de simplificação de procedimentos e de requisitos e, muito particularmente na questão que agora nos ocupa, da não exigência de mandatário judicial na propositura do processo caso contrário a expressão ***minutado sem dependência de artigos*** seria reduzida a uma mera benesse para os advogados de peticionarem sem articular – coisa que os advogados bem sabem fazer e que constitui regra. Ora, esta alteração, só pode ter como objectivo razoável e concretizável, a abertura do processo a leigos.

34 Por exemplo LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Código de Processo Penal Anotado,* Macau, 1997, página 481, ao descrever a tramitação processual pressupõem a audição de defensor, já constituído ou nomeado, isto é nomeado após a recepção da petição.

35 Acórdão do STJ, de 15 de Junho de 1994, para citar apenas um exemplo.

Por se pressupor precisamente que o processo possa ser iniciado pelos próprios interessados sem necessidade de recorrer a advogado daí se permitir então tal simplificação de minutar o recurso sem dependência de artigos. Se, pelo contrário, a teleologia do preceito fosse a de manter a regra geral de patrocínio judiciário qual seria o sentido útil de minutar sem artigos? Ou presumir-se-ia que advogados a litigar em matéria de defesa de direitos fundamentais são dotados de uma menor competência e aptidão processual?

Por tudo que foi exposto afigura-se termos condições para poder concluir pela não obrigatoriedade de patrocínio judiciário no processo especial de tutela dos direitos de reunião e de manifestação previsto no artigo 12.º da Lei n.º 2/93/M.

Afigura-se útil a este propósito mais vasto do princípio constitucional da tutela judicial efectiva, rememorar importantes considerandos plasmados em Parecer da Assembleia Legislativa, Parecer n.º 3/99, de Apreciação do Projecto relativo ao novo Código de Processo Civil de Macau, da CEDAPEPRCCPCC, *rectius*, o parecer da assessoria àquele anexado.

E, citando em *passim*, *«coarctar — por qualquer forma, meio ou artifício, ainda que legalmente previsto — o livre e pleno exercício individual do direito ao acesso ao Direito ou a Justiça jurisdicionalizada equivale, do ponto de vista da normatividade e, também, da facticidade do ordenamento jurídico, a uma lesão da comunidade sócio-política de onde dimana o sistema jurídico.* ***O direito a um processo célere, económico, e «limpo» de dilações indevidas ou não justificáveis, e a uma decisão final proferida em prazo razoável e com efeito temporalmente útil, porque «a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça»*** *(SANTAMARÍA PASTOR); O direito a uma tramitação, a regras instrutórias e a meios de obtenção da prova que não desvirtuem a procura da verdade material, e de uma solução ou composição justa dos interesses ou dos direitos lesados;* ***A inadmissibilidade de pressupostos ou requisitos processuais, previstos ou não na lei, que constituam formalismos desvirtuantes do sentido nuclear do direito à tutela jurisdicional efectiva*** *(GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdicional, 2.ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 1989, págs. 62 e segs.); A* ***adopção da interpretação jurídica mais favorável possível à admissão das pretensões processuais****, no momento da aplicação das normas que prevejam pressupostos ou requisitos não atinentes a questões de mérito ou ao themum decidendum (cf., por ex., GONZÁLEZ PÉREZ, ob cit., pág. 65); O direito à utilização de meios imediatamente paralisadores de uma lesão de direitos e/ou cautelares da (1) defesa ou da manutenção de*

um direito ameaçado ou (2) ***do «efeito útil da acção», para combate da periculum in mora****; O direito a* ***um processo acrescidamente célere, prioritário e simplificado, quando esteja em causa a defesa — contra violações ou meras ameaças de violação — de direitos fundamentais****, maxime, dos direitos, liberdades e garantias pessoais e dos que lhes sejam análogos, sendo a tramitação moldada, se necessário, ao abrigo do aludido princípio, adequação formal*.»[36].

Várias outras questões poderiam aqui ser tratadas, nomeadamente a averiguação sobre se é certeira a tendência das entidades públicas-administrativas de, seguindo absolutamente a letra da lei, confinar estes direitos fundamentais aos residentes de Macau – o que, adiante-se, não merece o nosso acolhimento[37] - ou a consideração de que a listagem de lugares públicos ou abertos ao público reservado para reuniões e manifestações não é, de forma alguma, excludente, de outros lugares pretendidos para o exercício desses direitos fundamentais[38] ou a admissão da figura da manifestação individual, que defendemos e que o TUI, porventura com fundamentação não totalmente acolhível, entretanto, sedi-

36 Colectânea sobre os Grandes Códigos, 8º volume, Código de Processo Civil (versão portuguesa), também disponível em http://www.al.gov.mo/lei/codigo/processo%20civil/po/p3-99.htm.

37 Para além do disposto no artigo 43º da Lei Básica, o qual estatui o princípio geral de extensão dos direitos fundamentais aos não residentes, «em conformidade com a lei», razões várias militam em favor do nosso entendimento que se traduz na adequabilidade de uma interpretação *extensiva* do âmbito subjectivo dos direitos de reunião e de manifestação, descolando-se, destarte, da letra do preceito – artigo 1º, nº 1 e nº 2 - o qual, recorde-se, foi elaborado em 1993, um ano já longínquo, muito afastado de preocupações e conjecturas próprias da RAEM e da RPC. A expressão «*Todos os residentes de Macau*» mais não foi do que a *localização* da expressão «*Os cidadãos*», transliteração essa porventura infeliz mas claramente não carreadora de uma *mens legi* restritiva e redutora do âmbito de titulares destes direitos fundamentais. Dizem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa cit.*, a páginas 641, «*E também não existe nenhuma razão para recusar o direito de reunião e manifestação aos estrangeiros, salvo quando, pelo objecto e propósito das mesmas, a sua participação nelas violar o estatuto de residência que lhes eja aplicável.*». Ademais, o direito de promover, convocar e organizar reuniões e manifestações é considerado como podendo, por princípio, ser exercido por e.g. pessoas colectivas, JORGE MIRANDA, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, T. I, Coimbra Editora, 2005, página 465, identicamente, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. e loc. cit.* Aliás, veja-se o nº 1 do artigo 5º da lei de Macau que refere «*As pessoas* ***ou entidades*** *que pretendam realizar reuniões ou manifestações*» (destacados nossos).

38 Com efeito, e pese embora estudos vários neste sentido e a clareza dos trabalhos preparatórios, as autoridades administrativas (IACM) propenderam (sempre) para considerar que a listagem destes lugares públicos e abertos ao público significava*, ipso facto*, a interdição de realização de reuniões ou manifestações em qualquer outro local! Bem esteve o TUI, Recurso Relativo ao Direito de Reunião e Manifestação, Processo nº 21/2010 ao acabar com tal interpretação administrativa artificial e intoleravelmente compressora de direitos fundamentais: *«É de notar que a lista de lugares públicos e abertos aos públicos pertencentes à Administração e a outras pessoas colectivas de direito público que possam ser utilizados para reuniões ou manifestações, a que se refere o artº 16º da Lei nº 2/93/M e o aviso do Leal Senado publicado no Boletim Oficial de Macau, II série, de 17 de Novembro de 1993, tem de se considerar meramente indicativa e não taxativa, sob pena de insuportável restrição a um direito fundamental e por violação artº 27º da Lei Básica da RAEM.».* Vide ainda, TUI, Recurso Relativo ao Direito de Reunião e Manifestação, Processo nº 16/2010.

mentou e bem[39], ou a delimitação do âmbito dos poderes e intensidade do seu exercício nomeadamente por referência ao tríptico princípio da proporcionalidade, da parte das entidades policiais. O objecto do presente trabalho delimita, no entanto, a nossa apreciação, conferindo-lhe um carácter não só exploratório como fragmentário.

IV

A Lei N.º 16/2008 - Alteração à Lei n.° 2/93M, «Direito de Reunião e Manifestação»

Entretanto, para elucidar algumas das dúvidas anteriormente inventariadas, foi apresentado o Projecto de Lei intitulado Alteração à Lei n.º 2/93/M, "Direito de Reunião e Manifestação", podendo ler-se na Nota Justificativa «*No processo de tutela dos direitos de reunião e manifestação constante da Lei n.° 2/93/M há uma clara intenção de informalização que a letra dos normativos do seu artigo 12.° parece não ter conseguido revelar em toda a sua plenitude*.» e, adiante, «*A ideia do legislador foi precisamente a de permitir a abertura do processo de tutela dos direitos de reunião e manifestação a leigos. Tanto mais que só assim se compreende a consagração da simplificação de minutar o recurso sem dependência de artigos – onde implicitamente se revela que o processo pode ser iniciado pelos próprios interessados sem necessidade de recorrer a advogado. Termos em que se afigura poder-se concluir pela não obrigatoriedade de patrocínio judiciário no processo especial de tutela dos direitos de reunião e manifestação.*». Propondo-se o aditamento de um novo número ao artigo 12.º, com a seguinte redacção: «*Não é obrigatória a constituição de mandatário judicial.*».

39 «*A Lei Básica não limita o exercício do direito de manifestação a um mínimo de pessoas, designadamente a três, pelo que a lei ordinária não pode fazê-lo. Deste modo, se se concluísse que o artigo 5º, nº 3, da Lei nº 2/93/M, exigia que o mínimo de três promotores assinasse o aviso, teria de se concluir que a lei não permitiria o exercício do direito de manifestação por menos de três pessoas, o que redundaria em violação da Lei Básica e implicaria a não aplicação daquela norma por este Tribunal Mas é possível uma outra interpretação da Lei nº 2/93/M, que não viola a Lei Básica. É possível interpretar a norma em causa como significando que o número máximo de promotores da manifestação que podem assinar o aviso prévio é de três, o que é razoável, visto que, frequentemente, é mais elevado o número de promotores. Assim, o número mínimo de promotores de manifestação será de um, o que se compatibiliza com a Lei Básica. Como é sabido, a interpretação da lei ordinária deve privilegia uma interpretação que se compatibilize com a Lei Básica, embora dentro dos cânones da interpretação das leis.»*, TUI, Recurso Relativo ao Direito de Reunião e Manifestação, Processo nº 25/2011.

Este projecto de lei mereceu a aprovação na votação na generalidade, por unanimidade, em reunião plenária de 10 de Novembro de 2008. Aquando da apresentação e discussão na generalidade foi também aventada a ideia de confiar ao TUI estes processos tendo a pronúncia da comissão competente[40] e posteriormente do Plenário em sede de votação na especialidade, optado por expressamente atribuir ao TUI a competência uninstancial destes especiais processos de amparo de direitos fundamentais, assim expressamente se estabelecendo o TUI como a instância macaense da «jurisdição das liberdades».

Com efeito, o artigo 1.º da Lei N.º 16/2008 estabelece, «*O artigo 12.º da Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio, passa a ter a seguinte redacção:*

Artigo 12.º

(Recurso)

1. Das decisões das autoridades que não permitam ou restrinjam a realização de reunião ou manifestação, ***cabe recurso para o Tribunal de Última Instância****, a interpor por qualquer dos promotores no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento da decisão impugnada.*

2. [...].

3. A autoridade recorrida é citada para responder, querendo, no prazo de 48 horas, sem dependência de artigos, sendo a decisão proferida nos 5 dias imediatos.

4. ***Não é obrigatória a constituição de mandatário judicial****.*[41]»

Isto é, dilucidam-se duas importantes questões – tribunal competente[42] e não obrigatoriedade de constituição de mandatário judicial[43] - que, por virtude das dúvidas judiciárias, essencialmente redundavam, a final, na não garantia - e, as mais das vezes, na não efectivação prática -destes direitos fundamentais.

Posteriormente a estas alterações do tecido normativo da norma amparante des-

40 Veja-se Parecer nº 2/III/2008 da 3.ª Comissão Permanente, acessível em http://www.al.gov.mo/lei/leis/2008/16-2008/parecer.pdf.

41 Destacados nossos.

42 *Idem*, pp 13 e seguintes e p 18.

43 *Ibidem*, pp 5 e seguintes e p 19. Aliás, na prática, foi-se verificando alguma dificuldade em se conseguir o patrocínio judiciário nestas causas.

tes direitos fundamentais, o TUI – agora instância inequivocamente competente – teve oportunidade de apreciar, em tempo útil, um par destes recursos[44] e, mister que se diga, sedimentar o exercício de direitos fundamentais que vinham administrativamente ameaçados, mormente quanto a «***restrições-proibições***» que se pretendiam introduzir, em particular quanto à utilização de lugares públicos e lugares abertos ao público, procurando proibir a realização de dada manifestação em determinado local e procurando impor unilateralmente um outro local para a sua realização.

Na verdade, não só o TUI deu guarida ao exercício destes direitos fundamentais face a ameaças de restrição administrativas – que não policiais – como assumiu, em função da especial natureza do recurso e da especial demanda de celeridade, como antes se viu, poderes de plena jurisdição nestes processos jusfundamentais[45], os quais não se apresentam, naturalmente, como sendo de mero contencioso administrativo.

Nestes acórdãos da instância máxima do ordenamento autónomo de Macau providenciou-se justiça material e já não uma mera (in)justiça formal que se alicerçava ou refugiava em eventuais ambiguidades legais que pelo transcurso temporal redundavam numa inutilidade superveniente e, por conseguinte, num esvaziar do balão de oxigénio que o legislador pretendeu dotar especialmente estes direitos fundamentais.

Com efeito, não só houve lugar a pronúncia em tempo - sublinhe-se em tempo verdadeiramente útil - como houve espaço ainda para recordar alguns cânones mínimos que andavam arredios. Exemplifique-se: *É de notar que a lista de lugares públicos e*

44 Recurso Relativo ao Direito de Reunião e Manifestação número 16/2010 e Recurso Relativo ao Direito de Reunião e Manifestação número 21/2010 acessíveis, respectivamente, em http://www.court.gov.mo/pdf/TUI/TUI-S-16-2010-VP.pdf e http://www.court.gov.mo/pdf/TUI/TUI-S-21-2010-VP.pdf.

45 Por exemplo, lê-se no segundo acórdão do TUI a síntese seguinte: «*Em relação à natureza deste tipo de recurso, no anterior acórdão deste Tribunal de 29 de Abril passado proferido no processo n.° 16/2010 já se pronunciou a sua plena jurisdição, posição que entendemos ser de manter.*», processo nº 21/2010. Naqueloutro afirmara-se já , «*À semelhança do contencioso eleitoral a que é consagrada a natureza de plena jurisdição por força do artº 94º do Código de Processo Administrativo Contencioso, o recurso previsto no artº 12º da Lei nº 2/93/M também é de plena jurisdição pela mesma razão de celeridade. Ou seja, o Tribunal de Última Instância, competente para apreciar o recurso, não se limita a apreciar a validade do acto administrativo impugnado, mas proferirá decisão sobre a pretensão material do interessado no caso de anulação do acto.*». Todavia, no Recurso Relativo ao Direito de Reunião e Manifestação, Processo 75/2010, parece haver (não tivemos acesso à versão integral em língua portuguesa mas somente ao sumário) a consideração deste processo como uma via de mero contencioso administrativo de anulação porquanto, no sumário, se afirma *«Em princípio, o tribunal não pode julgar no contencioso administrativo se é adequado o exercício do poder discricionário. Só pode declarar a ilegalidade do respectivo acto administrativo e anulá-lo no caso de verificar o erro manifesto ou a total desrazoabilidade no seu exercício por parte da Administração.».* Sobre este ponto de semelhança com o contencioso eleitoral, veja-se também o citado Parecer nº 2/III/2008 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa.

abertos aos públicos pertencentes à Administração e a outras pessoas colectivas de direito público que possam ser utilizados para reuniões ou manifestações, a que se refere o art.º 16.º da Lei n.º 2/93/M e o aviso do Leal Senado publicado no Boletim Oficial de Macau, II série, de 17 de Novembro de 1993, tem de se considerar meramente indicativa e não taxativa ,sob pena de insuportável restrição a um direito fundamental e por violação art.º 27.º da Lei Básica da RAEM.»[46] e, *«a entidade recorrida também não pode impor ao recorrente o Parque Municipal Dr. Sun Iat Sen como lugar de partida de manifestação. O parque não deverá ser o único lugar público ainda disponível para reunião e manifestação no próximo dia 1 de Maio. A escolha do lugar deve caber ao promotor da actividade, sem prejuízo de cumprir as formalidades de aviso prévio e dos poderes do Presidente do Conselho de Administração do IACM e do Comandante da PSP previstos na Lei n.° 2/93/M.»*[47].

V
Síntese conclusiva

Pelo exposto, a resposta à indagação da exiistência de um vero amparo destes direitos fundamentais no ordenamento jurídico de Macau é esclarecedoramente positiva. Com efeito, todos os traços caracterizantes do amparo de direitos fundamentais em especial (isto é, não um amparo genérico) diz presente. Com apenas uma possível excepção, qual seja a do expresso e formal baptismo de amparo. Sabe-se, todavia, que o nomen juris, por si só, não pode relevar e, por outro lado, também se consabe que, no direito comparado, amparos há que se designam por recursos de tutela, ou recursos de protecção, queixa constitucional, ou acções constitucionais de defesa, pelo que a sua específica designação, ou sua falta, pouco ou nada relevará ao caso[48].

46 Acórdão do TUI, processo nº 16 / 2010.

47 *Idem*.

48 Cfr., entre outros, para uma síntese da questão das multi designações dos amparos, PAULO CARDINAL, *The writ of amparo: a new lighthouse for the rule of law in the Philippines?,* a publicar em Philippine Law Journal: «*the Idea of Amparo is translated into legal texts, mostly of constitutional nature, under varied names. Be it amparo, and in here we can have attached designations, in legal texts and in doctrine, such as appeal, recourse, action, remedy, Juicio, writt, proceeding, be it other designations such as Tutela, Protection, or, somehow implying a different design,*

Em síntese conclusiva, no âmbito dos direitos fundamentais de reunião e de manifestação, o binómio legislação vigente[49] e o activismo judicial *pro libertate*, com juízos de proporcionalidade, do Tribunal de Última Instância,– não muito conhecido anteriormente, é mister dizer[50] – consolidou um passo decisivo de para a afirmação da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China como uma *Rechtsregion.*

Desnecessário será aqui rememorar que estes direitos fundamentais em particular «*constituem matéria da maior dignidade e importância para a garantia dos direitos e liberdades dos particulares no ordenamento jurídico de Macau*.»[51], como, de resto, é mister dizer, em qualquer areópago.

Por outro lado, afinal, pode perguntar-se, o (um) amparo[52] – ainda que assim não

constitutional action of defence, constitutional complaint, constitutional petition, security mandate, extraordinary appeal of unconstitutionality. All are tools that are designed for an upgrade judicial mechanism envisaged exclusively for defending, protecting, upholding a set of fundamental rights, be it of a large number or of a relatively reduced number of fundamental rights endowed with this possibility of judicial protection».

49 Reforçadamente após a alteração legislativa mencionada. É vero, todavia, que a legislação vigente poderá ainda sofrer benfeitorias em alguns dos seus normativos e porventura na adição de outros mais, como de resto várias entidades vêm referindo, nomeadamente o TUI nos citados acórdãos. Presume-se como bom o entendimento de que tais alterações serão mesmo benfeitorias técnicas, não se perspectivando pois um mero pretexto para um *downgrade* da escala garantística da legislação vigente.

50 Porventura com excepções únicas ao nível de processos de *habeas corpus*, isto é, decisões judiciais do TUI claramente *pro libertate*. Veja-se, TUI, Habeas Corpus ,processo nº 32/2003 e TUI, Habeas Corpus, processo nº 12/2007.Veja-se, PAULO CARDINAL, *Fragmentos em torno da constituição processual penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, org. Manuel da Costa Andrade et all, Coimbra Editora, 2010, pp 772 e 773.

51 Parecer nº 2/III/2008 da 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa de Macau.

52 O qual, mesmo quando em crise – diga-se, as mais de vezes, por virtude de excesso de popularidade – e mesmo quando compaginado em sistemas políticos pouco amigos das liberdades, como em alguns casos da América Latina, continua a ser um importante baluarte na defesa dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, HECTOR FIX-ZAMUDIO / EDUARDO FERRER-MACGREGOR, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006. Ou ainda, e reproduzindo o que em outro local avançamos sobre a ideia geral de necessidade sentida de reforma do amparo mas não a da sua eliminação, «*See, for example, ARAGÓN REYES, Problemas del recurso de amparo, PABLO PÉREZ TREMPS, Tribunal constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador, both in Pablo Pérez Tremps (coord), La reforma del recurso de amparo, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 145 and forward and 177 and forward respectively, for the Spanish case, JUTTA LIMBACH, Función y significado del recurso constitucional en Alemania, Cuestiones Constitucionales, 3, 2000, pp. 67 and ff, affirming «The elimination of the constitutional complaint is not being discussed since the citizens have already internalized the 'pilgrimage to Karlsruhe' (meaning here the German Constitutional Court) to such an extent that is no longer possible to imagine our legal system without the constitutional complaint » p. 87, for Germany; regarding Mexico, for example, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, La reforma en el derecho de amparo, in Ensayos sobre el derecho de amparo, Porruá/UNAM, 2003, CARLOS NATARÉN, Breves reflexiones sobre las funciones del amparo para efectos y las propuestas de su reforma, in La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VII, Procesos constitucionales de libertad; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, (coord), Universidad Nacional Autónoma De México/Instituto Mexicano De Derecho Procesal* Constitucional/Marcial

formalmente crismado – para que serve senão para contribuir precisamente, na vertente da defesa dos direitos subjectivos públicos dos cidadãos, para a construção e sedimentação do Estado de Direito?

Pons, 2008. The *reform is also being an issue – but not the elimination – in other legal systems, such as in Argentina, JORGE REINALDO VANOSSI, La expectativa de una nueva "Ley de Amparo", in idem, or in Nicaragua, FRANCISCO ROSALES ARGUELLO, Propuesta de reforma a la Ley de Amparo de Nicaragua, also in idem, and the collection of chpaters touching a dozen cases vis-a-vis reform, SAMUEL B. YUPANQUI/PABLO PÉREZ TREMPS, La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada, Palestra, 2009. As said recently, «However, if not properly designed, these systems are likely to result in the overburdening of a constitutional or supreme court due to the high number of applications lodged.», GIANLUCA GENTILI, A Comparative Perspective on Direct Access to Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin America: Assessing Advantages for the Italian Constitutional Court, , 29 Penn St. Int'l L. Rev., 2010-2011, p. 709.».* E acrescentávamos*, «See, for a good summary of the problems (overload), previous proposals (e.g. certiorari, reducing the scope of protected fundamental Rights) and implemented reform, ANA ESPINOSA DÍAZ, El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma, Indret 2/2010. See also for some balance on the Spanish reform results and suggestions, ARAGÓN REYES, La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constituciona, Revista Española de Derecho Constitucional, 85, 2009, MARIO HERNÁNDEZ RAMOS, La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luces y sombras de cuatro años de actividad, Revista Aranzadi Doctrinal, 3/2011, idem, Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales, Revista de las Cortes Generales, núm. 73, 2008, pp. 31 and ff., .MANUEL PULIDO QUECEDO, El requisito de "la especial trascendencia constitucional" en el recurso de amparo, Revista Aranzadi Doctrinal, 6/2009*.», PAULO CARDINAL, *The writ of amparo: a new lighthouse for the rule of law in the Philippines?,* a publicar em Philippine Law Journal.

DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL

UMA NÓTULA INTRODUTÓRIA

DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL – UMA NÓTULA INTRODUTÓRIA - *

No âmbito desta vossa Educação para a Cidadania e, particularmente, no tópico ***Cidadania e Direitos Humanos***, entende-se (e pretende-se) que «*esta área temática decorre da necessidade de aquisição de um conjunto de saberes e de desenvolvimento de competências que sustentam a formação do indivíduo e do cidadão no seu vínculo jurídico ao estado português, balizado por direitos e deveres consagrados na Constituição da República Portuguesa, mas também enquanto cidadão aberto ao exercício de uma cidadania europeia e global, promotora de coesão social, no respeito pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.*» (Orientações Curriculares - Formação Cívica , 10.º Ano - Cursos Científico-Humanísticos).

Pois bem, perante tamanho objectivo – elevado, complexo e multifacetado mas também louvável e necessário nestes alvores do século XXI – procurarei trazer aqui a este jovem auditório do futuro e em tão curto tempo de prelecção, de uma forma que se pretende muito breve mas criteriosa na escolha dos elementos, de uma forma simplificada mas tecnicamente correcta somente com uma intensidade jurídica atenuada, uma panorâmica assente em três eixos essenciais:

- A Democracia.

* Palestra na Escola Portuguesa de Macau, no âmbito do tema *Cidadania e Direitos Humanos* da disciplina de Educação Cívica, Fevereiro de 2012.

- A nossa Constituição da República Portuguesa.

- O menu de Direitos Fundamentais.

Para uma outra oportunidade ficará uma introdução à dimensão internacional dos meus, dos vosso, dos nossos direitos: a questão dos Direitos Humanos, em sentido próprio. Como, porventura também, uma abordagem à organização política do Estado, assente no principio da separação de poderes e na regionalização e autonomia municipal.

- Democracia – É sempre importante fazer um exercício de memória e recordar que, se hoje, temos a Constituição que temos, gozamos de todos estes direitos fundamentais, e de uma forma geralmente efectiva, se existem Regiões Autónomas, se há eleições livres, directas e democráticas, se há igualdade entre homem e mulher, se somos membros da União Europeia, se não vamos para a cadeia por publicar num jornal uma crítica à governação do País, etc., etc., etc., tudo isso de deve, em primeiro lugar – em primeiro lugar temporal e em primeiro lugar de importância - à Democracia. Por outras palavras, sem democracia estaríamos ainda a viver sob o jugo da ditadura fascizante, o apelidado O Estado Novo (1926-1974), onde, o que acima referi, não seria possível para vós.

Foi com o 25 de Abril, de 1974, que as portas da democracia e da modernidade se abriram a Portugal. Naturalmente, com algumas *dores de crescimento*, com alguns excessos durante o processo de concretização mas, a final, culminando com a consagração verdadeira e efectiva de um *Estado de Direito*. Um Estado Constitucional Democrático de Direito e de direitos. Um Estado onde se respira liberdade, mesmo em tempos de crise económica e/ou política.

«*Uma das primeiras preocupações do Movimento das Forças Armadas, expressa nas medidas imediatas do seu programa - fundamentado na necessidade de definição de uma "política ultramarina que conduza à paz (...) só possível com o saneamento da actual política interna e das suas instituições, tornando-as, pela via democrática, indiscutidas representantes do Povo Português" - foi a convocação, no prazo de um ano, de uma Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal directo e secreto.*». (sitio da Assembleia da República).

Foi também com a Democracia e sua consolidação que se acabou com a PIDE (polícia política), com a censura, com a prisão por delito de opinião, com o colonialismo luso, com concepções sociais e jurídicas bafientas (por exemplo a figura dos filhos ilegítimos ou do chefe de família) e, naturalmente, se aboliu a Constituição Salazarista de 1933.

A revolução militar cumpriu as suas promessas de democracia e abertura e consolidação de direitos – o que muitas vezes não acontece – e, na verdade, procedeu à instauração da democracia.

Num primeiro momento organizando eleições para a Assembleia Constituinte, isto é «*depois da realização de um recenseamento eleitoral considerado exemplar, votaram todos os cidadãos maiores de 18 anos, independentemente do sexo, nível de instrução ou capacidade económica, com excepção dos responsáveis e colaboradores do anterior regime.*» (sítio da Assembleia da República).

Num segundo e definitivo momento, isto é depois de aprovada a Constituição de 1976, criou-se um regime de separação de poderes e de cariz semi-presidencial, de mecanismos de controlo mútuo, de tribunais independentes (e, mais tarde, a criação de um Tribunal Constitucional que controla a obediência das leis e regulamentos à Constituição), e com a eleição livre directa e regular dos órgãos de soberania Assembleia da República e Presidente da República e, indirectamente, do Governo, o qual, nomeado pelo Presidente, reflecte todavia a composição do Parlamento. O líder do partido mais votado em eleições legislativas é convidado para Primeiro Ministro. E ainda a eleição livre, directa e regular dos órgãos autárquicos (municípios e freguesias) e dos órgãos regionais nos Açores e na Madeira. Posteriormente ainda com a realização de eleições livres, directas e regulares dos representantes portugueses ao Parlamento Europeu.

Refira-se ainda a integração de Portugal na União Europeia, anteriormente CEE, *clube* reservado apenas a Estados Democráticos. Tal adesão, a 1 de Janeiro de 1986, significou uma consolidação democrática e também económica e social do País. Portugal antes da Democracia era um Estado isolado, pobre e depauperado pela guerras coloniais, com muita gente pobre e uma elevada taxa de analfabetismo, com profundas desigualdades sociais.

E implicou, gradualmente, uma *importação* da legislação europeia, uma comunhão de políticas e uma abertura de Portugal à Europa e à modernidade.

- Constituição da República Portuguesa – A Constituição portuguesa foi aprovada no dia 2 de Abril de 1976, tendo criado um parlamento, detentor do primado da função legislativa e com competências de fiscalização política do Governo e da Administração Pública, que foi designado por Assembleia da República, estabeleceu o multipartidarismo, tendo ainda instituído regiões autónomas, e, entre muitas outras novidades democráticas, criou uma verdadeira carta de direitos fundamentais e o Provedor de Justiça.

Posteriormente, a Constituição foi sofrendo várias e profundas alterações ao longo dos seus 7 processos de revisão – por exemplo, foi criado um Tribunal Constitucional e foram reforçados vários direitos fundamentais. A revisão mais recente data de 2005. Prevê-se uma oitava revisão constitucional.

A nossa Constituição, por comparação com outras, é longa, detalhada e penetrante em muitas e muitas áreas da sociedade, da economia, da cultura e do Direito – por exemplo o direito civil, o direito penal, o direito administrativo. Na verdade, com cerca de 300 artigos é um dos mais extensos textos constitucionais.

Ela acha-se dividida, para além do Preâmbulo, em Princípios fundamentais, onde se estabelece, por exemplo, logo no Artigo 1.º, que «*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*», no Artigo 2.º, «*Estado de direito democrático, A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.*», entre outros princípios mais como os da soberania e legalidade, do sufrágio universal e partidos políticos, para além de definir tarefas fundamentais do Estado no artigo 9.º:

«São tarefas fundamentais do Estado:

a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam;

b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;

d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;

f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa;

g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;

h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.».

Para além do referido, a CRP tem ainda partes e títulos dedicados aos direitos e deveres fundamentais, à organização económica, à organização do poder político, aos tribunais, ao Tribunal Constitucional, às Regiões Autónomas, ao poder local, à Administração Pública, à defesa nacional, à garantia e revisão da constituição, entre outras matérias.

É preciso referir que a CRP é uma verdadeira lei, é o *Código Constitucional*, não é, pois, como ocorre em algumas paragens, uma mera declaração de intenções, sem força

normativa, sem concretização, sem obediência. É uma lei e, claro, uma lei com uma natureza especial e com uma força especial porquanto se sobrepõe a qualquer outra lei ou decreto-lei. É a lei suprema do Estado português, «*O Estado subordina-se à Constituição*», como se diz no n.º 2 do seu artigo 3.º.

- Direitos Fundamentais – Os direitos fundamentais são isso mesmo: fundamentais. Não são apenas e só *direitos normais*. Por exemplo, os chamados direitos obrigacionais, isto é, resultantes de um contrato (normalmente). Por exemplo, o direito a receber o preço que acordei quando vendi o automóvel. Ou direitos *societários,* por exemplo o direito dos sócios verem os livros da sociedade.

Os direitos fundamentais, por natureza e por força normativa, são direitos que estão *acima* dos outros direitos normais. São uma espécie de *General* de entre o longo exército dos direitos no sistema jurídico. Metaforicamente, são direitos revestidos de armadura, são trunfos, São mais importantes, são mais essenciais, estão mais protegidos (a diversos níveis), são universais, são pessoais, são permanentes, são, em princípio, indisponíveis ou irrenunciáveis e, em tradição, são direitos que se opõem, principalmente, ao Estado. São, tradicionalmente, direitos perante – senão mesmo contra – os poderes públicos. São direitos que decorrem de, e se relacionam com, valores absolutamente relevantes e inescapáveis como a dignidade humana, a democracia, a igualdade, a não discriminação.

Os direitos fundamentais estão, na sua maioria, expostos na Constituição. Sobretudo na Parte I, que lhes é inteiramente dedicada, mas também ao correr da CRP. Há ainda abertura para acolher mais direitos fundamentais que estejam previstos em instrumentos de direito internacional e em leis, para além de afirmar que «*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*», no n.º 2 do artigo 16.º, norma de escassez prática (dada a grande extensão do catálogo da CRP) mas todavia emblemática.

O catálogo de direitos fundamentais, além de aberto como vimos, é extraordinariamente profuso, vasto, detalhado, abrangente e mais outros tantos adjectivos se assim

quiséssemos. Como escreveu um conhecido constitucionalista, «*sistema de direitos que, no seio da Constituição Portuguesa, aparece – arriscámo-nos a dizê-lo – como um dos mais aperfeiçoados do Globo*», Jorge Bacelar Gouveia, em *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*.

A CRP apresenta uma grande divisão dos direitos fundamentais: direitos, liberdades e garantias, por um lado e direitos económicos, sociais e culturais, pelo outro. *Grosso modo*, aqueles são mais fortes, mais exigíveis, mais detalhados, mais concretizados e mais protegidos do que estes direitos económicos, sociais e culturais.

Dentro dos direitos, liberdades e garantias, a CRP abre três *tipos*, direitos, liberdades e garantias pessoais (por exemplo, o direito à vida, o direito à integridade pessoal, direito à liberdade e à segurança, a liberdade religiosa, o direito de manifestação, a liberdade de associação, a liberdade de imprensa, a liberdade de aprender e ensinar) direitos, liberdades e garantias de participação política (por exemplo, o direito de sufrágio, partidos políticos ou o direito de petição), direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (nomeadamente, a liberdade sindical, o direito à greve e os direitos das associações sindicais).

De outra óptica, se pode também afirmar que a CRP acolhe as chamadas várias gerações de direitos fundamentais, ou pelo menos, as três primeiras (tese de Karel Vasak, inspirada nos valores *inscritos* na bandeira francesa, liberdade, igualdade e fraternidade). Da 1.ª geração, aqueles direitos civis e políticos (por exemplo direito de eleger, direito de reunião), da 2.ª os direitos relacionados com o Estado Social, o Estado que se preocupa com um bem estar mínimo dos seus cidadãos (por exemplo, direito à saúde, direito ao trabalho), e da 3.ª geração, ligados ao ambiente e qualidade de vida. Assinale-se que em Macau, em geral, também assim acontece na Lei Básica. Fala-se também já de direitos de 4.ª geração, aqueles ligados à bioética, por exemplo relativos ao património genético, clonagem, etc., e, porventura de direitos de 5.ª geração – o direito à Paz. Esta ideia de gerações de direitos fundamentais, a assumir alguma utilidade tem necessariamente de perceber que uma nova geração não anula ou afasta a anterior, pelo contrário adiciona-se, isto é não há geração a substituir uma outra mas sim a *coligar-se*.

É preciso sublinhar que, para além do Menu de Direitos Fundamentais, há ainda, para protecção e melhor concretização e compreensão, dos direitos um conjunto deveras importante de princípios gerais: Artigo 12.º - Princípio da universalidade, Artigo 13.º - Princípio da igualdade, Artigo 14.º - Portugueses no estrangeiro, Artigo 15.º - Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus, Artigo 16.º - Âmbito e sentido dos direitos fundamentais, Artigo 17.º - Regime dos direitos, liberdades e garantias, Artigo 18.º - Força jurídica, Artigo 19.º - Suspensão do exercício de direitos, Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, Artigo 21.º - Direito de resistência, Artigo 22.º - Responsabilidade das entidades públicas, Artigo 23.º - Provedor de Justiça.

Assinale-se que algumas das normas constantes destes princípios, por exemplo igualdade, âmbito e sentido, e universalidade, aplicam-se indistintamente aos direitos fundamentais, ao passo que outras apenas aos direitos, liberdades e garantias, por exemplo, as constantes dos artigos 17.º, 18.º, 21.º.

Os direitos fundamentais, mesmo aqueles que estão mais protegidos e mais fortes – os direitos, liberdades e garantias – não são absolutamente ilimitados, com excepção porventura do direito à vida e da liberdade de consciência (esta na sua vertente pura, já não na exteriorização dessa liberdade de consciência). Mas estes direitos não são livremente limitados sem critério, sem fronteiras. Por exemplo, as intervenções limitadoras aos direitos, liberdade e garantias, para serem legítimas, devem ter determinados requisitos, ou estão logo definidas na CRP ou então, por exemplo, devem ocorrer apenas para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e ser proporcionais, adequadas e necessárias, isto é, há uma proibição de excesso das restrições, há limites às limitações destes direitos fundamentais.

Pela sua importância extrema e porque assim se aponta nas referidas orientações curriculares em matéria de *Cidadania e Direitos Humanos*, é mister reproduzir aqui alguns preceitos da CRP de princípios gerais dos direitos fundamentais.

*«**Artigo 12.º***
Princípio da universalidade

*1. **Todos os cidadãos gozam dos direitos** e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.*

*2. **As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis** com a sua natureza.»*

*«**Artigo 18.º***
Força jurídica

*1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são **directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas**.*

*2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo **as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos**.*

*3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e **não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial** dos preceitos constitucionais.»*

*«**Artigo 20.º***
Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

*1. **A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos** e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.*

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas,

ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.»

«Artigo 21.º
Direito de resistência

Todos têm o direito de ***resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias*** *e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.»*

«Artigo 22.º
Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis*, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.».*

«Artigo 23.º
Provedor de Justiça

1. ***Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões***

***dos poderes públicos ao Provedor de Justiça**, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.*

2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios graciosos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.

*3. **O Provedor de Justiça é um órgão independente**, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.*

4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.»

E, *last but definitely not the least*,

«Artigo 13.º

Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

***2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual**.»*

A consagração do princípio da igualdade e do princípio da não discriminação são, a par com a afirmação da dignidade humana, transversais e estruturantes de todo o sistema de direitos fundamentais em Portugal mas também da organização política do Estado e estendem-se à sociedade. O mesmo se podendo dizer relativamente à RAEM, onde aqueles três valores estão consagrados formalmente na Lei Básica.

Sublinhe-se que as *categorias suspeitas* no número 2, por exemplo raça, língua, convicções políticas, são apenas enunciados exemplificativos de elementos que não po-

derão operar discriminações indevidas. Significa isto que também será ilegítimo fazer uma discriminação indevida com base noutro item, por exemplo o património genético. A CRP aponta estes elementos, sobretudo os que tradicionalmente mais agridem os direitos fundamentais e os que constam de instrumentos internacionais, mas não exclui outros. Este é, pois, o conteúdo mínimo da proibição do arbítrio. Como ocorre, por exemplo, com a Lei Básica de Macau.

Uma questão muito importante, e muito debatida e sem consenso, é a de saber se os direitos fundamentais também se aplicam nas relações entre privados. Isto é, se é só o Estado que deve respeitar o meu direito fundamental ou também o meu vizinho, o meu colega, o perfeito desconhecido, a empresa com que me relaciono, etc., etc.. Como disse não há consenso e, na memória dos direitos fundamentais estes surgem para proteger o cidadão do Estado mas, por outro lado, a CRP diz que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades privadas e, no mínimo, (sublinhe-se, no mínimo), haverá um dever especial do Estado em proteger os direitos fundamentais dos seus cidadãos quando estes são violados por outros particulares, os chamados *deveres estatais de protecção*.

E agora, pergunta-se, como é que tudo isto se passa no mundo real? Que tipo de casos sucedem? O Estado respeita os direitos fundamentais? E as outras pessoas individuais ou empresas? Sobretudo quando em causa está a chamada relação especial de domínio, que, em determinadas circunstâncias, poderá acontecer, por exemplo, entre professor-aluno, entre patrão-empregado, entre médico-paciente, entre chefe-subordinado, entre senhorio-inquilino, entre guarda prisional-preso, etc.

Vejamos então alguns exemplos reais. Exemplos que, na verdade, ocorreram e que são ilustrativos, acompanhados de uma brevíssima resposta do reputadíssimo constitucionalista Gomes Canotilho (*Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias*):

> *«Uma instituição bancária privada preencheu todos os seus quadros de pessoal recrutando exclusivamente indivíduos do sexo masculino. Dado*

que não está cientificamente demonstrado que as mulheres sejam alérgicas ao "trabalho bancário", há sérios indícios de discriminação no trabalho baseada no sexo, em clara violação do princípio constitucional da igualdade!? »

«A empresa x contratou dois indivíduos de sexo feminino para o seu serviço de informática, mas condicionou a realização e manutenção do contrato a três cláusulas:

(1) sujeitarem-se a testes de gravidez no momento de admissão;

(2) aceitarem como justa causa de despedimento a ocorrência de gravidez durante o contrato;

(3) considerar-se também como justa causa de despedimento o facto eventual de virem a servir de mães hospedeiras ("barriga de aluguer") durante a vigência do contrato.

Como conciliar estas cláusulas com direitos de personalidade tão importantes como a intimidade da vida privada e o direito de constituir família?»

«Num contrato privado de compra e venda de imóveis incluiu-se uma cláusula resolutória, que condicionava a compra ou o arrendamento à titularidade exclusiva de brancos. Recorta-se, assim, num negócio jurídico-privado uma área de segregação racial.»

«O senhor x, professor de matemática, contratado por um estabelecimento de ensino privado confessional, viu rescindido o seu contrato de docência pelo facto de se ter divorciado e, subsequentemente, ter contraído novo casamento. Prima facie, há aqui uma violação, por um estabelecimento privado, do direito constitucional a constituição de família e de celebração do casamento?»

E agora, trago um exemplo muito recente, finais de Janeiro, ocorrido num jornal

diário português, e que se transcreve na crónica de Ferreira Fernandes:

> *«Quando há uma mãe negra a dar um beijo no seu bebé e a notícia é que o bebé acabou de morrer, e na caixa de comentário há um leitor que escreve: «Ainda bem, vamos pagar menos subsídios», eu tenho três certezas. Uma, é que aquilo não é uma caixa de comentários, é um esgoto; e, duas, aquilo não é um leitor, é um canalha. E a terceira é que ambos «aquilos» têm de ser extirpados.»*
>
> Que vos parece tudo isto?

Em síntese de conclusão, não basta termos direitos fundamentais *encartados*, precisamos de ter mecanismos de efectivação e protecção, fora de tribunais e com tribunais, precisamos de popularizar os direitos, dá-los a conhecer a todos e a todos sensibilizar.

Para aqueles de vós a quem tenha despertado interesse acrescido e queiram procurar saber mais, deixo aqui algumas sugestões de leitura e de consulta:

Gones Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I., 4.ª edição, Coimbra Editora.

Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2.ª edição.

J.C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, Almedina, 4.ª edição.

Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra Editora, 3.ª edição.

E, com uma leitura simples e acessível, numa publicação não destinada originalmente a juristas, mas mantendo precisão jurídica e uma boa selectividade de temas,

J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Principia, 2007.

Sugiro ainda umas visitas a diversos sítios na Internet começando com o da Assembleia da República e o da Provedoria de Justiça:

http://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/default.aspx;

http://www.provedor-jus.pt/.

PORTUGAL E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

ALGUNS TÓPICOS INTRODUTÓRIOS

PORTUGAL E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – ALGUNS TÓPICOS INTRODUTÓRIOS - *

Recorde-se que, no âmbito desta vossa Educação para a Cidadania e, particularmente, no tópico ***Cidadania e Direitos Humanos***, considera-se que «*esta área temática decorre da necessidade de aquisição de um conjunto de saberes e de desenvolvimento de competências que sustentam a formação do indivíduo e do cidadão no seu vínculo jurídico ao estado português, balizado por direitos e deveres consagrados na Constituição da República Portuguesa, mas também enquanto cidadão aberto ao exercício de uma cidadania europeia e global, promotora de coesão social, no respeito pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.*», daí que se pretenda que uma das aprendizagens adquiridas por vós seja que conheçam e defendam «*os direitos fundamentais consagrados nos principais documentos relativos aos direitos humanos – Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção dos Direitos da Criança, Convenção Europeia dos Direitos Humanos – e os organismos internacionais e europeus que zelam pelo seu cumprimento.*», (Orientações Curriculares - Formação Cívica , 10.º Ano - Cursos Científico-Humanísticos).

Vamos então, neste nosso breve encontro, abordar este tema tão importante e actual, em três grandes partes distintas, mas interligadas:

- O Direito Internacional dos Direitos Humanos

- A Comunidade Internacional

* Palestra na Escola Portuguesa de Macau, no âmbito do tema *Cidadania e Direitos Humanos* da disciplina de Educação Cívica, Fevereiro de 2012.

- As relações de Portugal com o Direito Internacional dos Direitos Humanos

- O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A ONU define os direitos humanos como «*garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra acções ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana*».

Ao falar de Direitos Humanos estamos a tratar de direitos de todos nós e que são tão imediatamente naturais como o direito à vida, o direito à liberdade e segurança pessoais, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão. Enfim, direitos inerentes à condição humana. Direitos de que gozamos simplesmente, e imediatamente, por sermos humanos.

É preciso sublinhar que os Direitos Humanos radicam-se, centram-se e espraiam-se na, e a partir da, dignidade humana - daí se podendo também afirmar, com o grande filósofo português, Acílio Estanqueiro Rocha, que se deve *Pensar radicalmente a humanidade*.

Ou então, evocando o princípio da dignidade humana, nunca é demais lembrar, Kant e o "imperativo categórico", na segunda fórmula: «*Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio*», Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* [1785].

Os direitos humanos estão, pois, garantidos e suportados internacionalmente e são juridicamente protegidos por mecanismos vários – por exemplo através da estatuição de tribunais internacionais e de outros órgãos quase jurisdicionais, por exemplo comissões internacionais - e, reflexivamente, também por meios não jurídicos mas também relevantes, como a actuação de ONGs, a opinião pública internacional, e mesmo, ao menos em algumas situações, a diplomacia, a política internacional – esta quando não se torna, pelo contrário, ela própria uma inimiga dos Direitos Humanos.

Com efeito, com vista a promover a sua efectiva realização e monitorizar a sua violação, muitos órgãos têm vindo a ser criados desde meados do século XX, no âmbito das organizações internacionais vocacionadas para a promoção e defesa dos Direitos Humanos

como, por exemplo, a ONU, o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos, a União Africana. Notem que, no âmbito da Ásia, não existe um tratado regional menos ainda uma organização e órgãos próprios para defender os Direitos Humanos.

No entanto, não se pode hoje dizer que a força dos Direitos Humanos se esgota no plano internacional. Projecta-se também para o plano interno de cada um dos Estados, ainda que com diferenças entre cada Estado. E assim se interligando, complementando, reforçando os direitos fundamentais – estabelecidos e concretizados pelas Constituições e outras leis internas e próprias de cada Estado.

As normas dos Direitos Humanos são internacionais – e não nacionais - e colocam obrigações nos Estados, e suas instituições e seus agentes, e protegem os indivíduos, primacialmente, mas também grupos, e, «*Não podem ser suprimidos nem negados e são iguais e interdependentes: isto é, nenhum deles é mais importante que os demais e o gozo de qualquer um afecta o gozo dos restantes (por exemplo, é pouco provável que alguém com fome – vítima de violação do direito humano a uma alimentação adequada – consiga exercer o seu direito de voto em igualdade de condições com alguém que não passe fome).*», Raquel Tavares, *O Que São Os Direitos Humanos?*, GDDC. Há pois uma responsabilidade de protecção dos Direitos Humanos por parte dos Estados.

No plano internacional, prevalece sempre o direito internacional, todavia, no plano interno de cada Estado, normalmente, prevalece o direito constitucional de cada um.

Uma tendência que se vem verificando e que espelha uma importância acrescida do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o de os Estados conferirem expressamente, na sua ordem interna, um valor acrescido aos tratados dos Direitos do Homem. Isto é, o seu valor é especial, reforçado, por comparação com os outros tratados internacionais. Por exemplo, no Brasil, a Constituição afirma que os tratados sobre direitos humanos, verificados alguns requisitos, serão equivalentes às emendas constitucionais. Mas também a Argentina, que identifica um generoso catálogo de tratados internacionais de Direitos Humanos, como por exemplo, a DUDH ou a Convenção dos Direitos da Criança, afirmando que estão dotados de hierarquia constitucional. Outros exemplos mais de tratamento diferenciado e reforçado, podem ser vistos na Colômbia, na Costa Rica, e, ao menos em alguma medida, em Macau, por força do especial regime de garantia e supremacia, apresentado no artigo 40.º da *Constituição* de Macau, a Lei Básica, que refere que as restrições aos direitos fundamentais não podem nunca ir contra as aplicáveis disposições do Pacto Internacional sobre

os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho.

É preciso salientar, no entanto, a vinculatividade e a força normativa dos Direitos Humanos, mas também a auto cedência em função do princípio da cláusula do indivíduo mais favorecido. Na verdade, toda a dinâmica do Direito Internacional dos Direitos Humanos assenta na protecção, no reforço, na consolidação pelo que seria absolutamente *contra natura* que as suas normas, afinal, servissem para diminuir e não para fortalecer direitos, para atenuar e não para reforçar direitos, para infirmar e não para os afirmar. Por isso é que é normal a preocupação em consagrar normas que afirmam que se o Direito interno de um País proteger melhor determinado direito do que a *correspondente* norma internacional, então isto não pode servir de desculpa para aplicar a que menos protege o direito mesmo que tenha uma hierarquia superior.

Exemplos:

Convenção sobre os Direitos da Criança

«Artigo 41.º

Nenhuma disposição da presente Convenção afecta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos da criança que possam figurar:

a) Na legislação de um Estado Parte;

b) No direito internacional em vigor para esse Estado.»

PIDCP,

Artigo 5.º, 2 «*Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor em todo o Estado Parte no presente Pacto em aplicação de leis, de convenções, de regulamentos ou de costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.*»

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

«Artigo 53.º

(Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via)

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sen-

tido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.»

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

« Artigo 53.o

Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.»

E outros exemplos mais poderiam aqui ser referidos como o PIDESC ou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

«*Ora, nunca como no presente, os direitos humanos parecem ter gozado, à escala planetária, de um grau de reconhecimento jurídico comparável*.», diz-nos Acílio Estanqueiro Rocha. Aqui chegados, importa perguntar, como muitos têm feito, se não haverá direitos humanos a mais – aqui entendidos em sentido amplo direitos humanos e direitos fundamentais – e que, por isso ,a protecção aos *verdadeiros* e *importantes* direitos acaba por ser prejudicada.

John Tasioulas, *A Realidade Moral dos Direitos Humanos*, escreve em prosa rica e provocadora, «*A recente elevação do discurso de direitos humanos à categoria de língua franca ética contribuiu para uma desordenada proliferação de demandas de direitos incompatíveis e mesmo frequentemente inverosímeis. Para evitar que os direitos humanos sejam vítimas da sua própria popularidade, requer-se que, de uma forma organizada conforme princípios, se distinga os verdadeiros direitos da suposta avalanche de direitos falsos. Não é adequado responder a esta situação apelando aos 'direitos humanos' proclamados nos tratados e declarações internacionais... carecem do necessário carác-*

ter universal...». Deixo-vos a interrogação, referindo somente que este, contrariamente a outros, não é um discurso anti-direitos humanos por si, pelo contrário visa defendê-los, e, por outro lado, creio que mais direitos não significa sempre melhores direitos mas menos direitos também não inculcam melhores direitos.

Entre os principais instrumentos internacionais de direitos humanos, destacam-se, a nível universal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (que não é um tratado) e os nove principais tratados da ONU: Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de meados dos anos 60 do século passado, e sete outros tratados, por exemplo, em matéria de direitos da criança, discriminação racial, discriminação contra as mulheres, tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Mas, podem perguntar, então quem é que controla o respeito por todos estes instrumentos? Na ONU, para cada um dos tratados principais, existe um comité de peritos que controla a aplicação, aprecia relatórios nacionais, faz recomendações. Mas também os órgãos primários da ONU, estabelecidos na carta das Nações Unidas, como a Assembleia Geral, o Conselho de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos, se pronunciam sobre violações de direitos humanos. A nível regional, como veremos, existem três tribunais de direitos humanos, na Europa, nas Américas e em África, isto para além de conjunto muito grande de outros órgãos e entidades que se pronunciam sobre estas matérias.

Um ponto muito importante a sublinhar é que, como vimos, para cada um dos tratados da ONU, existe um comité que faz a avaliação do cumprimento pelos Estados Partes das obrigações que assumiram em virtude da *adesão* a esse tratado em concreto. Por outro lado, nos termos do Protocolo facultativo ao PIDCP, «*Artigo 2.º, ... os particulares que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis podem apresentar uma comunicação escrita ao Comité para que este a examine.*». Refira-se que na RAEM vigora o PIDCP mas não este primeiro protocolo facultativo.

A nível europeu, o tratado mais conhecido é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cuja violação é susceptível de dar lugar a queixa individual, isto é da pessoa lesada, para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. «*Artigo 34.º, (Petições individuais), O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer*

Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.».

Na União Europeia temos a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, depois de alguns tropeços, acabou por entrar em vigor em 2009, com o Tratado de Lisboa.

Ao nível inter-americano, muito desenvolvido, os mais importantes tratados são a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, também aqui, as pessoas podem apresentar queixas directamente. «*Artigo 44.º, Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte*.». Dentro do sistema instituído pela União Africana, destaca-se a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

No plano interno, e dado que é o Estado o principal destinatário das obrigações de direitos humanos, é fundamental o papel desempenhado pelo Estado, pelas suas instituições e pelos seus funcionários, incluindo o exército, a polícia e os tribunais.

- UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL *AMIGA* DOS DIREITOS HUMANOS

Quando falamos em direitos humanos temos de pensar sempre no *meio ambiente dos Direitos Humanos*, isto é na comunidade onde eles existem, onde se exercem, nas pessoas quem se destinam, nas entidades a quem obrigam e limitam.

Não devemos pois olhar isoladamente para os Direitos Humanos. Precisamos de os contextualizar no meio onde se inserem e, por isso, falo em comunidade internacional amiga dos direitos humanos. Isto é, numa *aldeia global* que se apresente com tendências, vocação e vontade de efectivamente promover, providenciar e garantir os direitos humanos.

Se tivermos um rol imenso de declarações e tratados de direitos humanos mas a comunidade internacional, isto é o conjunto de Estados e outras entidades, for, na verdade, na realidade, adversa à concretização dos direitos, ou olhar e assobiar para o lado porque preferem os negócios, em suma, porque são, como se diz, actores da *realpolitik*, então

poucas condições haverá para os direitos humanos efectivamente florescerem.

Por outro lado, vem sempre à liça, mais numas paragens geográficas do que noutras, a ideia de universalidade dos Direitos Humanos, ou sua falta – mais se dizendo que são uma imposição do Ocidente. Com isto se procurando explicar, as mais das vezes e *no fundo no fundo*, e com uma fórmula simples e atractiva, violações dos direitos.

Raimundo Panikkar, famoso defensor do diálogo intercultural, avisa a propósito de saber se os direitos humanos são uma conceito ocidental, «*devemos encarar este tópico com grade receio e respeito*». Em termos muito simples, ele acaba por concluir que o conceito de direitos humanos são uma criação ocidental sim mas tal não deve ser impeditivo que o Mundo procure declarar e implementar os direitos humanos. (Em, *Is the notion of human rights a western concept?*).

Uma outra ideia força que aqui vos posso trazer é a da um certo universalismo da comunidade internacional, um cosmopolitismo, logo também universalismo e cosmopolitismo dos direitos humanos, assente em princípios comuns como a dignidade humana, a democracia, e o respeito e tolerância sem colocar em causa aqueles radicais mínimos, traduzida e alicerçada em importantes figuras como Kant e a sua *Paz Perpétua*, John Rawls e o seu *Direito das Gentes* ou Jurgen Habermas, em *The Divided West* e *Kant's Idea of Perpetual Peace: At Two Hundred Years' Historical Remove* mas também o filósofo chinês Mozi, na sua obra homónima.

Dizia Mozi, «*Quando todos os povos do mundo se amarem uns aos outros, então o forte não dominará o fraco, os grandes não oprimirão os pequenos, os ricos não ofenderão os pobres, os senhores não humilharão os humildes, os espertos não defraudarão os simples*».

Neste *meio ambiente*, neste universalismo, neste cosmopolitismo, como se pode perceber, o terreno será fértil para a realização efectiva dos Direitos Humanos.

Uma nota deve ser aqui deixada: a centralidade do Homem no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a qual é cada vez mais reclamada e assumida, por forte contraste com o *normal* e *genérico* Direito Internacional, onde o foco principal, e quase aglutinador, é o Estado. Este deverá ser o caminho. Que começa já a ser trilhado com firmeza mas ainda sem a devida plenitude e mudança de eixo de referência. O indivíduo, a pessoa humana, deve ser cada vez mais destinatário directo e ter cada vez mais acesso às instituições internacionais e sem dependência do Estado. Também a propósito deste universalismo e cosmopolitismo mas

não apenas.

- AS RELAÇÕES DE PORTUGAL COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Portugal, deve sublinhar-se, é parte na maioria dos principais tratados de direitos humanos existentes, quer a nível universal, quer no plano regional, tornando Portugal um real membro do cosmopolitismo dos Direitos Humanos. Isto significa ainda que esses tratados vigoram no sistema jurídico português e *beneficiam* os seus cidadãos. Eis então alguns exemplos mais significativos:

Principais instrumentos internacionais de direitos humanos de que Portugal é parte

Nações Unidas

- Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

- Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

- Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte

- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

- Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

- Convenção sobre os Direitos da Criança

- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participa-

ção de Crianças em Conflitos Armados

- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil

- Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes

- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

- Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Organização Internacional do Trabalho

- Convenção n.º 29 da OIT, sobre o trabalho forçado ou obrigatório

- Convenção n.º 87 da OIT, sobre a Liberdade Sindical e a Protecção do Direito Sindical

- Convenção n.º 97 da OIT, relativa aos Trabalhadores Migrantes

- Convenção n.º 98 da OIT, sobre a Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Colectiva

- Convenção n.º 100 da OIT, relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual

- Convenção n.º 105 da OIT, sobre a Abolição do Trabalho Forçado

- Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão

- Convenção n.º 138 da OIT, sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego

- Convenção n.º 143 da OIT, relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes

- Convenção n.º 151 da OIT, relativa à Protecção do Direito de Organização e aos Processos de Fixação das Condições de Trabalho da Função Pública

- Convenção n.º 156 da OIT, relativa à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores dos Dois Sexos: Trabalhadores com Responsabilidades Familiares

- Convenção n.º 182 da OIT, relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das

Crianças e à Acção Imediata com vista à sua Eliminação

UNESCO

- Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino

- Protocolo que cria uma Comissão de Conciliação e Bons Ofícios Encarregada de Resolver os Diferendos que Possam Surgir entre os Estados Partes na Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino

Conselho da Europa

- Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

- Protocolo Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

- Protocolo n.º 4 em que se Reconhecem Certos Direitos e Liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo Adicional à Convenção

- Protocolo n.º 6 à Convenção para a Protecção Dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à Abolição da Pena de Morte

- Protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

- Protocolo n.º 13 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

- Protocolo n.º 14 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

- Carta Social Europeia Revista

- Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais

- Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes

- Convenção Europeia Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante

- Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos

- Convenção Europeia sobre a Nacionalidade

- Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

- Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos

Outros fóruns

- Convenção Relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adopção Internacional

- Convenção relativa à Escravatura

- Convenção suplementar relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura

- Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem

- Convenção internacional para a supressão do tráfico de mulheres e crianças

- Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados

- Protocolo de Nova Iorque, de 31 de Janeiro de 1967, adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados

Refira-se ainda outros instrumentos importantes de direitos humanos que não sendo tratados internacionais também não são fontes internas ou domésticas: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Importa esclarecer qual é o posicionamento, e o relacionamento, do Direito Internacional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito em Portugal. No nosso País, o direito internacional vigora em si mesmo não precisando, pois, de ser transformado em leis internas. Isto é, desde que Portugal *adira* a um tratado internacional, as normas deste são direito que vale nos tribunais de Portugal. Normas de que os particulares podem desde logo beneficiar (desde que sejam exequíveis por si mesmo). E, apesar de alguma falta de clareza, considera-se que as normas internacionais prevalecem sobre as leis internas, embora *abai-*

xo da Constituição. Quanto a isto não há distinção entre tratados de direito internacional em geral e tratados de direitos humanos. O que é diferente, como vimos, por exemplo, do Brasil.

Sabemos também que a Constituição tem uma cláusula aberta permitindo receber outros direitos, para além dos que consagra directamente, nomeadamente os constantes das regras aplicáveis de direito internacional, tal como afirma o artigo 16.º , n.º 1. Isto é, Portugal abre os braços à entrada de Direitos Humanos estabelecidos que estão no Direito Internacional, daí engrandecendo o pecúlio dos direitos fundamentais de que são titulares os portugueses.

Por outro lado, sabemos já que é atribuída uma especial função à DUDH no sistema de Direitos Fundamentais português. Com efeito, diz o artigo 16.º, no seu número 2, «*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*.». Esta fórmula acabou por ter seguidores vários, por exemplo, Espanha ou Angola.

A norma, como vimos em anterior seminário, tem uma escassez prática, dada a grande profusão e detalhe do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Portuguesa, mas é emblemática. Carrega, pois, um grande simbolismo, de adesão ao documento que inaugura a fase contemporânea dos Direitos Humanos e que foi a mola impulsionadora do *tsunami* de declaração, promoção e concretização dos Direitos Humanos que hoje vemos. Ao menos no plano da montra.

Importa ainda recordar que Portugal, por virtude de aderir a tantos tratados internacionais, entrega regularmente relatórios sobre a matéria, quer no âmbito geral, quer em âmbitos sectoriais, por exemplo da Convenção dos Direitos da Criança. E, por outro lado, através do PIDCP e seu primeiro protocolo, e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, as pessoas podem, directamente, apresentar queixas do Estado português a entidades internacionais.

Antes de terminarmos, quero deixar algumas notas mais.

Uma primeira tem a ver com uma questão muito complexa que é o da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em tempos, esta distinção era quase hermética e era quase necessária. Hoje, vem sendo matizada ou abandonada por alguns. Não vou aqui apresentar as três principais correntes de distinção – por exemplo os direitos humanos são aqueles que são de todos por serem humanos e não necessitam de consagração – mas apenas dizer que, para os efeitos desta nossa tertúlia, direitos humanos são os que estão declarados ou consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao passo que

os direitos fundamentais são os que estão consagrados nas constituições e leis internas.

Uma segunda nota somente para dar uma mirada dos tratados de direitos humanos que vigoram na RAEM. Eis alguns exemplos, a começar pela por vezes esquecida Declaração Conjunta:

- Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau

- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

- Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

- Convenção sobre os Direitos da Criança

- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados

- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à pornografia

- Convenção Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes

- Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres

- Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial - Convenção de Paris Contra a Discriminação no Campo do Ensino

- Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem

- Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio

- Convenção Relativa à Escravatura

- Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças

- Convenção n.º 182 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Acção Imediata com vista à Sua Eliminação

- Convenção n.º 151 da OIT, relativa à protecção do direito de organização e aos processos de fixação das condições de trabalho da função pública

- Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à Idade Mínima de Admissão ao Emprego

- Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão

- Convenção n.º 105 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a Abolição do Trabalho Forçado

- Convenção n.º 103 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Protecção da Maternidade

- Convenção n.º 100 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-Obra Masculina e Mão-de-Obra Feminina, em Trabalho de Igual Valor

- Convenção n.º 97 da OIT, relativa aos trabalhadores migrantes

- Convenção n.º 98 da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Direito de Organização e Negociação Colectiva

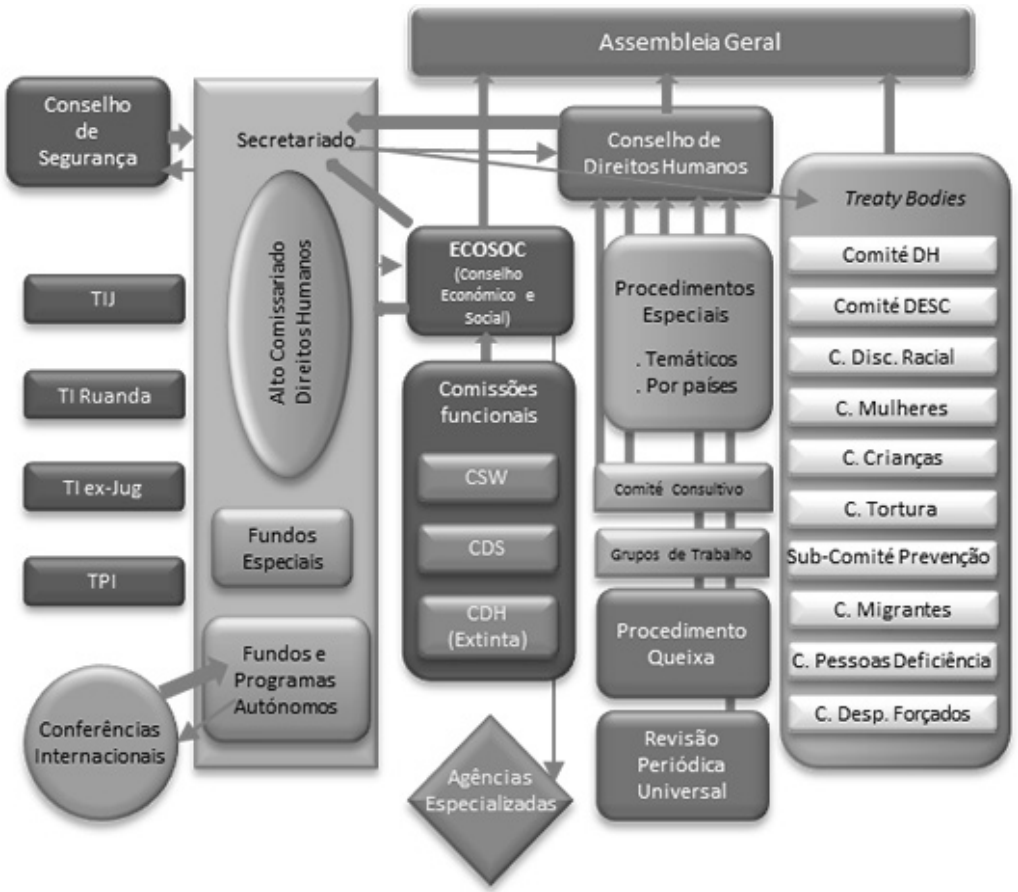
- Convenção n.º 87 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a Liberdade Sindical e a Protecção do Direito Sindical

- Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório

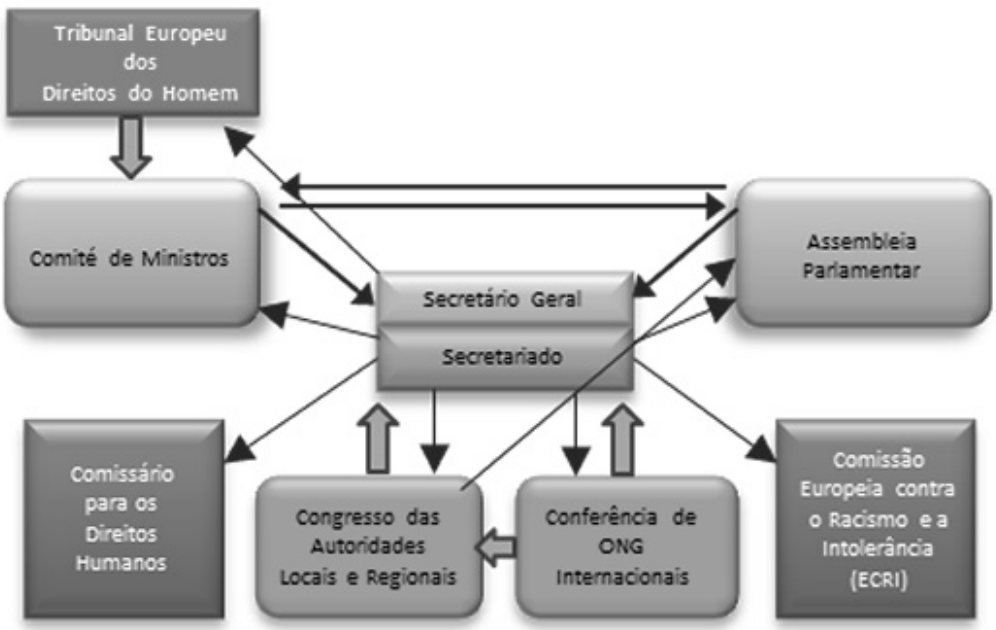
Uma terceira nota para dizer que, em anexo, seguem dois organogramas dos sistemas de direitos humanos, na ONU e no Conselho da Europa, ambos retirados da página do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, http://direitoshumanos.gddc.pt/DireitosHumanos/2_1/IIPAG2_1.htm, os quais, *online*, são interactivos. Aconselho vivamente que explorem esta página assim me dispensando de trazer aqui uma lista de sugestões bibliográficas.

Finalmente, uma motivação de reflexão e investigação para todos vós, já que todos vós são beneficiários de Direitos Humanos, e todos vós sois cidadãos da comunidade internacional.

ORGANOGRAMA DO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS DA ONU



ORGANOGRAMA DO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS DO CONSELHO DA EUROPA



NOTAS SOBRE O REGIME JURÍDICO GERAL DA PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS

EM PARTICULAR NO QUE RESPEITA A REGIMES NORMATIVOS DE ESPECIALIDADE E À TUTELA JUDICIAL ESPECIAL AMPARANTE

NOTAS SOBRE O REGIME JURÍDICO GERAL DA PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS

- Em particular no que respeita a regimes normativos de *especialidade* e à tutela judicial especial amparante -

«*Onde não há privacidade não existe dignidade*»[1]

I

Algumas generalidades sobre privacidade e sua protecção jurídica em Macau

Quando se inicia uma aproximação ao direito fundamental à privacidade de imediato se proclama que se está perante um direito fundamental complexo, sob diversos ângulos, e relativamente jovem, tendo sido já rotulado de direito fundamental do novo milénio. É um direito complexo e não tradicional, comportando várias vertentes - as mais das vezes novas e surgidas á luz das novas tecnologias – e que, por essa razão, não se pode ver frugalmente reconduzido à clássica análise que se faz, por exemplo, a propósito do direito de associação ou da liberdade de religião, para citar apenas um par de exemplos de direitos fundamentais *clássicos*.

Texto de apoio a palestra proferida no CFJJ de Macau, 2012.

1 RAYMOND TANG, Privacy Comissioner for personal data Hong Kong, *A short paper on implementing data privacy principles: How are Governments making it work in the real world*, 2003, www.pco.org.hk.

E, ainda ao jeito de *antecâmara*, pegando de empréstimo as seguintes palavras, «*Na área da informação pessoal de carácter potencialmente excluído do conhecimento público tende a proliferar uma grande variedade de expressões com significados análogos e equívocas distinções jurídicas. Encontram-se nesta categoria a "vida privada", a "reserva da vida privada", a "privacidade", a "protecção de dados", e a privacy. Aparentemente semelhantes, os direitos acima referidos assumem a natureza de direitos da personalidade, no sentido de corresponderem a bens da personalidade reflexos da unidade pessoal e da dignidade humana. O que existe de comum entre os conceitos alinhados respeita à ligação da pessoa ao conhecimento, ao dever de segredo, à possibilidade de ocultação ou de divulgação de informação sobre acções individuais ou com elas relacionadas. Neste sentido, estão enraizados bens da personalidade que dependem da acção individual para terem expressão pública.*»[2].

Colocados estes apontamentos preliminares é mister avançar, convocando-se, precisamente e desde logo, o tecido jurídico-normativo vigente na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.

Comecemos pela lei fundamental de Macau, paramétrica de todos os demais actos normativos *regionais*, precisamente a sua Lei Básica. Esta *constituição local,* não obstante não conter directa e expressamente qualquer artigo dedicado de *per se* à tutela da privacidade em geral e à protecção de dados pessoais em particular, não se acha todavia totalmente arredia e vazia destas problemáticas *jusfundamentais.*

Rememore-se aqui que, nos termos do artigo 30.º da Lei Básica de Macau «*Aos residentes de Macau são reconhecidos (...) o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.*». Todavia, o espectro constitucional de protecção, em diferentes níveis,

2 ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *A privacy nos Estados-Unidos: uma viagem entre o Direito e a Política*, inédito. E adiante, «*O right to privacy tem origem na necesidade da common law actuar perante situações em que através de novos métodos tecnológicos (para o caso, basta pensar nas máquinas fotográficas) desenvolvidos num modelo social baseado numa alargada concentração urbana, num consumismo crescente e, consequentemente, na maior sensibilidade a estratégias de marketing. Todo o exposto torna compreensível a necessidade de introduzir a novidade num sistema baseado na evolução, por natureza mais lento do que a velocidade das transformações do mundo. Desta forma, a jurisprudência e a literatura especializada constituem o reservatório originário de fontes primárias sobre a privacy. São igualmente elementos tecnológicos que estão na origem da "protecção de dados" criada na Alemanha nos anos 70. A introdução de tecnologia avançada, com capacidade para receber, transmitir e cruzar extraordinárias quantidades de informação, de diversas naturezas, despertou nos legisladores dos Estados onde a realidade informática se encontrava mais desenvolvida a necessidade de aprovar legislação dotando indivíduos e autoridades independentes de meios para combater os abusos que pudessem ser provocados pelos poderes público ou privado.».*

da privacidade não se esgota neste preceito. Na verdade, também o artigo 32.º do mesmo diploma fundamental, entre outros, fornece garantias: «*A liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes de Macau são protegidos pela lei. Nenhuma autoridade pública ou indivíduo poderá violar a liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes, sejam quais forem os motivos* (...).».

E ainda em sede de normativos constitucionais, *last but not the least*, enfaticamente se proclama no artigo 30.º da mesma Lei Básica: «*É inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau.*».

Também a Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau, não olvidou a questão – ou parte dela - tendo estabelecido, nomeadamente no ponto V, do seu Anexo I, o direito à inviolabilidade do domicílio e das comunicações[3].

Prosseguindo nos caminhos do direito internacional merece referência o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), desde logo pelo seu especial estatuto no ordenamento jurídico da RAEM[4], o qual estatui, no seu artigo 17.º o princípio da proibição de invasão ilegal e arbitrária da privacidade:

«1. Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais á sua honra e à sua reputação.

2. Toda e qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.».

No plano da legislação ordinária anterior à aprovação de uma lei geral de protecção de dados pessoais, o sistema jurídico de Macau continha já diversas disposições sobre o tema, em diversas vertentes. Desde logo é mister recordar, pela sua inelutável posição em-

3 «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais (...)o direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações...*».

4 Veja-se o artigo 40º da Lei Básica: «*As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau. Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo*.».

blemática, o Código Civil. Na verdade, esta trave mestra do sistema jurídico local, estatuiu em boa hora um conjunto de preceitos relativos a direitos fundamentais pessoais, ou, em terminologia e raiz *juscivilística*, direitos de personalidade.

No caso vertente vale a pena, por razões de comodidade de referência, reproduzir alguns dos seus normativos mais relevantes no assunto:

«Artigo 74.º

(Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada)

1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas; designadamente, a reserva será delimitada pelo âmbito que, por seus próprios actos, a pessoa mantenha reservado e, para as figuras públicas, pela relação existente entre os factos e o motivo da notoriedade.».

E mais estabelece este nobre código, e com particularíssimo relevo para o tema que ora nos ocupa:

«Artigo 79.º

(Protecção de dados pessoais)

1. Toda a pessoa tem direito a tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam, podendo exigir a sua rectificação ou actualização, salvo o disposto em normas especiais sobre segredo de justiça.

2. A recolha de dados pessoais para tratamento informático deve ser feita com vinculação estrita às final idades a que se destinam esses dados, as quais devem ser dadas a conhecer ao seu titular.

3. O acesso a ficheiros e registos informáticos para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros e respectiva interconexão carecem de autorização, para cada caso, da autoridade pública encarregada de fiscalizar a recolha, armazenamento e utilização dos dados pessoais informatizados.»[5].

5 Vários outros preceitos deste diploma se relacionam com vertentes da protecção da privacidade, nomeadamente os artigos 75º (Missivas confidenciais), 76º (Memórias familiares e outros escritos confidenciais).

A protecção jurídica da privacidade no ordenamento jurídico local não se esgotava, no entanto, por aqui. Na verdade, ao nível da tutela penal registe-se o Código Penal que, entre outros normativos de relevo, dedica um capítulo aos «*Crimes contra a reserva da vida privada*», artigos 184.º a 193.º, para os quais se remete na integralidade, pela sua importância[6].

Vários outros diplomas – anteriores à Lei n.º 8/2005 – dedicavam normas com incidência na protecção da privacidade, sendo fastidioso e não muito fácil, fazer o elenco total. A título meramente exemplificativo pode-se mencionar, sem qualquer ordem de relevo:

a) A Lei de Bases de Política Familiar - artigo 6.º sobre privacidade da vida familiar;

b) A Lei da Liberdade Religiosa - artigo 6.º sobre reserva pessoal das convicções religiosas;

c) O Código do Procedimento Administrativo - *v.g.* o n.º 3 do artigo 67.º (Princípio da administração aberta);

d) A Resolução n.° 3/2000, Processo de Interpelação Sobre a Acção Governativa - n.º 2 do artigo 2.º;

e) A Resolução n.° 4/2000, Regulamento das Audições - n.º 2 do artigo 2.º;

f) Vários outros diplomas como a Lei 8/2002, Lei n.º 2/96/M, de 3 de Junho, o Decreto-Lei n.º 7/99/M, de 19 de Fevereiro, o Decreto-Lei n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro, o Decreto-Lei n.º 12/98/M, de 6 de Abril.

Uma primeira conclusão parcelar pode ser agora apresentada: o ordenamento jurídico de Macau consagra o princípio da protecção jurídica da privacidade, desde logo no seu patamar mais elevado, ou seja, na Lei Básica. Várias normas adicionam garantias a diversas vertentes desse princípio. Permanecia, no entanto, uma lacuna de relevo, qual fosse a do «tratamento dos dados pessoais».

Uma imediata constatação a fazer era a seguinte: inexistia em Macau qualquer lei,

6 Para além destes dispositivos, encontramos um conjunto de outros preceitos penais avulsos que tutelam penalmente a privacidade, nomeadamente pela via da criminalização da violação de segredo ou aproveitamento indevido de funções, por exemplo na Lei nº 3/98/M, de 29 de Junho, *Declaração e Controlo Público de Rendimentos e Interesses Patrimoniais*, artigos 22º e 23º.

de vocação geral, que, de uma forma integrada, tutele a protecção dos dados pessoais, contrariamente à tendência que se verifica em outros sistemas jurídicos. Como inexistia, do mesmo modo, uma instituição que centralize e se responsabilize por essa tutela. Também aqui diferentemente do que sucede noutros sistemas jurídicos.

Por outro lado, uma leitura breve daqueles diplomas, e de outros mais, permite concluir que há uma diversidade de regimes e, bem assim, diferenciação ao nível do grau de protecção dos dados pessoais. Ora, sendo diferentes os regimes e sendo também diferentes as entidades responsáveis pela manutenção dos dados, curial é concluir que, igualmente os critérios de abertura/confidencialidade, entre vários outros, diferentes sejam.

Um exemplo importante é-nos fornecido pelo Decreto-Lei n.º 12/98/M, de 6 de Abril, o qual procede ao desenvolvimento do regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 2/96/M, de 3 de Junho que regula a Dádiva, a Colheita, e a Transplantação de Órgãos e Tecidos de Origem Humana. Aí se prescrevem diversas normas de «blindagem» do registo informático então criado - o que bem se compreende atendendo ao *melindre* dos dados aí constantes - nomeadamente ao nível da finalidade desse registo, o direito à informação, princípio da confidencialidade, segurança da informação, entre outros mais.

No entanto, e não obstante esta área se tratar, sem dúvidas, de uma daquelas que mais tutela merece, pelo objecto do registo, este diploma estabelece, no seu artigo 14.°, sob epígrafe Regime especial, o seguinte:

«*O disposto no presente diploma não prejudica regime mais restritivo, eventualmente estabelecido em legislação sobre protecção de dados pessoais informatizados*.».

Ora, como se pode perceber, deste preceito ressaltam dois aspectos: um primeiro que considera que o regime estabelecido funcionará como que um patamar mínimo de protecção: um segundo, o de que pressupunha como normal uma existência futura de legislação sobre protecção de dados pessoais.

II

O regime geral de protecção de dados pessoais – Lei n.º 8/2005

Após alguns anos do vazio legislativo antes referido, e na sequência do impulso legislativo motivado por um projecto de lei[7], a lei n.º 8/2005[8]. *Lei da protecção de dados pessoais*, foi então aprovada preenchendo substancialmente o referido vazio do ordenamento jurídico de Macau[9].

Na Nota Justificativa do aludido projecto de lei lê-se «*O advento de novas tecnologias tem vindo a colocar inelutavelmente novos desafios ao Direito e, com particular ênfase, no domínio dos direitos fundamentais muito especialmente no que tange à protecção do direito fundamental à privacidade*.» e, mais adiante constatava-se, «*Inexiste, no entanto, uma lei geral que discipline e garanta a efectiva protecção dos dados pessoais. Aí se devendo estatuir, particularmente, um conjunto de princípios estruturantes, um elenco de direitos-garantias e um quadro sancionatório. Por outro lado, deverá caber a uma entidade independente a nobre função de tutela e protecção dos dados pessoais – todavia, a iniciativa legislativa de criação de tal entidade recai sobre o Governo, aten-*

7 Projecto de Lei nº 50/II/2005-10, apresentado a 15 de Junho de 2005. Vide ainda, GRAHAM GREENLEAF, *Macao's EU-influenced Personal Data Protection Act*, Privacy Laws & Business International Newsletter 21 – 22, Dec 2008.

8 Complementada pelo Despacho (!) do Chefe do Executivo nº 83/2007 - Cria o Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais, aí se estabelecendo «1. *É criado o Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais, adiante abreviadamente designado por GPDP, com a natureza de equipa de projecto e com a duração previsível de 3 anos, eventualmente prorrogável*. 2. *O GPDP é a autoridade pública a que se refere a Lei nº 8/2005, exercendo as atribuições nela cometidas e responsabilizando-se pela fiscalização e coordenação do cumprimento e execução da referida lei, bem como pelo estabelecimento do regime de sigilo adequado e fiscalização da sua execução. 3. O GPDP funciona de forma autónoma sob tutela do Chefe do Executivo, devendo todos os serviços públicos administrativos, bem como as entidades públicas e privadas prestar toda a colaboração que lhes for exigida.*». O seu endereço electrónico é o seguinte http://www.gpdp.gov.mo/pt/?page=news.html. A este propósito veja-se palavras da coordenadora do GPDP afirmando, «*o gabinete quer estatuto estável*» e sublinhando que a natureza do GPDP é meramente o de uma equipa de projecto de natureza transitória o que coloca dificuldades na adesão do Gabinete a organizações internacionais e inter-regionais das autoridades de protecção de dados pessoais, Relatório 2010. Refira-se, todavia, que entretanto: «*Após o esforço de muitos anos, este Gabinete foi oficialmente aceite como membro das Autoridades da Privacidade da Região Ásia-Pacífico e membro da Global Privacy Enforcement Network (GPEN) em Julho de 2012. Ser membro das organizações internacionais e manter bom relacionamento de cooperação com elas implicam oportunidades e desafios. No futuro, este Gabinete vai maximizar os recursos já disponíveis, continuar a alargar as redes de intercâmbio e cooperação internacional e regional, empenhar-se em criar mais oportunidades de cooperação internacional, transformando Macau numa região de sucesso no mundo em matéria da promoção dos trabalhos de protecção de dados pessoais*.», GPDP, http://www.gpdp.gov.mo/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=399&id=13.

9 Considerando que a aprovação desta lei constituiu indubitavelmente um dos marcos importantes da Sociedade e do Direito de Macau, SÓNIA CHAN, coordenadora do Gabinete para a Protecção dos Dados Pessoais, in *Preâmbulo,* Relatório Anual, 2007, GPPDP, http://www.gpdp.gov.mo/pt/?page=news.html.

dendo aos competentes dispositivos da Lei Básica. Detectada a lacuna consubstanciada na inexistência de uma lei geral sobre o assunto, os subscritores entendem adequado iniciar um processo legislativo com vista à sua eliminação...»[10].

Por outro lado, reafirma a mesma Nota Justificativa, «*A protecção do direito à privacidade encontra eco em diversos textos jurídicos, nomeadamente na lei fundamental, como adiante se verá. Em primeiro lugar cabe relembrar aqui que, nos termos do artigo 30.º da Lei Básica (...). Todavia, o espectro constitucional de protecção, em diferentes níveis, da privacidade não se esgota neste preceito. Na verdade, também o artigo 32.º do mesmo diploma, entre outros, fornece garantias...*»[11].

Avançando agora para a supra referida lei n.º 8/2005, o artigo 2.º desta lei, estabelece, sob a epígrafe *Princípios gerais*:

«O tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e ***no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais*** *estabelecidos na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, nos instrumentos de direito internacional e na legislação vigente.».*

Muitos outros preceitos, na óptica da protecção e defesa da privacidade, se afiguram de grande relevo ao longo do texto normativo, nomeadamente, os relativos à qualidade dos dados , ao tratamento de dados sensíveis ou ao sigilo profissional.

É uma lei extensa, moderna e dentro dos melhores cânones *juscomparatísticos*[12] e

10 No mesmo sentido, entre outros, «*Contudo, no ordenamento jurídico da RAEM ainda não existe uma lei ordinária que regulamente de forma sistemática a recolha, o tratamento, a circulação e a interconexão de dados pessoais, bem como a gestão de ficheiros. Considerando que o rápido desenvolvimento das tecnologias de informática e os efeitos da globalização têm tornado cada vez mais fáceis e rápidos a recolha, o tratamento e a circulação de dados pessoais, há toda a necessidade de legislar sobre a protecção desses dados. Pelo exposto, o Governo reconhece a necessidade da elaboração de legislação reguladora desta matéria*.». Governo da Região Administrativa Especial de Macau - Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, *Súmula das Opiniões dos Diversos Serviços sobre o Projecto de Lei da Protecção de Dados Pessoais,* em *Colectânea de leis regulamentadoras de direitos fundamentais, vol. IX, Lei da protecção dos dados pessoais, também disponível em http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-08/po/3a.htm*.

11 Aliás, o relevo reconhecido aos dispositivos da Lei Básica encontrou mesmo eco, inovadoramente, na própria narrativa legal-formal de competência, na Lei nº 8/2005, aí se podendo ler: «*No desenvolvimento dos regimes fundamentais estabelecidos pelos artigos 30º, 32º e 43º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, a Assembleia Legislativa decreta, nos termos da alínea 1) do artigo 71º da mesma Lei Básica, para valer como lei, o seguinte*:».

12 Por exemplo, SÓNIA CHAN, afirma «*A Lei da Protecção de Dados Pessoais de Macau é a mais forte em comparação com as regiões asiáticas*», Relatório Anual, 2012. Veja-se o estudo comparativo de GRAHAM GREENLEAF, *The influence of European data privacy standards outside Europe: Implications for globalisation of Convention 108?*, University of Edinburgh School of Law Research Paper Series No 2012/12. Vide ainda, CYNTHIA RICH*, Privacy Laws in Asia*, http://

jusinternacionais[13], e que trata de uma forma globalizante a temática dos dados pessoais incluindo normas sobre, nomeadamente, direitos do titular dos dados[14], tratamento e qualidade dos dados pessoais e bem assim legitimidade do seu tratamento, segurança e confidencialidade do tratamento, códigos de conduta, transferência de dados pessoais para local situado fora da RAEM e, naturalmente, tutela administrativa e jurisdicional, aqui se incluindo, para além da dimensão do direito de acesso ao direito, a cominação de crimes e de infracções administrativas.

Com efeito, afirma-se que «*Macao's Personal Data Protection Act (2006) is the most recent data protection law in Asia, and potentially one of the strongest. The Act is a very similar to Portugal's legislation in most respects …. As a result it is closer to the EU privacy Directive of 1995 than any other data protection legislation in Asia*.»[15].

Aliás, refira-se o estudo comparativo à escala global de GRAHAM GREENLEAF[16], onde se reporta que, numa escala máxima de 10, Macau recebe a elevadíssima nota de 9, *« the score of 9 for Macau is no surprise, given that it is known to be based on the Portuguese law.»*, ficando à frente da generalidade das jurisdições em confronto, inclusive de Hong Kong, Taiwan, Japão, Austrália, Canadá e Malásia, assim se comprovando o acerto da opção legislativa estrutural por parte da Assembleia Legislativa e se afastando, decididamente, as

www.mofo.com/~/media/Files/Articles/140530PrivacyLawsInAsia.pdf*;* assim se comprovando o acerto da opção legislativa estrutural por parte da Assembleia Legislativa e se afastando, decididamente, as críticas fáceis e infundadas daqueles que moviam objecções ao projecto de lei baseando-se, sem mais, na proximidade de soluções com a legislação portuguesa e Europeia.

13 Lê-se no *Parecer Nº 3/II/2005*, da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, Assunto: Projecto de lei intitulado «Lei da protecção dos dados pessoais», «*Uma primeira questão a trazer à colação tem a ver com as fontes utilizadas e numa outra perspectiva com a filosofia geral do projecto de lei. Tal como se confessa na nota justificativa a legislação vigente em Portugal constitui uma forte fonte de inspiração a qual é revelada pela leitura do articulado. É mister dizer que, ao eleger aquela legislação os proponentes mais não fizeram do que, mediatamente, inspirar-se na Directiva comunitária. Ora, é consabido que esta directiva é considerada como um documento de referência e de liderança nesta matéria. Aliás, não apenas os países da União Europeia a adoptaram como muitos outros o fizeram, tais como a Argentina , a Bulgária, a Tunísia, a Noruega entre vários outros. Ou seja, os proponentes seguiram tendência hoje generalizada no direito comparado e, por outro lado, o nível económico e o avanço tecnológico de que Macau felizmente dispõe permite encarar, à partida, com muito mais optimismo a efectivação das disposições da lei do que outras jurisdições bem mais pobre e não tão dotadas tecnologicamente.*», *Colectânea de leis regulamentadoras de direitos fundamentais*, vol. IX, Lei da protecção dos dados pessoais, também disponível em http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-08/po/3.htm.

14 *V.g*., e em geral, direito de informação, direito de acesso, direito de oposição, direito de não sujeição a decisões individuais automatizadas, direito de indemnização.

15 GRAHAM GREENLEAF, *Macao's EU-influenced Personal Data Protection Act*, Privacy Laws & Business International Newsletter 21 – 22, Dec 2008, p 9.

16 *The influence of European data privacy standards outside Europe: Implications for globalisation of Convention 108?*, University of Edinburgh School of Law Research Paper Series No 2012/12.

críticas fáceis e infundadas daqueles que moviam objecções ao projecto de lei baseando-se, sem mais, na proximidade de soluções com a legislação portuguesa e Europeia.

Não é este, todavia, o momento para o seu estudo[17], cingindo-nos nós doravante somente à referência a alguns regimes «especiais» e, posteriormente, à questão da tutela jurisdicional especial criada no âmbito da lei regulamentadora da protecção dos dados pessoais ou, em outras palavras ao amparo dos direitos fundamentais de privacidade erigidos legalmente[18] no contexto da protecção de dados pessoais.

III

O regime legal geral e a possível existência de regimes especiais (posteriores) – questões em torno da reserva de lei e da prevalência da lei

A Lei n.º 8/2005, intitulada *Lei da Protecção de Dados Pessoais* consagra o tecido jurídico geral da temática em apreço. De resto, como se viu, acompanhando tendência global consabidamente reconhecida[19].

Todavia, existem *inúmeros* diplomas legais que, de formas diversas, tocam no assunto a pretexto de variadas questões/áreas temáticas especiais.

Diplomas legais que abrangem tanto actos legislativos – Lei – como actos normativos regulamentares – Regulamento administrativo ou, em alguns outros casos, outro tipo de diplomas menores.

17 Para uma análise da Lei nº 8/2005, veja-se o citado *Parecer Nº 3/II/2005,* CRISTINA FERREIRA, *The Europeanization of Law*, One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China, P. Cardinal/J.Oliveira (eds), Springer. e ZHENG WEI, *Protecção de dados pessoais no ordenamento jurídico de Macau*, comunicação apresentada às *Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução,* 2008.

18 No ordenamento jurídico da RAE de Macau admite-se a possibilidade de existência de direitos fundamentais sediados em lei ordinária. Cfr., PAULO CARDINAL, *Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, UNAM, 2006, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direitos fundamentais em Macau*, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. I, Almedina, 2008.

19 Ver, por exemplo, PAULO CARDINAL, *Protecção Dos Dados Pessoais No Contexto Da Tutela Jurídica Da Privacidade*, http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-08/po/6.htm, CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Almedina, passim.

Diplomas esses que, ora fazem uso de mera remissão para a Lei n.º 8/2005 – e com recurso a técnicas não uniformes – ora, pelo menos na sua aparência, introduzem desvios ao regime geral, quer por referência aqueloutra, quer mesmo pela sua ignorância no texto normativo.

Como questões prévias à discussão do regime geral da protecção de dados pessoais, isto é, não cuidando aqui de analisar os contornos expostos pela Lei n.º 8/2005, é mister encarar as seguintes premissas:

A lei em causa trata, indubitavelmente e sem necessidade de fundamentação adicional, de direitos fundamentais[20].

Ora, nos termos superiormente definidos pela Lei Básica e concretizados pela Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, resulta clara a reserva de lei em matéria de direitos fundamentais[21]. E, por outro lado, é também sólida a concretização do princípio de prevalência de lei[22].

Com efeito, recorde-se:

«*Artigo 6.º*

Leis

A normação jurídica das seguintes matérias é feita por leis:

1) Regime jurídico dos direitos e liberdades fundamentais, e suas garantias, pre-

20 Relembre-se, por mero exemplo, o proémio competencial «*No desenvolvimento dos regimes fundamentais estabelecidos pelos artigos 30º, 32º e 43º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, a Assembleia Legislativa decreta, nos termos da alínea 1) do artigo 71º da mesma Lei Básica, para valer como lei, o seguinte*:», onde, de forma expressa, se identificam normas consagradoras de direitos fundamentais.

21 No Parecer nº 3/III/2009, da 1.ª Comissão Permanente da AL afirma-se, nomeadamente, «*Prosseguindo, no que respeita à alínea relativa aos direitos fundamentais – emblematicamente a alínea 1 – é mister referir que a actual redacção se acha profundamente melhorada por referência à primeira versão porquanto fica claro que a reserva de lei abrange todo o regime jurídico dos direitos e liberdades fundamentais e não apenas as suas restrições28 e, por outro lado, a reserva de lei não se limita, não se circunscreve aos direitos e liberdades fundamentais dos residentes, outrossim abrange direitos fundamentais de quaisquer titulares29. Por outro lado, e em conjugação com o disposto na alínea 4) do número 1 do artigo 7º, é também esclarecido que podendo embora haver lugar a regulamentos independentes quanto à estrutura e orgânica da administração pública e de todos os seus serviços e unidades orgânicas, todavia excepcionam-se os organismos cujas competências interfiram directamente com os direitos e liberdades fundamentais e suas garantias, nomeadamente os órgãos de investigação criminal.*».

22 «*Pretendeu-se esclarecer na lei que o único órgão na RAEM que pode aprovar leis é a Assembleia legislativa sendo estas naturalmente prevalecentes sobre os regulamentos administrativos.*», lê-se no Parecer nº 3/III/2009, da 1.ª Comissão Permanente da AL.

vistos na Lei Básica e em outros actos legislativos;»

E, adiante:

«*Artigo 7.º*

Regulamentos administrativos independentes e complementares

1. Podem ser objecto de regulamentos administrativos independentes as seguintes matérias:

4) Estrutura e orgânica da administração pública e de todos os seus serviços e unidades orgânicas incluindo os órgãos consultivos, bem como dos serviços públicos personalizados, institutos públicos, estabelecimentos públicos, serviços e fundos autónomos, fundações públicas e demais entidades autónomas e de natureza afim, com excepção dos que estejam afectos ou que se integrem na esfera funcional ou na orgânica da Assembleia Legislativa, dos tribunais, do Ministério Público ou dos Comissariados de Auditoria e Contra a Corrupção e com excepção ainda dos organismos cujas competências interfiram directamente com os direitos e liberdades fundamentais e suas garantias, nomeadamente os órgãos de investigação criminal.»[23];

Por outro lado, e no que releva quanto à aferição de legítimos regimes especiais desviantes, é mister recordar o regime estabelecido pelo n.º 4. do artigo do artigo 3.º - Âmbito de aplicação – da Lei n.º 8/2005: «*A presente lei aplica-se ao tratamento e dados pessoais que tenham por objectivo a segurança pública, sem prejuízo do disposto em normas especiais constantes de instrumentos de direito internacional e acordos inter-regionais a que a RAEM se vincule e de leis específicas relativas àquele sector e outros correlacionados.*»[24].

23 Recorde-se também:
«*Artigo 3º*
Hierarquia e prevalência
1. A validade das leis, dos regulamentos administrativos independentes, e dos regulamentos administrativos complementares e demais actos normativos internos da RAEM depende da sua conformidade com a Lei Básica.
2. As leis prevalecem sobre todos os demais actos normativos internos, ainda que estes sejam posteriores.
3. Os regulamentos administrativos independentes não podem ter o efeito de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar preceitos constantes de leis.».

24 Pode ler-se no Parecer Nº 3/II/2005, da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, Assunto: Projecto de lei intitulado «Lei da protecção dos dados pessoais», «*Refira-se que a aplicação da lei em apreço à segurança pública é naturalmente feita nos termos em que a lei o define, isto é, em virtude do afastamento de competências da autoridade pública nestas matérias, o escopo de aplicação da lei é nestes casos objecto de uma refracção no sentido de não haver sujeição a autorização da autoridade pública. Inversamente, os direitos fundamentais dos titulares dos dados e, bem*

Exemplos de *regimes especiais*:

O que segue é uma mera inventariação assumidamente exemplificativa e não, por conseguinte, uma lista pretensamente taxativa de normativos que, como se disse, por recurso a variadas técnicas legislativas, tratam do tema.

Na Lei:

Lei n.º 10/2011, Lei da habitação económica

«Artigo 30.º

Tratamento de dados pessoais

A fim de confirmar as declarações prestadas no processo de candidatura, o IH pode, nos termos da Lei n.º 8/2005, apresentar, trocar, confirmar e utilizar os dados pessoais dos interessados, através de qualquer forma, incluindo a interconexão de dados, com outras entidades públicas possuidoras de dados relevantes para os efeitos da presente lei.».

Lei n.º 9/2011, Regime do subsídio de invalidez e dos cuidados de saúde prestados em regime de gratuitidade

«Artigo 14.º

Tratamento de dados pessoais

1. A fim de tratar de todos os procedimentos administrativos relativos ao pedido de subsídio e aos cuidados de saúde em regime de gratuitidade, o IAS e os SS podem, nos termos da Lei n.º 8/2005, apresentar, trocar, confirmar e utilizar os dados pessoais dos interessados, através de qualquer forma, incluindo a interconexão de dados, com outras entidades públicas possuidoras de dados relevantes para os efeitos da presente lei.

2. Os elementos e dados registados no processo e na base de dados podem ser utilizados para fins estatísticos e de estudos, nos termos da Lei n.º 8/2005.»[25].

assim, as suas garantias, são aplicáveis.».

25 Ou ainda, *e.g.*, Lei nº 4/2010, Regime da Segurança Social: «*Artigo 8º Tratamento de dados pessoais*
A fim de tratar de todos os procedimentos administrativos relativos ao regime da segurança social, o FSS pode, nos termos da Lei nº 8/2005, apresentar, trocar, confirmar e utilizar os dados pessoais dos interessados, através de qualquer forma, incluindo a interconexão de dados, com outras entidades públicas possuidoras de dados relevantes para os efeitos da presente lei.».

No regulamento administrativo

Regulamento Administrativo n.º 29/2011, Apoio pecuniário para o ano de 2011

«Artigo 9.º

Confirmação de dados pessoais

1. Para efeitos do pagamento do apoio pecuniário, as entidades públicas responsáveis pela execução dos respectivos procedimentos podem recorrer a qualquer meio de confirmação dos dados pessoais dos interessados que se considerem necessários, incluindo a interconexão de dados, nos termos do disposto na Lei n.º 8/2005 (Lei da Protecção de Dados Pessoais).

2. Para efeitos do disposto na alínea 5) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 8/2005 (Lei da Protecção de Dados Pessoais), a DSF é a entidade responsável pelo tratamento dos dados pessoais.»

Regulamento Administrativo n.º 16/2011, Programa de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento Contínuo

«Artigo 13.º

Deveres das instituições

1. As instituições locais ficam obrigadas a:

4) Proceder ao tratamento devido dos dados pessoais dos formandos e do respectivo pessoal, em cumprimento do disposto na Lei n.º 8/2005 (Lei da Protecção de Dados Pessoais);».

Regulamento Administrativo n.º 3/2011, Regime de avaliação do tipo e grau da deficiência, seu registo e emissão de cartão

«CAPÍTULO IV

Processo e base de dados sobre avaliação de deficiência

Artigo 15.º

Abertura e registo

1. O IAS deve abrir um processo para cada interessado, do qual devem constar os seus dados de identificação e o relatório da sua avaliação.

2. Os conteúdos do relatório de avaliação devem ser registados na base de dados sobre avaliação de deficiência, adiante designada por base de dados.

Artigo 16.º

Gestão e actualização

Cabe ao IAS a gestão e actualização do processo e da base de dados.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 17.º

Avaliação anterior de deficiência

No que respeita à avaliação de deficiência realizada antes da entrada em vigor do presente regulamento administrativo, o IAS deve analisar o respectivo conteúdo para alcançar os instrumentos e a metodologia adoptados na respectiva avaliação, a fim de decidir se aceita ou não a avaliação e, caso afirmativo, proceder à classificação do tipo e grau da deficiência do interessado de acordo com os critérios constantes do anexo I.

Artigo 18.º

Tratamento e utilização de dados

1. Para uma realização eficaz dos trabalhos ligados à avaliação e ao registo de dados, o IAS e a entidade responsável pela execução da avaliação têm o direito de tratar dos dados pessoais do interessado, incluindo a transferência do relatório de avaliação e do processo.

2. O IAS pode transferir os dados pessoais do interessado para Direcção dos Serviços de Identificação, para efeitos de verificação do preenchimento pelo interessado do requisito referido na alínea 1) do n.º 1 do artigo 3.º

3. Os elementos e dados registados no processo e na base de dados podem ser utilizados para fins estatísticos e de estudos.».

Regulamento Administrativo n.º 8/2010, Regulamentação da Lei da contratação de trabalhadores não residentes

«Artigo 26.º

Tratamento de dados pessoais

Com respeito pelos princípios estabelecidos na Lei n.º 8/2005 (Lei da Protecção de Dados Pessoais), a DSAL, o GRH, o FSS e o CPSP procedem ao tratamento e interconexão de dados pessoais na medida necessária ao exercício das competências que lhes sejam atribuídas pelo presente regulamento administrativo e pela Lei n.º 21/2009 (Lei da contratação de trabalhadores não residentes).».

Em síntese, estamos perante soluções diversificadas. Porventura demasiadamente diversificadas. Nas soluções e nas técnicas legislativas utilizadas.

E, se no que respeita a regimes instituídos por via de lei se poderá eventualmente questionar do acerto de uma concretização de desvios ao regime geral – de um ponto de vista, *e.g.*, de política legislativa e de técnica de feitura de leis.

Já no que respeita aos regimes/desvios instituídos por via de regulamento administrativo estes não podem senão ser considerados ilegais, quer por violação da Lei de Protecção de Dados Pessoais quer por violação da Lei n.º 13/2009 e concomitante reserva de lei, aqui reconhecida e esclarecida. E, é mister dizê-lo, algumas destas normas regulamentares violarão mesmo a Lei Básica e a reserva de lei aí estatuída em matéria de direitos fundamentais, mormente no que toca às suas restrições.

Nos casos supra presentados poderá apresentar-se como motivador de manifestas e claras reservas o regime (pretensamente[26]) instituído pelo Regulamento Administrativo n.º 3/2011 - Regime de avaliação do tipo e grau da deficiência, seu registo e emissão de cartão, o qual contém normas desconformes à Lei n.º 8/2005, à Lei n.º 13/2010 e à Lei Básica.

IV

A tutela jurisdicional especial amparante

Uma das mais relevantes novidades trazidas pela Lei n.º 8/2005, nomeadamente

26 Pretensamente dado que é ilegal.

por comparação com outros exemplos legislativos de areópagos diferentes é a concretização de uma especial tutela judicial amparante[27]. Um pouco ao jeito de um ***habeas data*** transmutado em recurso de amparo direccionado para a tutela destes direitos fundamentais de privacidade.

Com verdade, depois de afirmado, no artigo 28.º da referida lei n.º 8/2005. o princípio geral de tutela judicial, «*Sem prejuízo do direito de apresentação de queixa à autoridade pública, qualquer pessoa pode, nos termos da lei, recorrer a meios administrativos ou jurisdicionais para garantir o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de protecção de dados pessoais*.», o legislador entendeu, inovadoramente, proceder directa e imediatamente a um reforço assinalável da tutela judicial neste âmbito da protecção da privacidade.

Com efeito, o legislador de Macau, porventura na ausência de um amparo geral de direitos fundamentais, entendeu por bem lograr a criação de mecanismos judiciais especiais que permitam conferir uma tutela qualificada e reforçada destes direitos de privacidade. Com efeito, escreveu-se já que «*a lei consagra especiais garantias de tutela jurisdicional para aquele direito fundamental*»[28].

De outra banda, afirmou a Comissão especializada da Assembleia Legislativa responsável pela análise do projecto de lei, «*A Comissão concorda com a opção preconizada no projecto de lei traduzida na consagração de especiais garantias de tutela jurisdicional quando em causa está a protecção de direitos fundamentais. Na verdade, afigura-se adequado estatuir normas que dotem de uma maior garantia os direitos fundamentais que necessitem de ser amparados. Esta solução de especial garantismo processual com criação de novos mecanismos ou adaptação especializada de outros existentes está presente em vária legislação que se reporta a direitos fundamentais.*»[29].

Na verdade, e sem mais, atente-se no enunciado normativo em apreço:

27 Sublinhando este aspecto, «*Where there is a violation of fundamental rights of an urgent nature, there can be a direct appeal to Court of Final Appeal.*», GRAHAM GREENLEAF, *Macao's EU-influenced Personal Data Protection Act*, Privacy Laws & Business International Newsletter 21 – 22, Dec 2008.

28 ZHENG WEI, *Protecção de dados pessoais, cit.*.

29 *Parecer Nº 3/II/2005, cit.*.

«Artigo 29.º

Tutela jurisdicional especial

1. De decisão proferida por tribunal cabe sempre recurso para o Tribunal de Última Instância com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos na presente lei, sendo o recurso directo e per saltum, restrito à questão da violação e revestindo carácter urgente.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, cabe recurso para o tribunal administrativo de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos na presente lei o qual reveste carácter urgente.

3. À tramitação processual dos recursos de tutela jurisdicional especial previstos nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 7.º do Código de Processo Civil e subsidiariamente, e com as necessárias adaptações, a lei de processo civil e a lei do processo administrativo respectivamente, com observância do disposto nos números anteriores.».

Donde se poder concluir que este artigo 29.º da lei da protecção de dados pessoais se reconduz a um modelo de amparo[30], ainda que inominado, e ainda que de vocação limitada à defesa destas dimensões de direitos fundamentais de privacidade. Ou seja, embora se entoem em *requiem* palavras referentes ao *recurso de amparo macaense*[31], este espírito *pro libertate* de protecção judicial permanece todavia vivo nestes processos de tutela judicial especial.

Aliás, vários caracteres da sua formulação radicam cristalinamente na narrativa nor-

30 Assim, PAULO CARDINAL, *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, One Country, Two Systems, Three Legal Orders *cit.*, escrevendo «*Significantly there are in force unlabelled/clandestine amparo appeals. In the laws regulating the fundamental rights of assembly and demonstration (Law 2/93) and that on data protection (Law 8/2005), establish reinforced judicial mechanisms of protection of those fundamental rights that are shaped in the amparo model as easily seen both from its normative text and from the preparatory works*», CRISTINA FERREIRA, *The Europeanization of Law, cit*., afirmando «*Furthermore, a special mechanism of an 'amparo' nature is guaranteed – the admissibility of direct and per saltum appeal solely on the basis of fundamental rights violation of an urgent nature*».

31 Sobre o genérico amparo macaense e do seu *fado*, PAULO CARDINAL, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la juslusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde*, El derecho de amparo en el Mundo, (ed Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor), Porruá/UNAM, 2006 e autores aí citados.

mativa do proscrito direito de amparo macaense[32].

Refira-se também que esta opção enfileira ao lado dos processos de habeas corpus, previstos no Código de Processo Penal, e particularmente do recurso previsto na Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio, do Direito de Reunião e Manifestação[33].

As alterações de redacção no mecanismo da lei de protecção de dados pessoais permitem clarificar algumas situações de possível dúvida, por exemplo quanto ao que deva entender por recurso directo previsto no número 1, isto é o recurso é interposto logo para o Tribunal de Última Instância não seguindo, pois, as normais vias de recurso, ou seja é um recurso *per saltum*, no sentido de dispensar por completo o esgotamento prévio de quaisquer outras vias impugnatórias ou de recurso, seja ordinário ou extraordinário.

Por outro lado, como se vê pelo silêncio da norma não se aplicam aqui quaisquer limitações de alçada dada a natureza do recurso consubstanciado num processo jurisdicional especial de tutela de direitos fundamentais.

De outra banda, a remissão para o artigo 7.º do Código de Processo Civil[34] permitirá a completude da formatação processual.

Vale a pena recordar aqui algumas palavras a propósito deste princípio da adequação formal, «*Flexibilizaram-se as fórmulas tramitacionais, passando pela previsão de «cláusulas gerais» permissivas de uma densificação particularizante à medida da justiça de cada caso concreto, através do novel princípio da adequação formal*». Mais se esclarecendo que «*É, neste sentido, um princípio que reflecte o estipulado no n.º 2 do artigo 1.º do P-CPC («a todo o direito […] corresponde a acção adequada»), o*

32 «*1. De decisão proferida por tribunal sediado no Território pode sempre recorrer-se para o plenário do Tribunal Superior de Justiça, com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo o recurso directo e restrito à questão da violação. 2. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, há recurso para os tribunais de jurisdição administrativa de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau.*», artigo 17º da Lei nº 112/91, Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, epigrafado «recurso de amparo».

33 «*Artigo 12º, (Recurso), 1. Das decisões das autoridades que não permitam ou restrinjam a realização de reunião ou manifestação, cabe recurso para o Tribunal Superior de Justiça, a interpor por qualquer dos promotores no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento da decisão impugnada. 2. O recurso é interposto directamente, minutado sem dependência de artigos, processado com dispensa de pagamento prévio de preparos e com indicação de todas as diligências de prova. 3. A autoridade recorrida é citada para responder, querendo, no prazo de 48 horas, sendo a decisão preferida nos 5 dias imediatos.*».

34 «*(Princípio da adequação formal), Quando a tramitação processual prevista na lei não se adeque às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo.*».

qual (...) consubstancia, como é reconhecido, uma faceta importantíssima do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva — pode mesmo afirmar-se que a ideia da adequação da forma à substância do objecto processual constituirá o princípio-regra instrumental privilegiado para a densificação do referido corolário.». Concluindo que, «*com a adequação formal fica constituído um poder vinculado do juiz — e não discricionário — que o obriga a inovar, a criar uma tramitação que pode basear-se, ou não, nas formas legalmente previstas.*»[35].

Destarte, a razão da escolha deste nobre princípio processual. O qual deverá, no entanto, ser aplicado com as devidas adaptações e por outro lado, quer a sua aplicação quer a aplicação da legislação mencionada no preceito tem de observar o disposto nos números anteriores, isto é, a sua aplicação não poderá nunca precludir os caracteres do processo que se acham identificados como, por exemplo, a natureza de recurso directo ou o carácter urgente do mesmo. Por outras palavras, deverá este processo especial manter sempre a sua capacidade e vocação de amparar direitos fundamentais violados. Isto é, não devendo, destarte, transmutar-se, por força da aplicação judiciária da adequação formal, em um qualquer recurso normal de decisões judiciais ou em um recurso contencioso administrativo mas outrossim deve este processo afirmar-se como um real instituto de amparo de direitos fundamentais.

Em jeito de remate, ao menos no plano da protecção dos direitos fundamentais da privacidade, em particular em sede de tutela judicial dos dados pessoais, a RAEM adere à especial e nobre natureza, e técnica, do amparo de direitos fundamentais, ainda que sem acolher o seu *nomen juris*. Poderá este amparo ser inominado, é vero, mas não é essa simples ausência de rótulo que lhe retirará a natureza.

E, é tempo de, por esta ocasião, encerrar o nosso percurso sobre tão relevante e emblemática temática e Lei.

Como avisamos, limita-se o presente texto a avançar com algumas notas esparsas sobre este complexo tema, com desenvolvimentos diferenciados e que, para além de uma

35 Parecer da assessoria anexado ao Parecer nº 3/99, de Apreciação do Projecto relativo ao novo Código de Processo Civil de Macau, da Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projectos Relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial (CEDAPEPRCCPCC), Colectânea sobre os Grandes Códigos, 8º volume, Código de Processo Civil (versão portuguesa), também disponível em http://www.al.gov.mo/lei/codigo/processo%20civil/po/p3-99.htm.

panorâmica introdutória e com um pouco de história, quase se limitou a tocar em dois tópicos, o da especial tutela judicial amparante – *intra leggis* – e a da aparente profusão de regimes *especiais* desviantes e consequente aferição da sua (i)legitimidade e, ainda, embora incidentalmente, quanto à criação do GPDP, a qual embora por acto manifestamente inadequado, não deixou de representar um passo mais na consolidação da privacidade e dos dados pessoais em particular.

De todo o modo, e à guisa de conclusão, mister é reafirmar o quão positivo foi a aprovação da Lei n.º 8/2005 como também o foi a criação do Gabinete de Protecção de Dados Pessoais. Já o mesmo não se pode dizer quanto à profusão de regimes desviantes instituídos mormente por regulamentos administrativos.

TÓPICOS SOLTOS SOBRE LIBERDADE DE IMPRENSA

DIREITOS E DEVERES DOS JORNALISTAS E REFORMA LEGISLATIVA NO ÂMBITO DA LEI BÁSICA DE MACAU E DO PRINCÍPIO «UM PAÍS, DOIS SISTEMAS»

TÓPICOS SOLTOS SOBRE LIBERDADE DE IMPRENSA, DIREITOS E DEVERES DOS JORNALISTAS E REFORMA LEGISLATIVA NO ÂMBITO DA LEI BÁSICA DE MACAU E DO PRINCÍPIO «*UM PAÍS, DOIS SISTEMAS*» [#]/ [##]

I

Muita tinta correu e continuará a correr sobre temas tão fundamentais – comunitariamente e individualmente; em esfera pública e em esfera privada – como a liberdade de imprensa e a sua *alma mater,* a liberdade de expressão, e os direitos e deveres dos jornalistas. Como também muita palavra foi usada para cinzelar no mármore do tempo a umbilical ligação entre a liberdade de imprensa e um Estado (ou Região) de Direito. Democrático (ou, ao menos, proto-democrático), plural, respeitador e garante de direitos fundamentais. Em outras palavras, a *Ideia* da «*liberdade-resistência*».

Quero, no entanto, iniciar este percurso pegando, precisamente, num exercício, ou concretização prática em Macau da liberdade de imprensa consubstanciado na sua elegia – à imprensa e sua liberdade, a propósito do XX aniversário de um jornal local em língua portuguesa, o Ponto Final. Com efeito, no jornal Hoje Macau, foi publicado um texto de Arnaldo Gonçalves (cronista frequente em temas políticos e jurídicos) intitulado *Memórias a propósito de um aniversário*, onde passado e perspectivas de evolução se cruzam. Isto é, dois jornais

[#] Texto originalmente publicado na Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão, 5, 2012.

[##] As opiniões aqui expressas, de matriz jurídica - expostas embora em *tom leve* - são-no a título exclusivamente individual e não vinculam nem veiculam qualquer posição ou entendimento de qualquer entidade à qual o autor se ache ligado profissionalmente. Comunicação apresentada ao 1º Congresso de Jornalistas de Macau, Dezembro de 2011.O autor agradece a António Cardinal, seu Pai, as sugestões feitas, preenchidas de saber, equilíbrio e de uma experiência na imprensa de muitas décadas, e que muito contribuíram para a benfeitoria deste texto.

de língua portuguesa, um cronista e a liberdade de expressão e de imprensa como pano de fundo.

E, ademais, para além de outros motivos de interesse, o texto abre com uma citação de BENJAMIN CONSTANT, reconhecido homem das liberdades dos modernos:

«*Com os jornais há por vezes desordem; sem eles há escravidão*».

Esta frase permite encapsular de uma forma sucinta e balanceada o magno relevo da liberdade de imprensa dos *modernos* nas sociedades modernas.

Refira-se, aliás, que o universo da liberdade de imprensa é terreno deveras fértil – como poucos - em citações famosas e lapidares[1].

E, com efeito, não resisto a mais uma: «*A free press is the unsleeping guardian of every other right that free men prize; it is the most dangerous foe of tyranny. … Under dictatorship the press is bound to languish, and the loudspeaker and the film to become more important. But where free institutions are indigenous to the soil and men have the habit of liberty, the press will continue to be the Fourth Estate, the vigilant guardian of the rights of the ordinary citizen.*», Winston Churchill[2].

Pegando em expressão corrente noutros domínios jurídicos, não será demais apontar-se a liberdade de imprensa como um *sismógrafo* da democracia e do estado da arte das liberdades fundamentais de uma dada unidade política.

E, importará recordar que, como bem afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, na sua referencial *Constituição Anotada*, «*Mais do que um direito, a liberdade de imprensa é um complexo ou constelação de direitos e liberdades: direito a criar órgãos de comunicação, direitos dos jornalistas dentro daqueles, direitos dos próprios órgãos de comunicação social, etc..*»[3].

1 Como mera curiosidade remeta-se para *Speaking of a Free Press - 200 Years of Notable Quotations About Press Freedoms,* publicado originalmente pela American Newspaper Association Foundation. Acessível em http://nie.miamiherald.com/_pdf/Speaking_of_a_Free_Press.pdf.

2 *In idem*.

3 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, página 580. Veja-se ainda, Jorge Miranda/ Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo. I, onde se afirma: «*A liberdade de imprensa ou liberdade de comunicação social congloba a liberdade de expressão e a liberdade de informação, com quatro notas distintivas: a) a pluralidade de destinatários, o carácter colectivo ou de massas, sem reciprocidade; b) o princípio da*

II

Prosseguindo o nosso caminho importará, sem delongas, tratarmos da questão da liberdade de imprensa e direitos e deveres dos jornalistas em Macau.

E, é mister sublinhar, o tecido normativo constitucional e bem assim o tecido normativo legal (e jus-internacional através da Declaração Conjunta) em Macau dão resposta satisfatória, ao menos na sua enunciação, à constelação de direitos e liberdades ancorados na liberdade de imprensa.

No plano dos factos, a questão poderá, eventualmente, ser porventura matizada aqui e ali. Macau é um território muito pequeno. Todos se conhecem. Qualquer um pode aspirar a ser mediático. Os órgãos de governo e seus titulares estão literalmente entre nós. Connosco convivem. A economia de Macau, nomeadamente, no âmbito dos Casinos, é poderosa e altamente rentável. Para além do poder local, Macau, há ainda o poder soberano, Pequim. Está em primazia a liberdade de imprensa de cada jornalista que assina peça ou está antes em primazia a liberdade de imprensa da empresa que o emprega? Recorrentemente se fala de fenómenos de auto-censura. A verdade é que, regra geral, os relatórios internacionais sobre a liberdade de imprensa apontam para um estado da arte positivo. Mesmo após a aprovação da famosa lei que regulamentava o ainda mais famoso artigo 23.º da Lei Básica[4].

máxima difusão (...); c) a utilização de meios adequados – hoje, a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética; d) a relevância do estatuto dos seu operadores, os jornalistas.», página 434.

4 US State Department 2010 Human Rights Report: China. (Macau).
«*The law provides for freedom of speech and of the press, and the government generally respected these rights in practice.*
The Law on Safeguarding National Security, which entered into force in February 2009, criminalizes both committing and "acts in preparation" to commit, treason, secession, subversion of the PRC government, and theft of state secrets. The crimes of treason, secession, and subversion specify the use of violence, and the government stated that the law would not infringe on peaceful political activism or media freedom.
Activists and some legislators also were concerned about the use of "prying into" to define one type of illegally acquiring state secrets and the lack of an explicit "public interest defense" for journalists publishing classified information. As of year's end, no one had been charged with a crime under the law.
The independent media were active and expressed a wide variety of views without restriction, and international media operated freely. Major newspapers were heavily subsidized by the government and tended to closely follow the PRC government's policy on sensitive political issues, such as Taiwan; however, they reported freely on the SAR government, including reports critical of the government.».

Volvendo ao plano constitucional, é mister referir que, quer no que respeitava à situação anterior à transferência de soberania, aí se aplicando ao território de Macau, por via do EOM, a CRP, nomeadamente os artigos 37.º, 38.º e 39.º, quer também após o regresso de Macau à China como Região Administrativa Especial, onde a Lei Básica possui, é de sublinhar, variadas referências e dimensões respeitantes à liberdade de imprensa[5].

Vejamos então, para além da estatuição expressa do gozo da liberdade de imprensa, outras dimensões de que são exemplo a sua inserção no âmbito da autonomia da RAEM, no plano associativo a liberdade de relacionamento com entidades congéneres da China continental com respeito pelos princípios da não subordinação e não ingerência e respeito mútuo, e a liberdade de relacionamento externo e, que, por comodidade de referência e imediatez, se reproduzem:

Artigo 27.º

«*Os residentes de Macau gozam da liberdade de expressão, de imprensa, de edição...*».

Artigo 125.º

«*O Governo da Região Administrativa Especial de Macau define, por si próprio, a política cultural, incluindo as políticas respeitantes à literatura, à arte, à radiodifusão, ao cinema e à televisão, entre outros.*».

Artigo 126.º

«*O Governo da Região Administrativa Especial de Macau define, por si próprio, a política respeitante à imprensa e à edição*.».

Artigo 133.º

«*O relacionamento entre as associações populares de (...) imprensa, edição (...) da Região Administrativa Especial de Macau por um lado e as associações e organizações con-*

5 «*É significativo que a Lei Básica dedique um preceito especial a política cultural, "incluindo as políticas respeitantes à literatura, à arte, à radiodifusão, ao cinema e à televisão (artº 125º) e um outro preceito "à política respeitante à imprensa e edição" (artº 126º). Um e outro contemplam importantes aspectos da liberdade de imprensa e da comunicação social.*», afirma Gomes Canotilho, *Inédito*.

géneres das outras regiões do País, por outro, é baseado nos princípios de não-subordinação e não-ingerência recíprocas e respeito mútuo.».

Artigo 134.º

«*As associações populares de (...) imprensa, edição, (...) da Região Administrativa Especial de Macau, podem manter e desenvolver relações com as suas congéneres de outros países e regiões do mundo e com as associações e organizações internacionais afins, podendo, de acordo com as necessidades, usar a denominação de «Macau, China» quando participarem nas respectivas actividades*.»

E ainda, com evidentes conexões, de natureza diversa, com a liberdade de imprensa, tais como a afirmação do «segundo sistema» na temática dos direitos fundamentais, a afirmação da ligação a importantes instrumentos de direito internacional, a afirmação do direito de propriedade privada, a questão da liberdade de comércio e sua política de fomento, a afirmação da autonomia da RAEM em variados domínios, ou a afirmação da oficialidade da língua portuguesa:

Artigo 4.º

«*A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região*.».

Artigo 5.º

«*Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes*.».

Artigo 6.º

«*O direito à propriedade privada é protegido por lei na Região Administrativa Especial de Macau*.».

Artigo 9.º

«*Além da língua chinesa, pode usar-se também a língua portuguesa nos órgãos exe-*

cutivo, legislativo e judiciais da Região Administrativa Especial de Macau, sendo também o português língua oficial.».

Artigo 11.º

«*De acordo com o artigo 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei*.».

Artigo 30.º

«*É inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau. São proibidas a injúria, a difamação, bem como a denúncia e acusação falsas, seja qual for a sua forma, contra qualquer residente de Macau.*

Aos residentes de Macau são reconhecidos o direito ao bom nome e reputação e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.».

Artigo 40.º

«*As disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau.*

Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo.».

Artigo 114.º

«*A Região Administrativa Especial de Macau protege, de acordo com a lei, a livre operação de empresas industriais e comerciais e define, por si própria, a sua política de fomento industrial e comercial.*».

O segundo sistema, isto é o de Macau, na manutenção da sua maneira de viver anteriormente existente, nas palavras da constituição subnacional, e o comando constitucional da garantia dos direitos fundamentais impunha a continuação da liberdade de imprensa nos modos do segundo sistema impedindo-se, pois, a importação do modelo da China continental[6], qualquer que ele fosse. Tal como, de resto, assim sucede.

A este propósito relembre-se a seguinte prosa:

«*A liberdade de expressão do pensamento, de que a imprensa é instrumento privilegiado, constitui um direito fundamental de todas as sociedades modernas.*

A imprensa tem em Macau uma tradição secular que constitui património do Território e da sua diversidade cultural, particularmente reafirmada nos anos mais recentes por um universo editorial interveniente, de mais de duas dezenas de periódicos.

A presente lei procura atingir o ponto em que os interesses dos agentes da informação e dos cidadãos que são dela destinatários, convergem na realização dos valores de uma comunidade que se reconhece livre, consciente e informada.

Deseja-se assim que ao quadro legal ora revogado suceda uma lei que, pelo seu equilíbrio e justeza, constitua uma referência duradoura na dinâmica do direito à informação.».

Prosa retirada do Preâmbulo da Lei de Imprensa, Lei n.º 7/90M, de 6 de Agosto. Isto é, do preâmbulo da lei vigente.

Palavras de relevo, emblemáticas e de história vazadas formalmente nas páginas da Imprensa Oficial.

Toda esta temática mereceu cuidados próprios a propósito da transferência do exercí-

6 Yuan Fang, *Press Regulation System with Chinese Characteristics*, comunicação apresentada ao VIII Congresso Mundial da IACL, México, 2010, Painel 3, *Media and constitutional principles*, traça uma caracterização geral do sistema de imprensa regulada no continente chinês, refere o sistema de controlo, evoluções positivas verificadas e aponta como possíveis razões para a sua manutenção, nomeadamente a cultura Confuciana, a dependência judicial, a imaturidade do modelo económico e necessidades políticas de grupos de interesse. E, cita o Primeiro Ministro Wen Jiabao afirmando, em entrevista à CNN em Outubro de 2010, «*I believe freedom of speech is indispensable, for any country, a country in the course of development and a country that has become strong. Freedom of speech has been incorporated in the Chinese Constitution*.».

cio de poderes soberanos relativos a Macau.

A preocupação com a transmissão de uma ideia genérica de garantia e de respeito pela Liberdade de imprensa nos anos anteriores à transferência de soberania foi um dado patente e irrecusável. Pegue-se num só exemplo.

Leong Fan, na oficiosa obra *Guia da Lei Básica de Macau*, de 1995[7], perguntava:

«*O sr. Fulano é um residente de ascendência portuguesa. Após 1999, ele pode fundar um jornal em português?*». E respondia, enfaticamente: «*Pode. Isso porque a Lei Básica estipula explicitamente que os residentes de Macau gozam da liberdade de imprensa e de edição, liberdade tida por todos os residentes de Macau em pé de igualdade*, ...».

E, em reforço, anota o insuspeito Ieong Wang Chong, «*Nos países e regiões onde se promove a política democrata, é dada especial ênfase à função de supervisão da imprensa. Em Macau, a causa da imprensa tem uma longa história e está muito activa ...*», e adiante, a Lei Básica reflecte que a RAEM «*goza de autonomia suprema na área da imprensa e da edição*»[8].

A Lei de Imprensa vigente em Macau[9] apresenta-se bem dotada e equilibrada. Aí se estatuem importantes princípios enformadores e um conjunto de garantias da liberdade de imprensa. Como também se estabelecem mecanismos judiciais relativos a abusos de liberdade de imprensa.

Em panorama breve: Artigo 3.º (Direito à informação), Artigo 4.º (Liberdade de imprensa) Artigo 5.º (Liberdade de acesso às fontes de informação), Artigo 6.º (Garantia do sigilo profissional), Artigo 7.º (Garantia de independência dos jornalistas), Artigo 8.º (Liberdade de publicação e difusão), Artigo 9.º (Liberdade de empresa), Artigo 13.º (Liberdade de concorrência).

É, pois, uma lei que respondia bem ao exigente quadro constitucional anterior e continua, com naturalidade, a corresponder ao actual quadro constitucional.

7 A páginas 27 e 28.

8 *Anotações à Lei Básica de Macau*, 2005, página 228.

9 Recorde-se ainda a Lei nº 8/89/M, de 4 de Setembro, *Regime da actividade de radiodifusão*.

III

Sendo embora uma lei que cumpre e bem o seu papel, poderá todavia merecer benfeitorias? Estamos em crer que sim. Estude-se todavia devidamente a questão. Pondere-se com rigor e com equilíbrio o que se pretende introduzir. Dentro sempre de um cânone de garantia da liberdade de imprensa.

Por outro lado, questões há que não devem ser misturadas nem *pretextualizadas*. Se, como se vai vendo na comunicação social, o que estará em causa é somente uma preocupação com as novas tecnologias e seus reflexos na imprensa, então mal se compreenderá uma revisão da Lei de Imprensa vigente, menos ainda se profunda, e sem qualquer margem de compreensão, a sua revogação em bloco e substituição por uma outra. Quiçá a título de esponja impregnada de lixívia.

Haverá, *a priori*, duas alternativas:

a) uma alteração cirúrgica à lei vigente com um conjunto de aditamentos relativos às tais novas tecnologias e, porventura, aproveitando-se o ensejo com a introdução de algumas melhorias, em nada se mexendo na estrutura e princípios enformadores ou;

b) a elaboração de uma lei própria sobre o assunto, que terminaria com uma remissão final para o regime da lei de imprensa em tudo que aí não viesse especialmente regulado.

Claramente a opção apontada em a) se apresenta como mais indicada e mais fácil de concretizar. Na verdade, todos terão ouvido ecos destas preocupações em outros quadrantes mas presume-se que poucas leis específicas, se é que alguma, terão sido já produzidas. Razões várias, nomeadamente dificuldades técnicas (quase) insuperáveis, idem quanto a mecanismos efectivos de concretização, e linhas de contacto muito ténues entre regulação e restrição poderão ser a chave da resposta da inexistência de um mar de legislação no âmbito do direito comparado nesta especial novel temática. Daí, não curarmos mais aqui da hipótese ensaiada em b).

Assim sendo, quanto a possíveis melhorias de pequena monta a introduzir na lei vigente ocorre-me, sem mais, e aproveitando o ensejo, o seguinte:

De imediato, e como ponto firme de partida, sufraga-se a opção por uma lei de alteração à vigente Lei n.º 7/90/M e não a sua revogação *in totto*, consubstanciando, nomeadamente, o seguinte:

No que respeita à questão das novas tecnologias e utilização do suporte Internet, poderia estabelecer-se singelamente o seguinte:

Aditar dois números ao artigo 1.º, âmbito de aplicação, com a seguinte redacção,

«x. A recolha, selecção e tratamento de factos, notícias ou opiniões, através de texto, imagem ou som, destinados a divulgação, com fins informativos, por qualquer outro meio electrónico de difusão ou publicações on-line, é regulada por lei especial.

xx. Enquanto não entrar em vigor a legislação especial referida no número anterior, aplica-se, com as necessárias adaptações e na medida em que a natureza do meio o permita, o disposto na presente lei.».

Por outro lado, e aproveitando o momento para se introduzir algumas benfeitorias ao diploma vigente, poderia ponderar-se o seguinte conjunto de pequenas alterações:

Assim, no actual artigo 4.º, epigrafado liberdade de imprensa, aditar um número:

«y. A liberdade de imprensa deve, no seu exercício, respeitar os princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, nomeadamente, em função da origem nacional ou social, ascendência, raça, cor, sexo, orientação sexual, idade, estado civil, língua, religião, convicções políticas, filosóficas ou ideológicas, filiação associativa, instrução ou situação económica.».

Ainda, aditar à lei três novos artigos, a inserir no local adequado, estatuindo sobre matérias de grande relevo como os direitos fundamentais dos jornalistas e a criminalização do atentado à liberdade de imprensa:

«Artigo A

Direitos dos jornalistas

Constituem direitos fundamentais dos jornalistas, com o conteúdo e a extensão definidos na Lei Básica, na presente Lei, no Estatuto do Jornalista e em demais legislação:

a) A liberdade de expressão e de criação;

b) A liberdade de acesso às fontes de informação, incluindo o direito de acesso a locais públicos e respectiva protecção;

c) O direito ao sigilo profissional;

d) A garantia de independência e da cláusula de consciência;

e) O direito de participação na orientação do respectivo órgão de informação.».

«Artigo B

Estatuto do Jornalista

O Estatuto do Jornalista é definido em lei especial devendo respeitar os direitos fundamentais dos jornalistas previstos no artigo anterior.».

«Artigo C

Crime de atentado à liberdade de imprensa

1 - É punido com pena de prisão de x a xx ou multa de y a yy dias aquele que, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de imprensa:

a) Impedir ou perturbar a composição, impressão, distribuição e livre circulação de publicações;

b) Apreender quaisquer publicações;

c) Apreender ou danificar quaisquer materiais necessários ao exercício da actividade jornalística.

2 - Se o infractor for agente da RAEM ou de pessoa colectiva pública e agir nessa qualidade, é punido com prisão de xx a xxx anos ou multa de yy a yyy, se pena mais

grave lhe não couber nos termos da lei penal.».

Por outro lado, e tendo em consideração os ditames da Lei da Reunificação quanto à substituição de expressões – por exemplo Governador/Chefe do Executivo, etc. – o assunto pode, a nosso ver, resolver-se facilmente com uma norma de republicação que poderá ter o seguinte teor:

«Artigo XXX

Republicação e Lei da reunificação

É republicada em anexo a «Lei de imprensa», aprovada pela Lei n.º 7/90/M, de 6 de Agosto, com todas as alterações decorrentes da presente lei, procedendo-se à sua renumeração, actualização das remissões legais e à sua adaptação, nos termos do n.º 2 do artigo 4.º e do Anexo 4 da Lei n.º 1/1999 Lei da reunificação.».

Mais simples, mais eficaz e mais respeitador do património da vigente Lei de Imprensa e de todo o seu legado histórico.

São, pois, estas propostas que me proponho, numa primeira reflexão, aqui trazer. Afiguram-se simples e selectivas, no sentido de apenas se procurar mexer no que é deveras relevante e, sobretudo, mantendo vigente a lei e a sua filosofia estruturante.

Se, no entanto, a opção for a de criar uma nova lei – opção que aparentemente vai ganhando foros de privilégio – será condenada às páginas da memória colectiva uma boa lei, emblemática, equilibrada e que tão bem serviu dois senhores constitucionais: EOM/CRP e Lei Básica. E desaparecerá também o belo e substancialmente relevante preâmbulo. Não sendo este sequer substituído por um outro, qualquer que ele pudesse ser[10].

10 Recorde-se que na RAEM os seus actos legislativos não deverão conter preâmbulo, não obstante tal instrumento poder desempenhar tantas vezes funções de relevo como as de auxílio interpretativo.

IV

Umas palavras breves quanto à inovadora metodologia em curso, a chamada sondagem deliberativa. É algo novo sim e perante as novidades não devemos apresentar receios só porque o são. É uma ideia cativante e desafiadora. Sem dúvida. Todavia, no caso concreto, assomem-me duas reservas: uma, a da legitimação, a outra a da adequação e tempestividade.

Quanto à legitimação, a reserva prende-se precisamente com a questão *a posteriori*, isto é, fechada que esteja uma proposta com os conteúdos pré definidos pela sobredita sondagem, ficará o Governo impedido de alterar esses conteúdos aquando da formalização do processo legislativo (irá, ao que tudo indica, o processo iniciar-se por iniciativa do Executivo)? E, posteriormente, ficará o parlamento local – com uma maioria de deputados eleitos – deslegitimizado de introduzir alterações? Ou mesmo vinculado às opções de fundo avançadas pela dita sondagem?

No que respeita à inadequação e intempestividade, afigura-se que a dinâmica da sociedade de Macau nomeadamente na vertente da democracia participativa poderá fazer lembrar a seguinte imagem: a de um Ferrari que é dado a uma população que, por ora, tem caminhos de cabra e de macadame[11].

V

No plano das reformas legislativas afigura-se ainda que o mais importante será dar plena concretização, de facto e de *legge,* a alguns dos comandos já preconizados em 1990 pela Lei de Imprensa. E que são de grande relevo.

11 Para além da perplexidade quanto à utilização deste mecanismo no âmbito de um processo de reforma legislativa, ademais bem sensível e técnico como este é. E quando em causa estarão questões deveras específicas e detalhadas. Aparentemente, a haver vontade de importar esta metodologia de ponta faria bem mais sentido a sua utilização em processos meramente executivos – por exemplo, sondagem deliberativa sobre se, e onde, deverá ser construída nova ponte Macau-Taipa, ou, a que horas deverá o posto fronteiriço das Portas do Cerco, ou, se, quanto e onde, se deverá construir mais habitação económica.

Referimo-nos, por exemplo, ao Estatuto do Jornalista – relembre-se aqui a sua dimensão constitutiva da liberdade de imprensa - e à Composição e funcionamento do Conselho de Imprensa, para os quais já então se exigia legislação, isto é há mais de duas décadas.

Questão deveras relevante também o da acreditação de jornalistas, isto é, saber quem é jornalista, quem o pode ser, e em que termos. Na verdade, não mais se compadece com o estatuto de sociedade moderna e internacional haver em Macau jornalistas que, afinal, serão antes motoristas, porteiros, etc..

De novo se reafirma: nenhuma destas medidas implicará alterações profundas e transversais da lei de imprensa, e menos ainda implicarão essas medidas a revogação da actual lei de imprensa, em bloco e sem mais.

VI

Voltando a página e falando em direitos e deveres dos jornalistas eles são bem consabidos de todo este auditório. Será também lugar comum a afirmação de que há um conjunto de (poderes)direitos-deveres e não apenas o recorte absoluto de direitos e de deveres. Há um direito a informar e esse direito a informar deve ser acompanhado do dever de informar com verdade, com isenção e objectividade.

Os direitos são muitos. Estão consagrados. Estão reconhecidos. Já aqui foram referenciados. Não curam de mais delongas.

Focando a nossa atenção nos deveres[12], é desde logo reconhecido que o relacionamento entre a liberdade de imprensa e os chamados bens jurídicos pessoais – por exemplo, privacidade, honra, imagem, etc. – é o de uma *relação intrinsecamente conflitual*, nos dizeres de

12 Como mero exemplo, uma chamada de atenção actual, firme, directa e *carregada*, quanto aos deveres dos jornalista para com a sociedade, pode ser vista em Ferreira Fernandes, na sua crónica *Escrevendo sobre um ninho de cucos*, Diário de Notícias, 9 de Dezembro de 2011, acessível em http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=2173823&seccao=Ferreira%20Fernandes&tag=Opini%C3%A3o%20-%20Em%20Foco.

Costa Andrade, em *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal*[13].

Fora dos deveres para com a esfera privada, há também deveres na esfera pública. Prevê o artigo 4.º da Lei de Imprensa: A liberdade de expressão do pensamento pela imprensa é exercida sem subordinação a qualquer forma de censura, autorização, depósito, caução ou habilitação prévia e, é livre a discussão e crítica, designadamente de doutrinas políticas, sociais e religiosas, das leis e dos actos dos órgãos de governo próprios do Território e da administração pública, bem como do comportamento dos seus agentes.

Deveres de isenção. Deveres de discussão das políticas governativas. Deveres de independência. Deveres de alerta. Enfim, porque não dizê-lo, deveres de imunidade a monolitismos. Ainda que porventura de raiz Confuciana. Ainda que a harmonia possa ser talvez um valor social que se procure impregnar vero é que a imprensa, com a sua liberdade, numa sociedade moderna e alicerçada no pluralismo, nos valores democráticos (ainda que inacabados ou imperfeitos) e em direitos fundamentais é, ou assim o deve, vacinada. Seja hoje, seja amanhã, seja aqui, seja acolá. É *contra natura* à liberdade de imprensa uma imprensa de harmonia e sem dissenso. Pelo contrário.

Pablo Riberi, conhecido especialista em direito dos media, em *Strong Dissents, Mass Media and the Principle of Neutrality: A dangerous cross-road without street lights*[14], diz, «*A minha preocupação é que, em qualquer área do domínio público* (public domain) *dissensos e discussões são altamente desejáveis. Quaisquer que sejam os campos e os temas – particularmente na política – dissensos fortes constróem liberdade e igualdade*.» (tradução nossa).

13 *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra Editora, 1996, páginas 28 e seguintes.

14 Comunicação apresentada ao VIII Congresso Mundial da IACL, México, 2010, Painel 3, *Media and constitutional principles.*

VII

Outra esfera de deveres será a dos deveres-direitos associativos. Isto é, deveres das associações profissionais – que não apenas de cada jornalista, da cada jornal – em fazer a defesa da sua própria liberdade de imprensa quando, na sua óptica, possa esta vir a ficar em causa. Ainda que apenas potencialmente. Aqui se pode registar o cumprimento destes deveres em dois processos legislativos.

O primeiro, o já referido processo de regulamentação do artigo 23.º e, o segundo, com mais vigor e mais universalizado, o processo legislativo relativo ao apoio judiciário a funcionários públicos, o qual, em dado momento, previa esses apoio judiciário para demandar quando em causa estivesse a honra. Tal solução era, na perspectiva de várias associações, por exemplo, AIPIM, e de muitos jornalistas e observadores[15], passível de poder carrear a possibilidade de limitar a liberdade de imprensa Ainda que essa não fosse a intenção do legislador. E, por outro lado, como também associações e jornalistas deram conta, era uma solução sem paralelo em outras jurisdições. A solução preconizada foi abandonada.

É inescapável referir um outro dever. Um *dever-repto*. É necessário criar um código deontológico. De conduta. O conteúdo não deverá ser difícil de alcançar. A Federação Internacional de Jornalistas tem uma Declaração de Princípios sobre a conduta dos Jornalistas. O contexto geográfico-cultural – nomeadamente quanto à impregnação confuciana do tecido social maioritário - também não deverá servir de escusa. Com efeito, há um código de ética em Hong Kong, como há um em Taiwan. E um código de conduta em Singapura[16]. Todos eles aprovados por associações do sector.

15 A título meramente exemplificativo remete-se o Parecer da Assembleia Legislativa Assembleia, onde se refere o documento da Associação dos Jornalistas de Macau, o Comunicado da Associação de Imprensa em Português e Inglês de Macau, *Proposta de apoio judiciário a funcionários públicos: Uma proposta inadequada. Alterações são imprescindíveis*, as declarações de Hu Zhengrong, vice-presidente da Universidade de Comunicação da China, e bem assim, diversos textos publicados na imprensa local, por exemplo de Paulo Reis, *Uma lei inútil*, em Hoje Macau, 27 de Julho, 2010, de Paulo Azevedo, *Transparency project faces vast challenges*, Macau Business, Agosto, 2010 e de imensos textos publicados na imprensa em língua chinesa.

16 Veja-se, http://www.eyeonethics.org/journalist-code-of-ethics-in-asia/.

Uma nota final em sede de deveres-direitos, em particular neste fórum da Federação dos Jornalistas de Língua Portuguesa: O dever de estar atento. Atento à língua. Portuguesa, também ela oficial. Também ela da memória colectiva. Mesmo quando menosprezada, esquecida ou só maltratada.

VIII

A terminar, evoco um *futuro*, recorrendo a palavras, de aviso mas também de determinação e de *liberdade-resistência*, proferidas pelo capitão Jean-Luc Picard:

«*You know, there are some words I've known since I was a schoolboy: "With the first link, the chain is forged. The first speech censured, the first thought forbidden, the first freedom denied, chains us all irrevocably*."», em, *The Drumhead*[17].

Em síntese, a liberdade de imprensa tem em Macau uma tradição secular que constitui precioso património do território e da sua diversidade cultural, e é marca de contraste deste *segundo sistema*, que assim tem sido e assim deverá permanecer, e que constitui uma marca indelével e um imperativo categórico do sumo princípio que DENG XIAOPING apresentou: «*Um País, Dois Sistemas*».

17 *Star Trek: The Next Generation*, #4.21.

O DIREITO DE PETIÇÃO EM MACAU

BREVES NOTAS

O DIREITO DE PETIÇÃO EM MACAU: BREVES NOTAS[1]

I
ALGUMAS NOTAS EM TORNO DA MEMÓRIA, CONCEITO, FUNÇÃO E GEOGRAFIA DO DIREITO DE PETIÇÃO

Como assinala JORGE MIRANDA[2], *«É de supor que, em qualquer forma mais ou menos evoluída de organização política, sempre se tenha admitido a faculdade de as pessoas se dirigirem às autoridades, ou à autoridade suprema do Estado, para pedirem a protecção delas mesmas, dos seus familiares, ou dos seus bens contra violações ou ameaças de violação vindas de outros detentores do poder e de oficiais públicos ou vindas até de outros particulares. Estaria aí um verdadeiro direito natural de defesa*[3].».

Ao jeito de um mui breve apontamento, nas referências doutrinais à história deste instituto avultam referências à Magna Carta de 1215, à *Bill of Rights* de 1689, à Revolução Francesa e Constituição de 1791, entre outros momentos (formal)fundantes do direito

1 Inédito, 2015, em vias de publicação na revista Administração.

2 *Notas sobre o Direito de Petição*, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, página 465.

3 «*(…) é um direito natural que a Carta não creou, limitando-se unicamente a regular e a garantir o seu exercício*», escrevia Lopes Praça, no contexto da Carta Constitucional de 1826, em *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto adicional de 1832*, 1878, página 122, *apud* Maria Luísa Duarte, *O Direito de Petição, Cidadania, Participação e Decisão*, 2008, página 25.

de petição[4]. As suas origens remotas poderão ser detectadas no Império Romano[5]. Mas, também nestas paragens geográficas[6], se afirma uma longa tradição da figura da petição, nomeadamente na China imperial[7], como também, entre outros, na dinastia Chosŏn na Coreia[8] ou no Japão, com a tradicional figura do *Seiganken*[9].

O direito de petição, no decurso da sua longa e venerável história, tem conhecido protagonismos e sucessos diferenciados, diríamos mesmo que por vezes está «na moda», ao passo que, em outros momentos, se apresenta pálido, *subsumido* por outros direitos, ou retendo um quase mero valor simbólico. Em termos da arena global, há quem afirme detectar algumas tendências no sentido do renascimento deste direito[10].

Atenta a sua natureza e as suas tradicionais finalidades é de crer que onde existam

4 Vide, para apontamentos históricos, quer no âmbito português, quer no do direito comparado, Jorge Miranda, *Notas sobre o Direito de Petição*, *in* Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, páginas 465 e seguintes, Maria Luísa Duarte, *O Direito de Petição, Cidadania, Participação e Decisão*, 2008, páginas 17 e seguintes, Tiago Tibúrcio*, O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, 2010, páginas 39 e seguintes, Luís Barbosa Rodrigues, *O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, in Perspectivas Constitucionais, vol. II, 1997, página 643 e seguintes.

5 Como informa, por exemplo, Ulrich Preuβ, *Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association,* in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (M. Rosenfeld/A. Sajo, eds.), 2012, páginas 949 e 950.

6 Ancorada na China Confucionista e daí irradiando para as suas áreas de influência, especialmente Coreia e Japão, «*According to the orthodoxy of Confucianism, individual citizens should be provided with an open and broad channel to the state. In other words, it means the voice of individuals should be directly heard by the statecraft ruled by only one man who represents not only the will of the "heaven" but also the will of people. Once the people have any complaints or grievances against the king or his upright officials, the benevolent and wise king should correct the wrongdoings and return justice to the people. This channel which can be regarded as a top-down structure reinforces the sovereignty of the king in some way. Today in East Asia, the channel is still taking effective role but experiencing great changes*.», Honglei Cao, *Civil Petitions in South Korea: A Focus on the Shinmoongo System*, página 1, disponível em http://www.academia.edu/5099155/Civil_Petitions_in_South_Korea_A_Focus_on_the_Shinmoongo_System_Conf_paper_draft_.

7 Zou Keyuan, *The Right to Petition In China: New Developments and Prospects*, EAI Background Brief No. 285, http://www.eai.nus.edu.sg/BB285.pdf. «*Though it is new in modern China, the xinfang system has a strong connection to Chinese traditions. As there was no court in the modern sense until the turn of the 20th century in Chinese history, people usually would have to beat the drum outside the government offices (*衙门*) to voice their grievances, petition a visiting imperial envoy, or go to the capital to appeal to the emperor (*告御状 *gao yu zhuang). For ordinary Chinese people then, there is little difference between the means of xinfang and traditional means of petition*.».

8 Vide, Honglei Cao, *Civil Petitions in South Korea: A Focus on the Shinmoongo System*, «*Following Confucian governing principles, shinmoongo or petition to authorities is one of the main channels for normal people to address their grievances and concerns in Chosun dynasty*», página 1.

9 De má memória dado que o peticionante deveria estar preparado para pagar com a vida a ousadia de peticionar,o amo, cfr. Maria Gioia Vienna, *Human Rights in Japan*, in Human Rights and Asian Values, Eva Pföstl, 2008, página 254,

10 Ulrich Preuβ, *Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association*, in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (M. Rosenfeld/A. Sajo, eds.), 2012, página 949.

eleições parlamentares universais, directas e livres, onde se eleja o Chefe de Estado por sufrágio directo, livre e universal, onde existam eleições para outros patamares de governação, por exemplo, ao nível municipal, onde impere a Ideia de Estado de Direito, onde a maquinaria judicial exista e funcione devidamente, onde a tutela judicial dos direitos fundamentais fecunde e consagre especiais e dedicados mecanismos para essa tutela, por exemplo, mediante recursos de amparo, onde se efective uma verdadeira «*constitutional review*», onde, em suma, haja real participação política e pluralidade de meios de exercício e efectivas garantias – de distintas natureza e operacionalidade – dos direitos das pessoas, cremos que o direito de petição, por razões atendíveis e razoáveis, tenderá a perder protagonismo e relevo prático, ao passo que, onde aqueloutras características rareiam, ou surgem apenas parcelarmente então, o direito de petição tenderá a vivificar-se[11] e a assumir relevo prático.

Outras razões adicionais poderão contribuir para um maior apagamento ou florescimento do direito de petição. Por exemplo, o fenómeno das *e-petitions* naturalmente contribui para um renascer da importância do direito de petição, o associativismo e a participação cívica da população também, e ambos apontando ao chamado fenómeno das petições de massa[12].

Uma referência telegráfica à projecção do direito de petição nos textos constitucionais[13]. O direito de petição é uma verdadeira instituição global não se acantonando pois em um dado espaço, seja ele geográfico, ou político ou de família jurídica.

Com efeito, para além de estar presente na generalidade das constituições europeias[14], detecta-se a inclusão do direito de petição (em moldes, naturalmente, algo va-

11 Desde que, naturalmente, não se esteja perante regimes absolutamente ditatoriais.

12 Cfr. Ulrich Preuβ, *Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association*, *in* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (M. Rosenfeld/A. Sajo, eds.), 2012, página 950.

13 A que, em rigor, haverá a aditar aqueles ordenamentos jurídicos da *common law* que, nas suas particulares características, por exemplo detendo constituições pulverizadas, inscrevem o direito de petição em outros instrumentos, por exemplo, em *Bills of Rights*.

14 E na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 44º.

riáveis) em várias constituições da Ásia[15], incluindo a República Popular da China[16], mas também em África[17], na Oceânia[18], ou nas Américas[19].

Uma breve referência para, por palavras de outrem, referir que «*o direito fundamental de petição, longe de ser um mero adorno jurídico-constitucional, é um elemento básico da liberdade política, já que permite uma comunicação desinibida entre os governados e os governantes*.»[20].

Em Macau o direito de petição vem sendo jus-positivamente concebido como um instrumento não judicial para defesa dos direitos das pessoas, da legalidade ou dos interesses da comunidade, mediante a apresentação aos órgãos políticos ou a quaisquer autoridades públicas, de petições em sentido estrito, representações, reclamações ou queixas[21].

É mister sublinhar que o direito de petição é um agente titular da história constitucional e normativa deste pequeno enclave desde há longo tempo[22] sendo mesmo uma

15 Por exemplo, na Constituição do Japão, artigo 16º, na da Coreia sul, artigo 26º, na de Taiwan, artigo 16º, na da Tailândia, artigo 59º, na Constituição da Mongólia, artigo 16º, nº 12.

16 «*Artigo 41º - Os cidadãos da República Popular da China têm o direito de criticar e apresentar sugestões a qualquer órgão ou funcionário do Estado. Os cidadãos têm o direito de apresentar aos competentes órgãos de Estado queixas e acusações ou denúncias contra qualquer órgão e funcionário do Estado, por violação da lei ou negligência no cumprimento dos seus deveres; mas a invenção ou a distorção de factos com o objectivo de caluniar ou difamar são proibidas.*
O competente órgão do Estado deve apreciar as queixas, acusações ou denúncias apresentadas pelos cidadãos de modo responsável e depois de se certificar dos factos. Não é permitido a ninguém ocultar tais queixas, acusações e denúncias ou exercer retaliação contra os cidadãos que as apresentem.
Os cidadãos que sofrerem prejuízos em consequência de uma violação dos seus direitos cívicos por parte de qualquer órgão ou funcionário do Estado têm direito a ser indemnizados nos termos previstos na lei.».

17 Entre tantos outros, na Constituição de Cabo Verde, artigo 58º, na Constituição de Angola, artigo 73º, ou na Constituição da África do Sul, artigo 17º.

18 Vide, Constituição de Timor-Leste, artigo 48º.

19 Entre muitos outros, na Constituição da Costa Rica, artigo 27º, na do México, especialmente no artigo 8º, da Argentina, artigo 14º, na do Brasil, artigo 5º, XXXIV, a) e também, como referência competencial em jeito próximo ao à Lei Básica de Macau, artigo 58º, § 2º, IV, aí se falando que compete às comissões parlamentares: «*receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas*;».

20 Luís Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2005, página 401.

21 Cfr., o artigo 1º da Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto, Exercício do Direito de Petição. Na doutrina, com pano de fundo bastante símile a esta lei de Macau, encontramos por exemplo a seguinte definição: «*Designamos petição a solicitação dirigida por membros de uma comunidade aos poderes nela instituídos, impulsionando-os no sentido da prática de quaisquer actos jurídico-públicos.*», Luís Barbosa Rodrigues, *O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, in Perspectivas Constitucionais, vol. II, 1997, página 643.

22 Sublinhando que o direito de petição é «*um dos mais antigos e sedimentados direitos fundamentais e que, em*

constante constitucional[23], ora por força da tradição lusa[24] de *per se* - cujas constituições se aplicaram, sem excepção, em modos variados, em Macau - ora, posteriormente, pela projecção de continuidade que é recepcionada na Região Administrativa Especial de Macau.

Com efeito, todas as constituições portuguesas consagraram o direito de petição, sem hiato algum, e, após, o retorno de Macau à República Popular da China, a constituição local *lato sensu* – Lei Básica – também dá guarida expressa à figura da petição.

Cfr., a este propósito, intervenção do Deputado António Correia, apresentação do projecto de lei intitulado «Exercício de Petição», ao Plenário, «*O que é o Direito de Petição? Sabemos todos que o artigo 52.º da Constituição da República, que ainda vigora no Território, dá ilimitadamente, a todo a cidadão, o direito de dirigir petições aos órgãos de soberania, e a todas as autoridades. Este conceito acaba por ter acolhimento na Lei Básica, embora esta ainda não esteja em vigor. É nosso dever também pensar no futuro, e pensar que a Lei Básica, que vai vigorar daqui a cinco anos, já nos diz, no seu n.º 18 do artigo 50.º que há o direito do cidadão de Macau de fazer petições ao Chefe do Executivo, pelo que se torna indispensável regulamentar o exercício desse direito. Não basta dizer, em abstracto, que toda a gente tem o direito de dirigir petições, é preciso dizer como é que isso se faz.*»[25]. Vide ainda, intervenção do Deputado Tong Chi Kin, «*O exercício do Direito de Petição é um direito fundamental da população. Naturalmente que qualquer pessoa, ou associação, podem apresentar à Administração, ou à Assembleia Legislativa, petições, e apontar as suas opiniões. Entretanto, no passado, em Macau, é certo que a população exerceu já diversas vezes o Direito de Petição. O que se pretende, no entanto, com este*

Macau, a sua positividade remonta ao século XIX», Exposição de motivos do Projecto de Lei nº 9/V/94, que viria a ser aprovado como Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto, Exercício Do Direito De Petição. Vide ainda, reiterando esta observação, 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, Relatório nº 1/III/2005, 1ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, Relatório nº 1/III/2008.

23 O que já não sucede nos planos infraconstitucionais, dado que nem sempre houve legislação ordinária específica sobre o direito de petição, verificando-se mesmo alguns hiatos já depois da sua consagração infraconstitucional que se conhece.

24 Sendo, como se consabe, estatuído o direito de petição em todas as constituições portuguesas; vide relance histórico apresentado por Jorge Miranda, *Notas sobre o Direito de Petição*, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, páginas 465 e seguintes.

25 Disponível em http://www.al.gov.mo/colect/col_lei-01/po/02/4.htm, disponível também em Colectânea de leis regulamentadoras de direitos fundamentais, 2º volume, editada pela Assembleia Legislativa.

projecto de lei é coaduná-lo ao artigo 52.º da Constituição, e com o espírito do artigo 50.º da Lei Básica.»[26].

No plano constitucional imediatamente anterior é mister referir a consagração do direito fundamental de petição no original artigo 49.º (posteriormente 52.º) da Constituição Portuguesa de 1976[27] – vigente em Macau *ex vi* o artigo 2.º do Estatuto Orgânico de Macau, porquanto era um direito, liberdade e garantia e enquanto tal vigente no Território de Macau[28].

No domínio infraconstitucional surpreendemos como primeiro diploma a regular o direito de petição em Macau o Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, aprovado pelo Decreto n.º 40.708, de 31 de Julho de 1956, e posteriormente pelo Decreto n.º 46982, de 27 de Abril de 1966, que aprova o novo texto do Estatuto do Funcionalismo Ultramarino. Neste diploma, sob o título de «Expediente», o artigo 486.º estabelecia: «*Os requerimentos, petições, queixas e, de forma geral, todos os papéis dimanados de particulares que devam ser submetidos a despacho serão escritos em papel selado, em termos respeitosos e com a assinatura reconhecida…*». O parágrafo 3.º estabelecia que nenhuma petição poderá tratar de mais de um assunto» e, no parágrafo 2.º, ilustrando bem o contexto histórico-político em que o diploma havia sido elaborado, estabelecia-se, com um tom já bafiento em face da Constituição de 1976, certos requisitos: «*Os papéis a que se refere o corpo deste artigo que sejam redigidos em termos desrespeitosos ou ofensivos serão remetidos ao foro competente, para o devido procedimento criminal.*». Finalmente estatuía-se um prazo para despacho e no artigo 489.º afirmava-se que as petições deveria, ter

26 Intervenção no Plenário, disponível em http://www.al.gov.mo/colect/col_lei-01/po/02/5.htm, disponível também em Colectânea de leis regulamentadoras de direitos fundamentais, 2º volume, editada pela Assembleia Legislativa

27 «*Artigo 49º (Direito de petição e acção popular) 1. Todos os cidadãos podem apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição e das leis ou do interesse geral.*». Posteriormente, artigo 52º, «*(Direito de petição e direito de acção popular) 1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação. 2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário.*» (na redacção vigente a 19 de Dezembro de 1999).

28 Inserido sistematicamente no Capítulo II, direitos, liberdades e garantias de participação política, do Título II, Direitos, liberdades e garantias.

resolução no prazo de 30 dias e, de seguida, afirmava-se a regra do indeferimento tácito. Ou seja, ainda que em sede algo deslocada e ainda que parcimonioso aqui ficava sedeado um regime jurídico geral, no plano legal, da petição[29].

Ora este conjunto normativo não obstante a entrada em vigor da Constituição e não obstante um conjunto significativo de revogações operadas ao longo dos tempos ao Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, terá sobrevivido até 1988, data em que foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 35/88/M, de 9 de Maio.

E assim desaparecendo, substancialmente, estatuições legais de um regime jurídico do direito de petição[30]. Recorde-se a seguinte afirmação, «*A CAFP manifestou a sua concordância quanto ao conteúdo do projecto de lei que visa regulamentar o exercício de um direito fundamental constitucionalmente consagrado, carecido em Macau dessa regulamentação, com excepção de alguns preceitos do Regimento desta Assembleia.*»[31].

Assinale-se que o Decreto-Lei n.º 36/88/M, de 9 de Maio, não deixava de fazer uma referência, ainda que incidental, à figura da petição[32]. Este diploma foi posteriormente substituído pelo Decreto-Lei n.º 5/98/M, de 2 de Fevereiro, o qual continha também algumas normas incidentais relativas a petições, a propósito do registo de entrada de documentos[33] e do dever de resposta dos serviços e organismos públicos, entre outros pormenores[34]. Para lá de outras referências mais mediatas ou incidentais em diversos actos normativos

29 Para um resumo e apreciação crítica do conteúdo do regime, Ilídio Cruz, *Direito de Petição e as comissões de petição nos países de expressão portuguesa – a experiência particular de Cabo Verde*, Direito e Cidadania, 4, 1998, páginas 104 e 105.

30 Com efeito, nem o Decreto-Lei nº 87/89/M, de 21 de Dezembro, que aprova o Estatuto dos Trabalhadores da Função Pública, nem este continham normas estabelecedoras de um regime jurídico relativo às petições. E não deveriam ter, diga-se.

31 Comissão de Administração e Finanças Públicas, Parecer nº 7/94, Projecto de lei de «Exercício do direito de petição». Vide ainda, citada Exposição de motivos do Projecto de Lei nº 9/V/94: «*No entanto, apesar da sua importância intrínseca e, sem embargo da sua vinculatividade directa, inexiste legislação local concretizadora e regulamentadora do exercício desse direito fundamental. Com efeito, apenas o regimento da Assembleia Legislativa dispensa alguns artigos (167º a 173º) à matéria em apreço, revestindo essas normas naturalmente, um carácter quase só processualístico*.».

32 Artigo 8º, nº 8: «*A entrada da correspondência far-se-á por meio de registo em livro apropriado, no qual será também registada a entrada de requerimentos, petições, exposições ou recursos, sendo os documentos numerados, datados e rubricados pelo funcionário ou agente incumbido dessa tarefa, que responderá pela veracidade daquela indicação*.».

33 Artigo 16º.

34 Artigo 21º.

que foram surgindo ao longo dos anos[35].

Ora, a criação de um estruturado regime legal e geral do direito de petição só viria a ocorrer alguns anos mais tarde com a aprovação da Lei n.º 5/94/M, de 1 de Agosto, *Exercício do Direito de Petição*. Ou seja, durante uma meia dúzia de anos inexistiu em Macau um verdadeiro regime jurídico-legal do direito de petição. Algo que, como visto, não ocorreu no plano constitucional.

E, por outro lado, é mister dizer que, no que tocava ao seu exercício perante a Assembleia Legislativa, houve interrupção normativa, ainda que em momento diferente, dado que o regimento da Assembleia Legislativa foi prevendo regras quanto às petições, dedicando-lhe mesmo um processo especial, nos termos dos artigos 167.º a 173.º[36], exceptuando no âmbito do Regimento da Assembleia Legislativa da Província de Macau[37].

Este era o manto normativo vigente à data da transferência de soberania.

Antes de se prosseguir na análise do tecido jurídico vigente importa dedicar brevíssimas palavras quanto à configuração deste direito de petição.

E tal desiderato será feito por recurso a palavras de empréstimo:

«*O direito de petição (…) contém, a um tempo, dois propósitos essenciais:*

— Por um lado, é um direito de garantia de outros direitos, ou seja, desempenha uma função de defesa e prevenção de violações de certos direitos fundamentais, enfileirando assim ao lado de outros desses direitos, como o direito de amparo ou o direito de

35 «*Assim, o direito de petição, em sentido amplo, para além da sua dimensão integrada no direito de petição à Assembleia Legislativa (Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto), tem relevo autónomo em sede de procedimento disciplinar (art. 290°/1 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau - ETAPM), no Alto Comissariado contra a Corrupção e Ilegalidade Administrativa (Lei n° 11/90/M, de 10 de Setembro, regulamentada pelo DL nº 7/92/M, de 29 de Janeiro), no Gabinete de Inspecção e Auditoria Técnica (GIAT) criado pelo Despacho nº 32/GM/92, de 18 de Março de 1992, no Centro de Atendimento e Informação ao Público (CAIP), previsto no DL nº 23/94/M e Despacho nº 41/GM/94, e no Conselho de Consumidores, criado pela Lei n° 12/88/M, de 13 de Junho, alterada pela Lei n° 4/95/M, de 12 de Junho.*», informa-nos Pedro Ferreira, *As Garantias Administrativas face ao Alargamento da Discricionaridade no Direito de Maca*u, Perspectivas Jurídicas, 4, 1998, página 148.

36 Aprovado pela Resolução nº 1/93/M, de 12 de Março. E, por exemplo, no Regimento de 1977, artigos 162º e seguintes, com redacção muito próxima.

37 Aprovado pela Assembleia Legislativa mas, nos termos constitucionais ultramarinos então vigentes, posto em vigor pelo Diploma Legislativo nº 23/73.

resistência;

— Por outro lado, reveste uma vertente de direito político, pois pode configurar-se como um instrumento de participação das pessoas no exercício da vida política, de que é exemplo a apresentação de sugestões respeitantes ao interesse geral.»[38].

E mais se afirmava ser o direito de petição um «*direito fundamental, pessoal e político*»[39].

Ou, em palavras mais recentes, «*Por um lado, é um direito de garantia de outros direitos, ou seja, desempenha uma função de defesa e prevenção de violações de certos direitos fundamentais das pessoas, isto é, defesa de interesses particulares. Por outro lado, reveste uma vertente de direito político, pois pode configurar-se como um instrumento de participação das pessoas no exercício da vida política, de que é exemplo a apresentação de sugestões respeitantes aos interesses da comunidade ou à defesa da legalidade. Nesta vertente, pode pois, também, ser um processo de fiscalização política quando exercido perante a Assembleia Legislativa – distinto e autónomo de outros.*»[40].

Anote-se, brevemente, que o direito de petição tem uma vertente negativa e uma outra positiva, tal como resulta, aliás, da conformação legislativa vigente na RAEM. Como afirmam Gomes Canotilho/Vital Moreira[41], por um lado, na vertente negativa, as entidades públicas não podem impedir que se façam petições nem que se recolham assinaturas[42], e, por outro lado, na vertente positiva, o exercício do direito de petição obriga as entidades

38 Exposição de motivos do Projecto de Lei nº 9/V/94. Falando deste direito como detendo uma dupla valência, isto é em direito de participação política e enquanto garantia em sentido próprio, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2007, página 693. Jorge Miranda refere-se-lhe a um direito de defesa de outros direitos com vestes de garantia petitória (contraposta às garantias impugnatórias) e a direito de participação política. Ali solicitando a atenção do órgão competente para situações ou actos ilegais ou injustos, aqui suscitando quaisquer problemas de interesse geral com finalidades correctivas ou prospectivas. Ali tendo em mente as petições em sentido estrito e a queixa, e aqui a petição em sentido estrito e a representação, *Notas sobre o Direito de Petição*, *in* Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, página 470.

39 Exposição de motivos do Projecto de Lei nº 9/V/94.

40 Comissão de Regimento e Mandatos, Parecer nº 1/IV/2011.

41 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2007, página 694.

42 Vide artigos 3º e 6º da Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto. Quanto a este aspecto pode falar-se em um direito com estrutura de liberdade de expressão e de liberdade política, Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2010, página 1026.

públicas a, pelo menos, receber, examinar e responder às petições[43].

II

Algumas notas sobre o regime constitucional vigente

Importa agora apresentar algumas notas sobre o regime constitucional do direito de petição. Deve, no entanto, iniciar-se este percurso por uma norma ordinária, que directamente se debruça sobre o *quid* do direito de petição, estabelece o artigo 1.º da Lei n.º 5/94/M[44]:

> «1. A presente lei regula e garante o exercício do direito de petição para defesa dos direitos das pessoas, da legalidade[45] *ou dos interesses da comunidade, mediante a apresentação aos órgãos de governo próprio*[46]*, ou a quaisquer autoridades públicas, de petições, representações, reclamações ou queixas.».*

Esta legislação de 1994 densifica, pois, o gozo e exercício deste direito fundamental,

43 Cfr. artigo 8º da Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto. E também, cremos, da própria Lei Básica, pela formulação dada nos citados artigos 50º e 71º. e, no que tange à comunicação aos peticionantes, relativamente a petições perante a Assembleia Legislativa, veja-se o artigo 151º do Regimento da Assembleia Legislativa, «*O Presidente da Assembleia comunica ao autor ou ao primeiro dos autores da petição o relatório da comissão, bem como as deliberações e diligências subsequentes.*».

44 Esta lei beneficia do princípio da continuidade estabelecido na Declaração Conjunta e na Lei Básica e da cláusula aberta de adopção como legislação na RAEM, nos termos do nº 1 do artigo 3º da Lei nº 1/1999, Lei de Reunificação. Falando em um «*direito que constitui um dos elementos essenciais identificadores do sistema, nos termos da Declaração Conjunta, por decorrer inequivocamente das leis previamente vigentes em Macau (…), valendo como direito fundamental por força do artigo 41º da Lei Básica*», José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Maca*u, 2013, página 166.

45 Cfr Comissão de Administração e Finanças Públicas, Parecer nº 7/94, «*Quanto à expressão «legalidade», ela é aqui utilizada, na sua acepção ampla, comportando pois as formas de (i) legalidade reforçada, v.g. a constitucionalidade*.».

46 Esta norma tem de ser lida correctivamente nos termos da Lei nº 1/1999, Lei de Reunificação, nos termos do nº 2 do artigo 4º - Interpretação das expressões e designações constantes da legislação previamente vigente - e do seu Anexo IV, pelo que a expressão «órgãos de governo próprio» deverá considerar-se interpretativamente em conformidade com «*as correspondentes disposições da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.*», ou seja, Chefe do Executivo, órgão executivo, Conselho Executivo, Assembleia Legislativa. O mesmo sucede, naturalmente, quanto às restantes normas que utilizam a expressão «órgãos de governo próprio».

constituindo a sua âncora normativa principal – que não a suprema no esquema hierárquico das fontes normativas de Macau.

Com efeito, o novo texto constitucional entrado em vigor a 20 de Dezembro de 1999, não se acha omisso no que respeita à figura da petição.

Assim, lê-se no artigo 71.º da Lei Básica «*Compete à Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau: … 6) Receber e tratar das queixas apresentadas por residentes de Macau*;», ao passo que se surpreende no artigo 50.º: «*Compete ao Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau: … 18) Atender petições e queixas*.».

Pode desde logo deixar-se aqui um par de notas imediatas:

- Primeira, a redacção dos dois preceitos encerra algumas diferenças, por exemplo queixas de um lado e petições e queixas do outro e referência a residentes num preceito e omissão no outro.

- Segunda, ambos os preceitos surgem no capítulo da Estrutura Política, e não dos Direitos Fundamentais, e num contexto apriorístico funcional ou competencial; isto é, serão normas primeiramente preocupadas com a definição de um dado tipo de competências e não no estabelecimento de um direito fundamental.

Quid juris?

Quanto à primeira observação ou nota feita, cremos que a ausência de referência expressa a petição numa das normas (relativa à Assembleia Legislativa) não é impeditiva de se considerar estar aí em causa precisamente a figura da petição. Por razões várias, desde logo, pela tradição desta figura, que abrange também a reclamação ou a queixa no seu seio, mas também por uma integração densificadora por parte da lei ordinária que, expressamente, apresenta a figura da petição como comportando várias modalidades, aí se incluindo a queixa. Uma outra razão radica no programa geral de continuidade que projecta precisamente aquela ideia de petição. Uma outra, de cariz semelhante a uma es-

pécie de interpretação autêntica, encontra-se no Regimento da Assembleia Legislativa[47] que afirma no n.º 3 do artigo 144.º, «*A competência prevista na alínea 6) do artigo 71.º da Lei Básica exerce-se nos termos do disposto na presente Secção*.», qual seja, precisamente, *Do processo das petições*. Ademais, estabelece o n.º 1 do mesmo artigo, «*O direito de petição, regulado na Lei n.º 5/94/M, de 1 de Agosto, exerce-se perante a Assembleia Legislativa por meio de petições, representações, reclamações ou queixas a ela dirigidas*.»[48].

Ou seja, decididamente, na Lei Básica, em ambos os preceitos citados o que está em causa é a petição[49].

Quanto à segunda diferença, relembre-se, num dos preceitos é feita uma referência a «*residentes de Macau*», cremos que esta narrativa não pretende impor uma limitação do exercício deste direito aos não residentes, isto é, não estabelece uma *reserva de residente* nas petições. Sem prejuízo de adiante volvermos a esta questão é mister considerar o seguinte: esta é a referência tipo que é utilizada na Lei Básica relativamente à generalidade dos direitos fundamentais[50], não faria qualquer sentido expulsar o grupo dos não residentes do âmbito de petições à Assembleia Legislativa, mas não o fazer quanto às petições perante o Chefe do Executivo, afinal o órgão predominante na RAEM e que, por força das funções políticas e administrativas que exerce, aquele relativamente ao qual, *a priori*, fará sentido peticionar com maior frequência. Por outro lado, o regime do artigo 43.º da lei Básica aponta claramente para o princípio da universalidade por via da extensão dos direitos e liberdades dos residentes aos não residentes e, em tandem com este normativo, quer a lei reguladora do direito de petição, quer o Regimento da Assembleia Legislativa, não contêm qualquer norma geral de reserva do direito aos residentes. Por conseguinte, o princípio geral nesta matéria há-de ser o da extensão aos não residentes

47 Aprovado pela Resolução nº 1/1999, com várias alterações subsequentes.

48 Em clara consonância com a Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto.

49 Veja-se ainda a densificação normativo-legal «*Sempre que, nesta lei, se empregue unicamente o termo petição, entende-se que o mesmo se aplica a todas as modalidades referidas no presente artigo*.», nº 3 do artigo 2º da Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto, e o nº 1 do artigo 144º do Regimento: «*O direito de petição, regulado na Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto, exerce-se perante a Assembleia Legislativa por meio de petições, representações, reclamações ou queixas a ela dirigidas*.».

50 Veja-se, entre tantos outros, artigo 27º, 28º ou 29º.

do direito de petição.

Ou seja, consideramos fundamentalmente idêntico o teor normativo destes dois preceitos básicos[51].

Quanto à segunda observação relativa à arrumação constitucional da matéria e sua construção funcionalizada e, de outro lado, ausência de referência expressa no capítulo dos direitos fundamentais adiantamos, de imediato, que esta nova arrumação não preclude a natureza de direito fundamental. Com efeito, consabe-se que a Lei Básica estabelece direitos fundamentais primacialmente no capítulo próprio, mas também em muitas outras normas sedeadas em diversos capítulos[52]. Por outro lado, por força do princípio geral da continuidade e da continuidade especial no campo dos direitos fundamentais[53] esta multisecular garantia petitória apenas poderia permanecer no ordenamento jurídico da RAEM precisamente enquanto direito fundamental. E acolhendo o âmbito e densificação operada pela lei ordinária previamente vigente[54].

Aliás, uma rápida passagem pelos relatórios da Assembleia Legislativa que se debruçaram sobre estas questões permite constatar que é comumente aceite a petição enquanto direito fundamental: «*Atendendo a eventuais dúvidas que possam ser colocadas sobre este processo autónomo afigura-se de utilidade fornecer aqui algumas breves referências de caracterização deste direito de petição. Este consubstancia-se como um direito funda-*

51 Vide, aliás, de algum minorando estas diferenças apontando-lhes uma ideia de ligeiras diferenças de semântica, «*A Lei Básica acolhe expressamente o exercício deste direito – mantendo a dignidade constitucional formal do mesmo - na alínea 18) do artigo 50º e na alínea 6) do artigo 71º ainda que com ligeiras diferenças semânticas.»,* Relatório nº 1/III/2005, da 3.ª Comissão Permanente.

52 Entre tantos outros, Xiao Weiyun, *Conferência sobre a Lei Básica de Macau*, s/d, página 124, Paulo Cardinal, *Os direitos fundamentais no quadro da transição: algumas considerações*, Cuestiones Constitucionales, 14, páginas 58 e 59, Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais em Macau*, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. I, 2008, páginas 322 e 323, José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Maca*u, 2013, com uma detalhada lista, a páginas 87 e seguintes.

53 Declaração Conjunta, Anexo I, V: «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente…».*

54 Recorde-se a intervenção do deputado António Correia e bem assim a intervenção do deputado Tong Chi Kin, antes citadas.

mental a ser exercido por qualquer cidadão ou entidade colectiva.»[55].

Em suma, não restarão dúvidas que na RAEM, a alocução na lei, incluindo a Lei Básica, a direito de petição, ou expressões associadas como petições e queixas ou mesmo singelamente petição, pretendem referir o direito fundamental de petição.

Finalmente, porquanto se trata, precisamente, de um direito fundamental, o seu regime, nos termos do binómio Lei Básica/Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, acha-se ao abrigo da reserva de lei[56].

III
O regime legal – uma panorâmica

Nesta nossa terceira parte iremos apresentar uma panorâmica com algumas notas esparsas relativas ao regime legal vigente, concentrando a nossa análise na Lei n.º 5/94/M, de 1 de Agosto, sem prejuízo de referências laterais a outros actos normativos, pelo que, doravante, na ausência de indicação de diploma deve entender-se que nos referimos a normas daquela lei reguladora do direito de petição.

No que respeita ao âmbito do direito fundamental de petição tivemos já oportunidade de ver que está configurado como um meio petitório e não jurisdicional para defesa

55 Comissão de Regimento e Mandatos, Parecer nº 1/IV/2011. Veja-se também, Relatório nº 1/III/2005, da 3.ª Comissão Permanente, «*O direito de petição é um dos mais antigos direitos fundamentais vigentes em Macau*», e, «*A nível da legislação ordinária o exercício deste direito fundamental está consolidado e regulamentado pela Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto*», ou o Relatório nº 1/III/2008 da 1ª Comissão Permanente, falando em «*competentes normas jurídicas que comandam o exercício deste direito fundamental quer a nível constitucional - alínea 18) do artigo 50.° e alínea 6) do artigo 71.° da Lei Básica -, quer a nível da legislação ordinária – Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto -, quer ainda a nível regimental – artigos 143.° a 145.° do Regimento desta Assembleia Legislativa.»*. Vide ainda, por exemplo, José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Maca*u, 2013, página 166.

56 «*A normação jurídica das seguintes matérias é feita por leis: 1) Regime jurídico dos direitos e liberdades fundamentais, e suas garantias, previstos na Lei Básica e em outros actos legislativos*;», artigo 6º da Lei nº 13/2009. Assinale-se ainda uma expressa e concreta reserva de lei restritiva na Lei do direito de Petição onde se estabelece a liberdade de petição «*salvo se o seu exercício violar quaisquer outras normas legais*.», artigo 6º.

dos direitos das pessoas, da legalidade ou dos interesses da comunidade[57], mediante a apresentação aos órgãos da estrutura política da RAEM, *e.g*. Chefe do Executivo, Assembleia Legislativa, Conselho Executivo, ou a quaisquer autoridades públicas mediante a apresentação de petições, representações, reclamações ou queixas, conforme explicita o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 5/94/M, de 1 de Agosto.

Estabelece ainda, negativamente, isto é excludentemente, o n.º 2 do mesmo artigo que aquela lei não se aplica a) À defesa dos direitos e interesses perante os tribunais; b) À impugnação dos actos administrativos, através de reclamação ou recursos hierárquicos; c) Ao direito de queixa ao Alto-Comissariado contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa; d) À petição colectiva dos militares e agentes militarizados das Forças de Segurança de Macau[58].

Uma nota mais para referir que, nos termos da alínea a) deste artigo impede-se o direito de petição para defesa de direitos e interesses perante os órgãos jurisdicionais – aliás, pode-se afirmar que o direito de acção excluirá, ao menos em certo sentido, o direito de petição[59].

Este *impedimento* terá que ser lido com alguma cautela dado que o que está em causa é a não permissão de confluência de uma garantia petitória com um direito de acção e ainda o princípio da independência dos tribunais e da separação de poderes[60], e, ao menos em alguns casos, o segredo de justiça, particularmente no que a um dado caso concreto respeite[61]. Isto é, não pode uma petição interferir com a função judicial e com a adminis-

57 Isto significa, cristalinamente, que «*Ao contrário de outros meios, como o recurso administrativo ou judicial, não carece que os interesses ou direitos hajam sido efectivamente lesados mas apenas que em causa esteja a defesa da legalidade ou de direitos e interesses gerais.*», Pedro Ferreira, *As Garantias Administrativas face ao Alargamento da Discricionaridade no Direito de Maca*u, Perspectivas Jurídicas, 4, 1998, página 147.

58 Breve nota para relembrar que alguns destes preceitos hão-de ser lidos à luz da doutrina da Lei da Reunificação, por exemplo CCAC ao invés de ACCIA.

59 Jorge Miranda, *Notas sobre o Direito de Petição*, *in* Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, página 476

60 Caso dada petição fosse dirigida a outras entidades, executivas ou legislativas, pretendendo.se, dessa forma, interferir na administração da justiça pelos tribunais.

61 Recorde-se, aliás, «*A petição é liminarmente indeferida quando for manifesto que: b) Visa a reapreciação de decisões dos tribunais ou de actos administrativos insusceptíveis de recurso*;», artigo 11º da Lei nº 5/94/M.

tração de justiça em determinado caso. Isto significa que, por um lado, será porventura admissível uma petição dirigida a uma instância administrativa na área judiciária (Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância, talvez mesmo Conselho dos Magistrados Judiciais, secretários de tribunal[62]) e, por outro, será admissível uma petição dirigida à Assembleia Legislativa ou ao Chefe do Executivo que pretenda, por exemplo, a edição de normas ou o seu impulso, com vista a, por exemplo, aumentar o número de juízes de um dado tribunal, ou a alargar competências de um outro, ou ainda petições referentes, em geral, ao estado da justiça, mesmo que citando exemplos de casos onde se verificaram problemas, como forma de consubstanciar, precisamente, a petição. Estes casos, como é bom de ver, não se acham acobertados pela excepção da alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º da lei vigente, pelo que, quando sejam submetidas não deverão ser liminarmente indeferidas.

Sublinhe-se que, mesmo em casos dubitatitvos neste âmbito, deverá prevalecer o dever de exame pela entidade peticionada, podendo, naturalmente, mediante esse exame concluir então que, afinal, o objecto da petição corresponde ao impedimento legal previsto no n.º 2. A título de exemplo, veja-se o seguinte trecho produzido na análise de uma petição que veio a ser admitida mas, em sede de apreciação na comissão, acabou por ser considerada como relativa no seu objecto a um processo judicial pendente: «*Embora manifestando a maior compreensão pela pretensão dos peticionantes, os quais, por motivos que lhes são alheios se acham deveras prejudicados nas suas legítimas expectativas e nos seus direitos, certo é que a Comissão não pode substituir-se ao tribunal na apreciação das razões alegadas por cada uma das partes do conflito, nem sequer fazer qualquer recomendação ao tribunal*.»[63].

Tal conclusão decorre do facto de a petição ter sido admitida porquanto estava conforme com os requisitos legais aplicáveis: «*Admitida que foi a Petição, cumpre deixar*

62 Sobre este caso, vide exemplo em Maria Luísa Duarte, *O Direito de Petição, Cidadania, Participação e Decisão*, 2008 página 106. Também Luís Barbosa Rodrigues, *O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, in Perspectivas Constitucionais, vol. II, 1997, página 653 nos fala em «*aspectos reconduzíveis à função administrativa*» da acção dos tribunais e em «*Aspectos que não consubstanciam (…) a sua actividade típica. Que incidem sobre actos não vinculados dos órgãos jurisdicionais, ou, se se quiser, que não contendem materialmente com a função jurisdicional*».

63 Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 5/VI/98.

registado que os requisitos formais previstos na lei e no Regimento foram cumpridos, pelo que aquela foi apresentada em conformidade com as normas, nomeadamente procedimentais, aplicáveis.»[64].

O artigo 2.º, n.º 1 da lei n.º 5/94/M positiva as diversas modalidades da petição em sentido amplo: «*Petição — em geral, a apresentação de um pedido ou de uma proposta a um órgão de governo próprio ou a qualquer autoridade pública no sentido de que tome, adopte ou proponha determinadas medidas; Representação — exposição destinada a manifestar opinião contrária da perfilhada por qualquer entidade ou a chamar a atenção de uma autoridade pública relativamente a certa situação ou acto, com vista à sua revisão ou à ponderação dos seus efeitos; Reclamação — a impugnação de um acto perante o órgão, funcionário ou agente que o praticou ou perante o seu superior hierárquico; Queixa — a denúncia de qualquer ilegalidade, bem como do funcionamento anómalo de qualquer serviço, com vista à adopção de medidas contra os responsáveis*.» (sublinhados nossos). Esta diferenciação terminológica poderia acarretar, porventura, diferenças de regime no que respeita, especialmente, à titularidade do direito de petição[65]. Mas a verdade é que a lei vigente não distingue a titularidade singular do direito de petição, consagra o princípio da universalidade no seu artigo 5.º e é vero que, nos termos da lei, sempre que, nela, se empregue unicamente o termo petição, entende-se que o mesmo se

64 Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 5/VI/98. Mais se lia então, «*Aqui chegados, e tendo em consideração e como fundamentos o que imediatamente acima, e no ponto 3 do presente Relatório, se deixou escrito, a CACDLG é de opinião que deve a Petição em apreciação ser arquivada, nos termos previstos na alínea e), do artigo 14º da Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto, dando-se o competente conhecimento aos peticionantes*.». Vide também um caso similar, que levou à admissão e apreciação de uma petição onde é referido um processo judicial pendente: «*Face ao exposto, e tendo em consideração o espírito do diploma legislativo que regula o exercício do direito de petição - Lei nº 5/94/M, de 1 de Agosto - nomeadamente a alínea a) do nº 2 do artigo 1º e a alínea b) do nº 1 do artigo 11º, foi preocupação da Comissão indagar da existência, ou não, da competente decisão judicial do TSJ. Com efeito, afigura-se não dever a Assembleia Legislativa pronunciar-se sobre questões que se acham analisadas pelo poder judicial*.», Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 2/VI/98.

65 Vide, por exemplo, Jorge Miranda, *Notas sobre o Direito de Petição*, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, página 475, no que respeita a determinados cidadãos não nacionais *vis-à-vis* as petições-representações. Diferentemente Maria Luísa Duarte, página 103. Ora, de qualquer modo, há que precisar que na lei de Macau, contrariamente à lei portuguesa, não se distingue entre categorias de pessoas singulares. Na lei portuguesa dispõe o artigo 4º «*1 - O direito de petição, enquanto instrumento de participação política democrática, pertence aos cidadãos portugueses, sem prejuízo de igual capacidade jurídica para cidadãos de outros Estados, que a reconheçam, aos portugueses, em condições de igualdade e reciprocidade, nomeadamente no âmbito da União Europeia e no da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. 2 - Os estrangeiros e os apátridas que residam em Portugal gozam sempre do direito de petição para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.*».

aplica a todas as modalidades aí referidas[66].

Os titulares do direito de petição serão pessoas singulares e pessoas colectivas legalmente constituídas, nos termos do n.º 2 do artigo 4.º[67].

O exercício do direito de petição por pessoas singulares pode ser exercido individualmente ou colectivamente e dizem-se colectivas quando apresentadas por um conjunto de pessoas através de um único instrumento. As petições apresentadas por uma pessoa colectiva, em representação dos respectivos membros, dizem-se petições em nome colectivo. Cremos que, mesmo no silêncio da lei, deverá admitir-se a figura das petições colectivas de pessoas colectivas, isto é, de um grupo de pessoas colectivas apresentando uma única petição conjunta. Ou uma petição com um misto de pessoas singulares e pessoas colectivas, nomeadamente em representação dos seus membros.

Volvendo à questão de uma eventual diferenciação de titularidade do direito de petição por parte de pessoas singulares é mister dizer que, pelo menos, todos os que se encontrem em Macau domiciliados[68], ainda que sem estatuto de residente[69], têm esse direito, isto é, todos os habitantes e outros indivíduos em Macau[70], independentemente da modalidade de petição em causa. Nada na lei, nem na Lei Básica[71], permite inferir que, por exemplo, os detentores de título de trabalhador não residente, não têm acesso ao direito

66 O que leva a afirmar-se ser esta uma «*Distinção, aliás, sem significativa relevância*»., Luís Barbosa Rodrigues, *O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, in Perspectivas Constitucionais, vol. II, 1997 página 654.

67 Significará esta regra que petições apresentadas por entes colectivos, ainda que não legalmente constituídos, deverão ser indeferidas? A verdade é que, nos últimos tempos, tem-se assistido a uma tendência no Direito de Macau de reconhecer direitos e impor deveres a este tipo de entidades. Veja-se, de resto, no sentido do alargamento, «*Este consubstancia-se como um direito fundamental a ser exercido por qualquer cidadão ou entidade colectiva, dotada ou não de personalidade jurídica*», Comissão de Regimento e Mandatos, Parecer nº 1/IV/2011.

68 Veja-se, de resto, a letra da lei. Com efeito, no artigo 9º, nº 3, alínea a), a referência que a lei faz é ao domicílio do peticionante.

69 Numa analogia, com paráfrase de Gomes Canotilho, não se deve atirar os não residentes da RAEM para o espaço do 'impolítico'. *Apud*, citação de Tiago Tibúrcio, *O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, 2010, página 58. Pelo contrário, se diria que o direito de petição deve precisamente ser« *mais amigo dos permanente and total loosers, das minorias que se encontram mais vulneráveis perante o processo político ou legislativo, que não conseguem influenciar*», Jónatas Machado, *apud* Tiago Tibúrcio, *in idem*.

70 Como refere a Declaração Conjunta.

71 Relembre-se o regime do artigo 43º da lei fundamental.

de petição, ou, de reverso, que só os residentes detêm a titularidade do direito de petição[72]. Pelo contrário. Assim, uma petição apresentada por uma pessoa domiciliada em Macau ou, recordemos, habitantes e outros indivíduos em Macau, seja uma petição na vertente política, seja na vertente de garantia de direitos pessoais, não poderá ser rejeitada apenas atendendo à qualidade do peticionante.

Recorde-se, a este propósito, que anteriormente já a Assembleia Legislativa admitiu e apreciou em sede de comissão petições apresentadas por entidades exteriores, que não tenham a sua sede ou residência em Macau: «*Prevaleceu, no entanto, a opinião de que inexistem normativos legais ou de outra natureza que proíbam a apresentação de petições aos órgãos de governo próprio do território - sendo, de resto, conhecidas anteriores iniciativas junto de outras instâncias por parte de peticionantes estranhos a Macau, estranhos já que se acham em outros espaços jurídicos ou, ainda, estranhos porque se revestem de natureza internacional*.»[73].

Como também será inadmissível a utilização ou imposição de requisitos formais excessivos que, na prática, levem à não admissão da petição. Por exemplo, não é legítimo que, para efeitos da necessária identificação do peticionário[74], se exija como único documento

72 Ou seja, como vimos, não há uma *reserva de residente* no exercício deste direito fundamental de petição, como, menos ainda, se poderá apontar uma *reserva de residente permanente*, com exclusão dos residentes não permanentes.

73 Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 6/VI/98. Neste relatório pode ler-se ainda em confirmação clara de uma não reserva deste direito fundamental aos residentes: «*Já no que toca à lei de Macau, cabe referir que uma sugestão constante de um Comentário ao Projecto de Lei Sobre Direito de Petição, do ACCCIA, propunha que o artigo 4º tivesse a seguinte redacção: "1. Gozam do direito de petição os residentes de Macau."; ora, esta sugestão não foi, afinal acolhida pela Assembleia Legislativa*.».

74 A lei não admite petições anónimas, artigo 11º, nº 2, alínea a). Questão diversa, e que tem merecido correcto tratamento em diversos relatórios sobre petições por parte de comissões da Assembleia Legislativa é a omissão, nesses relatórios, da identificação do peticionante, a seu pedido. Ver, por exemplo: «*Os peticionantes, estando embora devidamente identificados, não serão referidos pelo seu nome no presente relatório porquanto assim o solicitaram nos seguintes termos: «Solicito, pessoalmente, que, nos termos do nº 2 do artigo 10.° da Resolução nº 6/2000 da Assembleia Legislativa, se mantenha o sigilo em relação às nossas identificações.». Apesar da norma invocada não se aplicar no processo de petição - mas sim no processo distinto de atendimento ao público - a Comissão entendeu anuir ao que foi expressamente solicitado por todos os peticionantes relevando assim o direito fundamental à privacidade. Ou seja, não se está perante petições anónimas mas guarda-se, neste relatório, confidencialidade quanto à identidade dos autores das petições*.», 3ª Comissão Permanente, Relatório nº 1/III/2005. Identicamente, 1ª Comissão Permanente, Relatório nº 1/III/2008. Vide Resolução nº 6/2000, «*Artigo 10º (Anonimato e confidencialidade) 1. Qualquer que seja a forma do atendimento, não é permitido o anonimato dos particulares, sendo este causa de arquivamento da pretensão. 2. A identidade do particular pode ser mantida confidencial, se este o desejar, salvo nos casos de denúncia obrigatória. 3. Os dados pessoais do particular apenas podem ser conhecidos por entidades estranhas à Assembleia Legislativa, e por elas utilizados, para fins estatísticos*.».

bastante o Bilhete de Identidade de Residente[75]. Deve sim ser exigido um documento oficial bastante, por exemplo, o título de trabalhador não residente, ou um passaporte com o visto, ou um salvo-conduto.

Outras situações não deverão, sem mais, ser afastadas do universo da titularidade deste direito fundamental. Pense-se por exemplo em pessoas detidas ou presas que não detenham nem BIR, nem outro documento que os habilite a habitar em Macau, mas que comprovadamente detenham o seu domicílio habitual em Macau e enquanto tal devam ser admitidas a peticionar.

A lei do direito de petição consagra um conjunto de garantias efectivas quanto ao exercício deste direito assim agrupáveis: os princípios da universalidade[76], da gratuitidade[77], da liberdade[78], da não discriminação[79], de uma tendencial informalidade[80], do procedimento ou exame[81], da celeridade[82], da comunicação ao peticionante[83], e de tipicidade

75 Uma actuação deste tipo, violadora da lei, legitima a apresentação de diversas medidas de reacção, sejam do foro disciplinar, seja, entre outras, queixa ao CCAC por ilegalidade administrativa ou mesmo recurso contencioso.

76 A apresentação de petições constitui direito universal, artigo 5º.

77 A apresentação de petições constitui direito gratuito e não pode, em caso algum, dar lugar ao pagamento de quaisquer impostos ou taxas, artigo 5º.

78 Nenhuma entidade, pública ou privada, pode proibir ou por qualquer forma impedir ou dificultar o exercício do direito de petição, designadamente na livre recolha de assinaturas e na prática dos demais actos necessários, salvo se o seu exercício violar quaisquer outras normas legais, artigo 6º.

79 Ninguém pode ser prejudicado, privilegiado ou privado de qualquer direito em virtude do exercício do direito de petição, nº 1 do artigo 7º. Há quem sublinhe, a propósito deste princípio comum a muitos regimes jurídicos do direito de petição, que «*O significado último do direito fundamental de petição estriba-se, assim, em proibir qualquer tipo de represália, directa ou indirecta, contra quem dirige petições aos poderes públicos*.» e, «*Quem exerce o seu direito fundamental de petição não pode ser sancionado*», Luís Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2005, página 401, o que, aliás, segundo o mesmo autor explicaria o facto de este ser um dos direitos fundamentais mais antigos, in *idem, loc. cit*..

80 Isto é, apenas se exige que seja apresentada por escrito mas não estando o exercício do seu direito sujeito a qualquer forma ou a processo específico. E pode o direito de petição ser exercido por via postal ou através de telégrafo, telex, telecópia e outros meios de telecomunicação (aqui se dando alguma cobertura às ditas *e-petitions*, sem prejuízo de esta matéria merecer intervenção legislativa), nos termos do artigo 9º. Acresce a necessidade de identificação. Note-se que, estabelecendo a lei que o exercício do direito de petição não está sujeito a qualquer forma deve entender-se como parcialmente revogada a norma do artigo 24º do Decreto-Lei nº 5/98/M na parte em que exige a entrega de petições ora em formulários, ou em «*folhas de papel normalizado, brancas ou de cores pálidas, de formato A4*.» bem como deve ser alvo de uma interpretação actualista que permita o uso das novas tecnologias, conforme resulta da regra geral da validade dos documentos electrónicos contido na Lei nº 5/2005.

81 Artigo 8º. A que se pode ainda aditar o disposto no artigo 21º do Decreto-Lei nº 5/98/M, antes mencionado.

82 Artigo 12º, nº 1 «*A entidade que recebe a petição, (…), decide sobre o seu conteúdo, com a máxima brevidade compatível com a complexidade do assunto nela versado*.». Adite-se ainda o disposto no artigo 21º do Decreto-Lei nº 5/98/M, anteriormente referido.

83 Artigos 8º e 1º, nº 2. E no que respeita às petições apresentadas à Assembleia Legislativa, artigos 13º, nº 1, alínea g)

fechada e *agravada* para efeitos de indeferimento liminar[84].

Umas palavras breves quanto ao que intitulamos *tipicidade fechada e agravada* para efeitos de indeferimento liminar. A lei apresenta um conjunto estrito e delimitado de requisitos formais e substanciais para efeitos de indeferimento liminar e, por outro lado, aposta um gravame nesses requisitos ao exigir que tem de ser manifesto o seu incumprimento.

Atente-se nas palavras da lei: «*1. A petição é liminarmente indeferida quando for manifesto que: a) A pretensão deduzida é ilegal*[85]*; b) Visa a reapreciação de decisões dos tribunais ou de actos administrativos insusceptíveis de recurso; c) Visa a reapreciação, pela mesma entidade, de casos já anteriormente apreciados na sequência do exercício do direito de petição, salvo se forem invocados ou tiverem ocorrido novos elementos de apreciação. 2. A petição é ainda liminarmente indeferida se: a) For apresentada a coberto de anonimato e do seu exame não for possível a identificação da pessoa ou pessoas de quem provém; b) Carecer de qualquer fundamento.*».

Isto significa que não é possível indeferir liminarmente petições e furtar-se ao seu exame fora deste elenco legal taxativo. Por exemplo, não radica na entidade peticionada qualquer poder de aferir a bondade ou oportunidade da petição, pronunciar-se *a priori* por uma falta de relevância ou de interesse comunitário da petição e com tal rejeitar o exame e consequente tramitação da petição, ou mesmo querer abrigar-se numa eventual carga de trabalho no momento e, por isso, não apreciar a petição.

No que respeita às petições dirigidas à Assembleia Legislativa estabelece a lei que compete ao Presidente decidir sobre a petição nos termos previstos no n.º 1 do artigo 13.º, nomeadamente distribuindo a petição, enviando a entidade competente ou solicitando

e nº 2 e 18º, nº 4. Vide ainda o disposto no artigo 21º do Decreto-Lei nº 5/98/M, anteriormente referido.

84 Artigo 11º.

85 Por exemplo, peticionando-se a aprovação de uma lei em violação material de uma norma da Lei Básica, por exemplo, abolindo a Pataca. Ou peticionando-se a aprovação de uma lei em violação matéria da Declaração Conjunta, por exemplo, abolindo a liberdade de imprensa.

elementos adicionais que estejam em falta[86]. Vide ainda o artigo 146.º do Regimento que a admissão das petições compete ao presidente e, no seu n.º 2, afirma que são rejeitadas as petições cujos autores não se encontrem devidamente identificados.

Ora, deste conjunto normativo, subsiste uma dúvida, qual seja a competência do presidente estabelecida na lei de arquivar a petição e comunicar o facto ao peticionante. Isto é, o Presidente pode tomar diversas medidas, tais como distribuir a petição à comissão competente, remeter a entidade externa à Assembleia Legislativa que seja competente em razão da matéria, ou de indeferir liminarmente a petição, nos estritos termos do artigo 11.º.

Estas competências estão devidamente balizadas mas aqueloutra, a do arquivamento, carece, *prima facie*, de densificação. Afigura-se que o arquivamento há-de ser distinto do indeferimento (ou rejeição na terminologia regimental) mas não se vislumbra aqui um qualquer poder discricionário que legitime, sem mais, um arquivamento da petição. Será admissível um arquivamento nos casos em que o texto seja ininteligível ou não especifique o objecto da petição ou quando o peticionante não se mostre correctamente identificado e não contenha menção do seu domicílio[87], desde que esgotado o prazo para o aperfeiçoamento da petição entregue que a entidade destinatária fixa, não superior a vinte dias, com a advertência de que o não suprimento das deficiências apontadas determina o arquivamento liminar da petição[88]. Outros casos mais estão tipificados na lei. Por exemplo, a falta

86 «*1. As petições dirigidas à Assembleia Legislativa são endereçadas ao seu Presidente que, em razão da matéria envolvida, tomará as seguintes medidas: a) Remeter a petição à apreciação das comissões competentes ou de comissão especialmente constituída para o efeito se a petição incidir sobre matérias reservadas às competências da Assembleia Legislativa, ou se o Presidente entender que a petição se relaciona com relevantes interesses do Território; b) Apresentar a petição ao Governador a fim de ser tratada pela entidade competente; c) Remeter a petição ao Procurador-Geral Adjunto, no pressuposto da existência de indícios para o exercício de acção penal; d) Remeter a petição à Polícia Judiciária, no pressuposto da existência de indícios que justifiquem uma investigação criminal; e) Remeter a petição ao Alto-Comissariado contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa para os efeitos do disposto na Lei nº 11/90/M, de 10 de Setembro; f) Notificar o peticionante para completar o escrito apresentado ou apresentar elementos complementares, no caso de incumprimento do disposto nos n.os 1 e 3 do artigo 9º; g) Indeferir liminarmente a petição, se ocorrerem os casos previstos no artigo 11º e comunicar a decisão ao peticionante; h) Informar ao peticionante de direitos que revele desconhecer, vias que eventualmente possa seguir ou atitudes que eventualmente possa tomar para obter o reconhecimento de um direito, a protecção de um interesse ou a reparação de um prejuízo; i) Esclarecer ao peticionante, ou ao público em geral, sobre qualquer acto do Território e demais entidades públicas relativo à gestão dos assuntos públicos que a petição tenha colocado em causa ou em dúvida; j) Arquivar a petição e comunicar o facto ao peticionante.».*

87 Artigo 9º.

88 *Idem*.

de comparência injustificada por parte dos peticionantes, ou na sequência de averiguações que se mostrem necessárias para ajuizar sobre a falta dos fundamentos invocados, a entidade competente pode proceder ao arquivamento[89]. Em suma, fora destes casos tipificados na lei o arquivamento nesta fase preliminar não é admissível por parte do Presidente, devendo dar-se seguimento ao processo de exame, em sede de comissão.

De contrário, seria permitir unicamente nas petições apresentadas ao órgão legislativo, uma via fácil de contornar os apertados requisitos impeditivos do dever de exame das petições. Crê-se que também no que respeita ao arquivamento não poderão entrar em *jogo* meras considerações de natureza política ou de tempestividade ou oportunidade das petições, ou de mera conveniência, sob pena de se contrariar este direito fundamental e o seu vasto leque de garantias[90].

Sendo certo que, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 5/94/M, o Presidente pode remeter a «*petição à apreciação das comissões competentes ou de comissão especialmente constituída para o efeito se a petição incidir sobre matérias reservadas às competências da Assembleia Legislativa, ou se o Presidente entender que a petição se relaciona com relevantes interesses do Território*;», desta norma não se pode retirar, por exemplo, que caso a petição não se relacione com relevantes interesses de Macau deverá ser então arquivada? Ou que, caso a petição incida sobre matérias não reservadas às competências da Assembleia Legislativa, poderá igualmente ser arquivada apenas por essa razão? Não nos parece. De todo.

A questão pronunciada a pretexto dos incisos «*relevantes interesses*» e «*matérias*

89 Artigos 17º, nº 2 e 12º, nº 3.

90 Propugnamos uma interpretação unitária e universal do regime do direito de petição, todo ele construído em torno de ideias de garantia deste direito fundamental e, com isso, fazer um uso muito parcimonioso, cauteloso e devidamente fundamentado deste poder de arquivamento. Já de forma diferente surge o arquivamento em sede de Comissão, artigo 14º, alínea e), porquanto neste caso já pressupõe o exame das petições e dos respectivos elementos de instrução feito pela comissão, isto é, já se cumpriu neste momento o direito de procedimento do peticionante ou o espelhado dever de exame das petições por parte da entidade peticionada. De notar que é substancialmente diferente o arquivamento preliminar pelo Presidente, apenas admissível em casos muito estritos e de manifesta verificação, devendo antes proceder-se ainda, em alguns casos, ao convite ao aperfeiçoamento da petição nos elementos em falta, e o arquivamento, após apreciação e exame em comissão. Recorde-se Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 2/VI/98, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 6/VI/98.

reservadas às competências da Assembleia Legislativa»[91] apenas se coloca quanto à possibilidade que é aberta para a criação de «*comissão especialmente constituída para o efeito*». Recorde-se, aliás, o seguinte trecho: «*Note-se que, se em causa estiverem interesses particulares ou interesses comunitários de menor relevo, as petições serão distribuídas a qualquer comissão permanente. Todavia, se em causa estiverem relevantes interesses públicos, admite-se mesmo a constituição de uma comissão especial, o que denota o grande relevo conferido a este direito de petição*.»[92].

Ademais, como visto, as petições apresentadas à Assembleia Legislativa são endereçadas ao seu Presidente e podem, com cristalina clareza, destinar-se *tão só* à promoção e defesa de interesses privados e não necessariamente apenas interesses de cariz comunitário[93]. Ora, uma interpretação diversa da questão dos interesses públicos relevantes e sua adjunção peremptória à questão do arquivamento levaria a que estas petições de promoção e defesa de interesses privados, nomeadamente as ditas petições-queixa, haveriam sempre de ser arquivadas. Tal entendimento, naturalmente, estará desprovido de sentido e de arrimo legal e constitucional.

E. é mister recordar, o exercício do direito de petição implica para a Assembleia Legislativa, em primeiro lugar, uma obrigação de aceitação[94], e concomitante exame[95].

Por outro lado, é mister aduzir que considerações como a importância social, económica ou cultural e a gravidade da situação objecto da petição, apenas são de relevo para

91 Um rápido olhar pelo leque de competências reservadas à Assembleia legislativa, por exemplo, fazer leis, aprovar o Orçamento da RAEM, debater as Linhas de Acção Governativa, elaborar o Regimento, permite concluir tratar-se de um conjunto algo exíguo o que inculcaria a ideia de, num enorme rol de matérias poder a petição em causa ser arquivada sem mais. Ora, como é bom de ver, tal não corresponde ao espírito do regime da petição e não faria qualquer sentido.

92 Comissão de Regimento e Mandatos, Parecer nº 1/IV/2011.

93 Vide Comissão de Regimento e Mandatos, Parecer nº 1/IV/2011.

94 Cfr. Luís Barbosa Rodrigues, *O Direito de Petição perante a Assembleia da República*, in Perspectivas Constitucionais, vol. II, 1997, página 662.

95 Bons exemplos desta atitude de cumprimento da regra do dever de exame, entre outros, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 2/VI/98, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 5/VI/98, onde primeiro se admitiu uma petição, depois cumpriu-se o dever de exame, no seio de uma comissão, e só depois desta análise, atendendo ao objecto das petições, decidiu-se pelo seu arquivamento.

efeitos de decidir sobre a apreciação da mesma em plenário e de publicação[96].

Prossiga-se.

É estabelecido um dever de exame, ou seja, consagra-se o direito a um procedimento[97]. E de comunicação: «*O exercício do direito obriga a entidade destinatária a receber e examinar as petições, representações, reclamações ou queixas, bem como a comunicar as decisões que foram tomadas.*»[98]. Mais, o erro na qualificação da modalidade do direito de petição não justifica a recusa da sua apreciação pela entidade destinatária e se a entidade a quem foi remetida a petição se julgar incompetente para conhecer da matéria que é objecto da petição, remete-a à entidade para o efeito competente, informando do facto o autor da petição[99]. Cumprido o dever de exame, pode (não obrigatoriamente) depois daí decorrer uma acção, uma decisão. No caso da Assembleia Legislativa, esse acto poderá ser meramente político, por exemplo, sinalizando uma vontade, uma opção num Relatório, ou mesmo, consoante os casos, um acto legislativo ou uma resolução, com ou sem efeitos normativos. Tal pode implicar uma decisão que não seja favorável ao sentido contido na petição, nesse sentido existe um direito a que a petição seja aceite, processada e decidida, mas não que a decisão tomada corresponda ao sentido decisória peticionado.

Anote-se que, caso uma entidade ou órgão administrativo, ou, não sendo, esteja em causa um exercício de funções administrativas, se recusar receber uma petição, o peticionante poderá socorrer-se de mecanismos vários. Em particular, do procedimento intitulado *Intimação para um comportamento*[100], regulado nos artigos 132.º e seguintes do Código

96 Vide, artigos 18º e 19º.

97 Que não a uma decisão, Jorge Miranda, *Notas sobre o Direito de Petição*, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. I, 2008, página 471. Vide também, Luís Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2005, página 400, o direito de petição não comporta o direito à outorga do pedido.

98 Artigo 8º, nº 1.

99 Artigos 8º, nº 2 e 12º, nº 2.

100 E também, ao que se nos afigura, nos limites aí revelados, e agora a título principal, à *Acção para reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos*, veja-se, artigo 100º, «*1. A acção para reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido pode ser proposta quando, não tendo havido lugar à prática de um acto administrativo, nem a um indeferimento tácito, e não se pretendendo a determinação da prática de qualquer acto administrativo, tenha por finalidade a declaração do conteúdo de uma relação jurídica administrativa controvertida, designadamente o reconhecimento: a) De um direito fundamental face à Administração;*". Mais, como se diz no nº 2, «*A acção prevista no número anterior pode também ser proposta quando tenha havido lugar a uma operação material ou a um acto*

de Processo Administrativo Contencioso, e que estabelece: «*Quando os órgãos administrativos, (…) violem normas de direito administrativo (…) ou quando a actividade (…) viole um direito fundamental ou ainda quando, em ambas as hipóteses, haja fundado receio de violação, pode o Ministério Público ou qualquer pessoa a cujos interesses a violação cause ofensa digna de tutela jurisdicional pedir ao tribunal que os intime a adoptar certo comportamento ou a abster-se dele com o fim de assegurar, respectivamente, o cumprimento das normas ou deveres em causa ou o respeito pelo exercício do direito.*»[101].

Assinale-se que deste dever de exame pode inclusivamente resultar um impulso legiferante. Com efeito, do exame das petições e dos respectivos elementos de instrução feito pela comissão da Assembleia Legislativa pode, nomeadamente, resultar a elaboração, para futura subscrição por qualquer deputado, de medida legislativa que se mostre justificada; e, a matéria constante da petição não é submetida a votação, mas, com base na mesma, qualquer deputado pode exercer o direito de iniciativa, nos termos regimentais[102]. Isto vale quer para as áreas de iniciativa legislativa originária, quer para as de iniciativa legislativa superveniente.

Uma pequena nota para referir que, não obstante o silêncio da lei e do Regimento, ao contrário do que sucede em outras ordens jurídicas[103], a prática tem criado a regra da possibilidade da apreciação conjunta num mesmo relatório de petições que incidam sobre o mesmo objecto. Por exemplo, «*Por se tratarem de duas petições com o mesmo objecto,*

administrativo nulo», ora, sabendo nós que um acto que afecte o conteúdo essencial de um direito fundamental é nulo, *ex vi* do artigo 122º, nº 2, alínea d) do Código do Procedimento Administrativo, um acto que se recuse a aceitar uma petição sem base legal está a fulminar esta de forma absoluta, está a negar-lhe existência. É um acto nulo pois, sendo um acto administrativo.

101 Nº 1 do artigo 132º.

102 Artigo 18º, nº 3. Vide petições solicitando expressamente a introdução de medidas legislativas e consequentes relatórios, por exemplo, 3.ª Comissão Permanente, Relatório nº 1/III/2005, Petições relativas à execução e aperfeiçoamento da legislação sobre prevenção e limitação do tabagismo, Lei nº 21/96/M, de 19 de Agosto, Sendo verdadeiro que ainda nenhum projecto de lei tenha resultado directamente de uma petição é vero também que vários relatórios analisaram o pedido e, assumindo, essa possibilidade e essa competência de iniciativa e de aprovação, por motivos vários – por exemplo anúncio de iniciativa legislativa por parte do Executivo para breve – acabaram por não levar à subscrição de um projecto de lei apenas por razões de oportunidade política.

103 Por exemplo, «*O Presidente da Assembleia da República, por iniciativa própria ou a solicitação de qualquer comissão parlamentar, pode determinar a junção de petições num único processo de tramitação, sempre que se verifique manifesta identidade de objeto e pretensão.*», nº 5 do artigo 17º da Lei nº 43/90, de 10 de Agosto, de Portugal.

com o mesmo pedido e que são formuladas pela mesma peticionante, entende esta Comissão que em sede da apreciação que agora deve formular não há razão válida para a emissão de dois relatórios, optando assim por proceder à sua apreciação conjunta neste relatório, diferenciando-as, onde se justificar»[104].

Uma nota mais no sentido de que deve entender-se que o artigo 14.º da Lei n.º 5/94/M estabelece um elenco meramente exemplificativo dos efeitos resultantes do exame das petições em Comissão. Com efeito, «*Para além da cláusula aberta daquele artigo pode ainda a Comissão fazer uso de outras faculdades que considere adequadas em função quer do que é peticionado quer em função da análise que é feita sobre a petição em si mesma e relevância do assunto.*»[105].

Uma breve referência ao conteúdo das petições, isto é, se devem estar expressas de forma respeitosa relativamente ao peticionante ou outrem e se não podem ser ofensivas. Recorde-se a vigência no passado de uma norma que impunha que a petição que estivesse redigida em termos desrespeitosos seriam remetidas ao foro competente para o devido procedimento criminal. Ora, a lei vigente[106] fornece uma pista quando afirma que sem prejuízo da não discriminação pelo exercício do direito de petição, não exclui a responsabilidade criminal, disciplinar ou civil do peticionante se do seu exercício resultar ofensa ilegítima de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Isto significará que as petições não poderão atentar contra o bom nome e reputação de outrem, incluindo o peticionado. Mas a lei já não torna ilícita uma petição que não seja respeitosa ou cordata, ou seja, uma petição com este teor não inculca, de per se, um indeferimento liminar ou arquivamento. Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, «*as petições não têm que ser adequadas quanto ao seu objecto, nem apropriadas quanto aos termos, não tendo que se apresentar respeitosas, cordatas, ou sequer pertinentes (mas não podem obviamente atentar contra o bom nome e reputação de outrem). Também não*

104 1ª Comissão Permanente, Relatório nº 1/III/2008.

105 3ª Comissão Permanente, Relatório nº 1/III/2005.

106 Nº 2, do artigo 7º.

têm de ser fundadas, embora não possam ser maliciosas»[107].

Finalmente, uma derradeira nota relativamente ao enlace entre a lei reguladora do direito de petição e as normas regimentais.

Como fomos referindo, o direito de petição acha-se fundamentalmente regulado por uma lei, mas há um conjunto de preceitos a ele dedicado inscritos no Regimento da Assembleia Legislativa. Caberá aqui trazer um par de questões: a reserva de lei *versus* a reserva de regimento e, a harmonização dos dois diplomas.

Vimos já que o direito de petição, enquanto direito fundamental, acha-se protegido, nos termos da Lei Básica e da Lei n.º 13/2009, pela reserva de lei. Isto significaria então que outras fontes normativas veriam vedado o seu acesso à regulamentação deste direito fundamental. Por outro lado, consabe-se da existência de zonas de reserva de regimento[108]. Assim, de partida, só a lei poderá estabelecer o regime jurídico do direito de petição, mormente no que a restrições respeita. Isto significa então, que, de partida também, o Regimento da Assembleia Legislativa não poderá consagrar normas de regime daquele direito fundamental. Ou seja, no rigor das coisas, leia-se, no respeito pela reserva de lei, não deveria haver normas regimentais sobre este assunto[109] ou então, deveria reduzir o seu âmbito e extensão[110]. Isto é, deveria limitar-se a um mínimo indispensável[111] e limitando-se a normas relacionadas apenas ao princípio da auto-ordenação parlamentar, por exemplo, questões

107 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2007, página 695.

108 Vide, Paulo Cardinal, *Apontamentos sobre o Procedimento Legislativo no Regimento da Assembleia Legislativa de Macau*, a publicar, CFJJ. Aí se afirma, por exemplo, «*Se adquirirmos que o Regimento não pode invadir a reserva de lei, mas também que a lei não pode invadir a reserva de Regimento, estaremos em condições de pronunciar o passo seguinte: Estamos perante uma relação de vizinhança com fronteiras, ou seja de repartição de competências normativas, e não numa qualquer relação de hierarquia entre Lei e Regimento*.».

109 Crê-se que o Regimento da Assembleia Legislativa vai mantendo um conjunto razoável de normas sobre o processo das petições porquanto, nos tempos idos, se verificava, como visto, uma lacuna legal e era importante integrá-la, de algum modo, em face do comando da Constituição Portuguesa, aqui aplicável.

110 Nesse sentido, debruçando-se precisamente sobre um conflito normativo positivo entre norma legal e norma regimental, no campo do direito de petição, entendeu-se que: «*Nem se poderá argumentar, in casu, com uma eventual invasão da esfera da "reserva de Regimento",*» isto é, desatendeu-se a um conjunto de requisitos que eram exigidos pelo Regimento mas que não constavam da lei, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 3/VI/98.

111 Por exemplo, o Regimento da Assembleia da República, mantendo embora a dignidade forma de secção, apresenta somente um único e parco artigo.

como a determinação da classificação por assuntos competir ao Presidente, mencionar na primeira reunião plenária seguinte as petições admitidas, entre outras. De todo o modo, não poderão estas regras de organização interna bulir com o exercício do direito de petição para lá do que vem exposto na lei.

Já aquando da elaboração da Lei n.º 5/94/M, se intuía esta ideia, bem como a outra questão de harmonização. Com efeito, recorde-se, «*A Comissão, ainda que considere comportar o normativo regimental — artigos 167.º a 173.º — o articulado proposto neste projecto de lei, que com este se harmoniza, ainda que a Assembleia Legislativa, em eventual processo de revisão do Regimento, deva nele contemplar todos os princípios que vierem a constar da lei, se for aprovada, e que digam respeito a esta Casa.*»[112]. E a Nota justificativa do projecto de lei antecipava também a questão: «*Com efeito, apenas o regimento da Assembleia Legislativa dispensa alguns artigos (167.º a 173.º) à matéria em apreço, revestindo essas normas naturalmente, um carácter quase só processualístico*.».

Tendo presente o que acima foi exposto cabe entrar na questão da harmonização das normas, «*De notar que a articulação e conformação necessária da disciplina regimental ao regime da lei nem sempre está isenta de dificuldades ou mesmo, incidentalmente, de contradições*.»[113].

Um exemplo de uma contradição entretanto resolvido consistia no facto de, na lei, se prever um prazo de 30 dias para análise e emissão de relatório, prazo esse prorrogável, ao passo que, no Regimento na versão original da norma *correspondente* não se previa a prorrogação daquele prazo. Por intermédio da Resolução nº 2/2009, que alterou diversas normas do Regimento, foi alterada em conformidade com a disciplina legal passando-se a prever a possibilidade de prorrogação do referido prazo.

Mas subsistem ainda algumas pequenas questões que, em simultâneo, poderão estar a colocar em causa a reserva de lei e a desarmonizar os regimes. Por exemplo, o n.º 1 do artigo 145.º do Regimento diz que os autores da petição devem estar devidamente identifi-

112 Comissão de Administração e Finanças Públicas, Parecer nº 7/94.

113 3ª Comissão Permanente, Relatório nº 1/III/2005.

cados, com a indicação do nome, estado civil, morada e profissão. Ora, na lei, no seu artigo 9.º, exige-se que o peticionante esteja correctamente identificado e contenha menção do seu domicílio, inferindo-se pois a desnecessidade de apresentação da profissão e do estado civil.

Ou seja, desde logo pela falta de relevo na prestação destas informações para os efeitos do exercício do direito fundamental de petição mas, sobremaneira, pela aludida reserva de lei nesta matéria e também pelo âmbito deveras limitado da intervenção regimental, que aqui se deve subsumir a meras questões de auto-organização administrativa, deve considerar-se que aqueles referidos elementos de identificação não são exigíveis, dado ser a norma, nessa parte, desaplicável[114].

IV

Notas finais

E assim damos por findo o alinhavar de notas, esparsas, relativas ao direito fundamental de petição em Macau.

Ensaiamos um muito breve percurso histórico e comparado deste instituto global, deveras comum a várias tradições político-jurídicas e que revelou uma tradição material milenar e formal de vários séculos.

Constatamos ainda que este meio petitório (isto é, não jurisdicional) é uma constante constitucional em Macau, desde que por cá se aplicam textos constitucionais, e incluindo a Lei Básica, não obstante a redacção e localização sistemática dos preceitos que se referem ao instituto da petição.

114 Já assim se entendeu, veja-se, por exemplo, «*Com efeito, e contrariamente ao que o Regimento pretende exigir - nº 2 do artigo 167º - a falta de indicação do "estado civil" ou da "profissão", não pode, face à Lei nº 5/94 (bem mais de acordo com o preceito constitucional), essa falta constituir motivo de rejeição de uma petição*.», Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Relatório nº 3/VI/98.

Já no plano legal, verificamos alguns períodos de interrupção na regulamentação deste direito, por vezes derivados de meros lapsos e, em outros momentos, advindos de inércias pouco amigas da liberdade.

Percorremos, com brevidade, o regime legal vigente comum, isto é aplicável a petições dirigidas à Assembleia Legislativa, ao Chefe do Executivo e às demais entidades públicas, descortinando aí diversos princípios-garantia, tais como os princípios da universalidade, da gratuitidade, da liberdade, da não discriminação, de uma tendencial informalidade, do procedimento ou exame, da celeridade, da comunicação ao peticionante, e da tipicidade fechada e agravada para efeitos de indeferimento liminar.

Percorremos ainda o regime específico das petições dirigidas à Assembleia Legislativa, constante da Lei n.º 5/94/M e também do Regimento. Verificamos um especial cuidado nestas petições, cujo regime genericamente está adequado à configuração da petição enquanto direito fundamental, mas também realizamos que algumas normas do regimento colocam em causa a competente reserva de lei.

O regime jurídico do direito fundamental de petição, na sua generalidade, desde que devidamente interpretado e aplicado, nomeadamente mediante uma interpretação *pro homine*, detém todas as virtualidades de efectiva consagração deste tradicional direito fundamental.

Mister é que não se erijam interpretações limitativas e abusivas, por contrárias ao espírito e funcionalidade do direito de petição (por vezes contrárias mesmo à letra da lei), que enfraqueçam o exercício do direito fundamental de petição.

Com estas notas pretende-se trazer este direito fundamental para o seio da Doutrina de Macau e, nesse percurso, chamar a atenção de algumas questões que, por vezes, na prática, acabam por ser decididas de modo menos apropriado face ao regime jurídico e porventura, de forma menos amiga dos direitos e, também, aqui e ali, peticionar alguns ajustamentos normativos.

LEI DE ENQUADRAMENTO DO REGIME JURÍDICO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO

LEI DE ENQUADRAMENTO DO REGIME JURÍDICO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS – UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO - [1]

I
ELEMENTOS DE UM REGIME DE PROTECÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No texto da Lei Básica, em consonância com a Declaração Conjunta, são estatuídos diversos direitos fundamentais aí se consagrando um extenso leque de direitos, de natureza pessoal, política, laboral ou social.

E estes direitos estabelecidos na Lei Básica são veramente direitos fundamentais, ainda que a RAEM não seja, naturalmente, um Estado. Deste dado adquirido não sobram dúvidas nem angústias.

Ou seja, em termos substantivos, pode afirmar-se que Macau está bem no plano do direito constitucional.

Ocorre, todavia, uma lacuna dupla importante no que diz respeito, por um lado, ao regime de exercício dos direitos fundamentais, isto é, consagração de restrições a direitos fundamentais, de limites a essas restrições, eficácia horizontal desses direitos, entre várias outras questões.

Por outro lado, para além do importante princípio geral de acesso ao direito e aos tribunais, a Lei Básica não estabelece de *per se* qualquer regime especial de tutela de direitos fundamentais, com excepção do *habeas corpus*.

Sendo então verdadeiro que há uma ausência na Lei Básica relativa a um regime jurídico geral dos Direitos Fundamentais é igualmente verdadeiro que a Lei Básica também não

1 *Inédito*.

impede a construção de um regime de protecção de direitos fundamentais; pelo contrário.

A Lei Básica estabelece como missão da Região Administrativa Especial de Macau assegurar os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região, tal como exposto no artigo 4.º em sede de princípios gerais. Aqui estando pressuposto mais do que uma *mera* declaração substantiva de direitos fundamentais, agregando-se e convocando-se elementos de exercício e garantia daqueles. Daí, o «assegurar».

Ademais, a afirmação de continuidade que é solenemente feita quer pela Declaração Conjunta, quer pela Lei Básica, reclama, precisamente em nome daquela continuidade, a estatuição de um regime geral de exercício dos direitos fundamentais.

Numa outra perspectiva, deve reconhecer-se não ser fácil aos tribunais lidar com processos de protecção de direitos fundamentais quando há lacunas no ordenamento jurídico e quando existem apenas, aqui e ali, algumas normas processuais esparsas. Como, de resto, casos recentes podem comprovar.

Acresce que, em face do ordenamento anteriormente vigente ser inescapável que se assistiu, por omissão legislativa, a um certo retrocesso no enquadramento legislativo destas questões com evidente prejuízo para os direitos fundamentais mas também para a segurança e certeza jurídicas e, ainda, com um acréscimo de ónus a recair sobre a acção dos tribunais.

Nesta conformidade, pode reflectir-se na possibilidade de criação de um regime jurídico de protecção de direitos fundamentais no qual seriam estabelecidas regras gerais de exercício e, bem assim, regras de protecção processual.

Estas regras de garantia, que não se devem confundir com uma *Bill of Rights*, deveriam ter como principal factor de inspiração, em nome da continuidade e da política rainha «Um País, Dois Sistemas», as regras anteriormente vigentes no quadro do binómio EOM/CRP, legislação avulsa vigente na RAEM (*e.g.* Lei do Direito de Reunião e Manifestação, Lei da Protecção de Dados Pessoais, normas da função de provedoria) e, bem assim, entreabrir as portas a novas tendências no *ramo* como, por exemplo, o novo discurso normativo assente nos pilares dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania, justiça.

Estas regras seriam como que uma *longa manus* da Lei Básica afirmando-se assim esta lei dotada de valor de referência ou parametricidade face à demais legislação ordinária. Assumindo uma espécie de *constitucionalidade emprestada*, a exemplo do que sucede com a Lei n.º 13/2009, Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas.

De resto, mister é sublinhar que ainda que se pretenda não reconhecer aquele valor e função – sendo que é vero que tal significaria um decréscimo de relevo – ao menos no plano emblemático e de lei mera lei ordinária a sua importância é, de *per se*, evidente.

Destarte, uma eventual lei de protecção de direitos fundamentais, devidamente equilibrada e não «fundamentalista» e, do mesmo passo, em sintonia com o disposto na Lei Básica, poderia assentar, nomeadamente, nos seguintes elementos:

- *Importação* e densificação de princípios já revelados pela Lei Básica como, por exemplo, o da igualdade, não discriminação, dignidade, acesso ao direito e aos tribunais, reserva de lei restritiva.

- Consagração expressa dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequabilidade na restrição a direitos fundamentais e garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

- Consagração expressa da extensão dos direitos fundamentais também a pessoas colectivas.

- Consagração expressa dos princípios da aplicabilidade e invocabilidade directa das normas de direitos fundamentais.

- Consagração expressa do reconhecimento de direitos fundamentais para além dos que estão contidos no Capítulo III da Lei Básica.

- Consagração expressa da vinculação das entidades públicas e das entidades privadas aos direitos fundamentais.

- Consagração de um regime processual especial de protecção dos direitos fundamentais.

- Esse regime deveria ter um âmbito de aplicação exclusivo em matéria de direitos fundamentais.

- Caracterizado por formatação própria e adequada que propiciasse agilidade, simplicidade e tutela judicial efectiva.

- Vocacionado para proteger quer lesões, quer ameaças de lesão, aos direitos fundamentais por parte das entidades públicas, fossem do espectro administrativo fossem do espectro judicial.

- O tribunal responsável deveria ser, ao menos em alguns casos, a mais alta instância jurisdicional.

- Poderia ser designado recurso de tutela de direitos fundamentais, recurso de protecção de direitos fundamentais, recurso de amparo ou qualquer outra designação que permitisse rotular, desde logo, a sua natureza de especial protecção dos direitos mais dignos de Macau – os direitos fundamentais.

Esta é pois a *lei* que se propõe para reflexão.

Em remate, em repto e em desejo:

Vivat, crescat, floreat

II
NOTA JUSTIFICATIVA
LEI DE ENQUADRAMENTO DO REGIME JURÍDICO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

(Projecto de lei)

A Assembleia Legislativa tem dedicado ao longo destes anos de existência da RAEM uma particular atenção à implementação social e concretização legislativa da Lei Básica e dos seus princípios.

Uma das áreas onde tem havido a especial preocupação de legislar, entre várias outras, por iniciativa própria e em zona de reserva de lei, é a dos direitos fundamentais e matérias com estes conexas, nomeadamente e a título exemplificativo, assim ocorreu com a aprovação da Lei n.º 8/2005, denominada Lei da Protecção de Dados Pessoais.

Nos termos da Lei Básica é consagrado, como se consabe, um amplo catálogo de direitos e liberdades fundamentais, designadamente no seu capítulo III e, entre outros, nos artigos 6.º, 103.º, 128.º.

Por outro lado, retenha-se o princípio geral estatuído no artigo 4.º da lei fundamental de Macau no qual se afirma: «*A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial*

de Macau e de outras pessoas na Região.».

Também nestas matérias acresce o sumo princípio da continuidade jurídica estabelecido no artigo 8.º da Lei Básica.

E, bem assim, a solene promessa e norma estabelecida na Declaração Conjunta Do Governo Da República Portuguesa e Do Governo Da República Popular Da China Sobre a Questão De Macau, parágrafo V, do Anexo I, «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau…*».

Ora, tal como sucede na generalidade das leis fundamentais, também a Lei Básica da RAEM se limita a um enunciar de direitos e liberdades sem aprofundar quer a disciplina concreta de cada direito, quer a disciplina geral de exercício e de garantia do conjunto destes direitos fundamentais – de que nos permitimos sublinhar as garantias preconizadas e aprofundadas nos artigos 12.º e seguintes do projecto de lei - razão pela qual se submete o adjunto projecto de lei, na esperança segura de assim se poder contribuir legislativamente para uma melhor concretização e implementação das directrizes da Lei Básica.

Com a aprovação desta lei Macau e as suas gentes ficarão ainda mais bem dotados da necessária e adequada estrutura normativa do sistema de direitos fundamentais.

III
ARTICULADO
Lei n.º /2015
Lei de Enquadramento do Regime jurídico do sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais

No desenvolvimento dos regimes fundamentais estabelecidos pelos artigos 4.º, 11.º, 30.º, 36.º, 40.º, 41.º e 43.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, a Assembleia Legislativa decreta, nos termos da alínea 1) do artigo 71.º da mesma Lei Básica, para valer como lei, o seguinte:

Artigo 1.º
(Âmbito)

1. A presente lei regula o gozo, exercício e aplicação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, adiante abreviadamente designados por direitos fundamentais, na Região Administrativa Especial de Macau, doravante RAEM.

2. Os direitos fundamentais são os constantes da Lei Básica de Macau, das normas de direito internacional, das leis produzidas na RAEM, e das leis previamente vigentes, sem exclusão de quaisquer outros previstos em leis nacionais vigentes na RAEM.

Artigo 2.º
(Dignidade humana)

A dignidade humana é inviolável, deve ser respeitada e protegida e constitui sempre um limite à restrição e suspensão de direitos fundamentais.

Artigo 3.º
(Tarefa fundamental da RAEM)

1. Constitui tarefa fundamental da RAEM assegurar o gozo, o exercício, a aplicação e a plena vigência e o aperfeiçoamento dos direitos fundamentais.

2. O reconhecimento, o respeito e a protecção dos direitos fundamentais e dos princípios a eles respeitantes plasmados na Lei Básica e na Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau devem enformar os actos normativos, a prática judicial e a actuação dos poderes públicos.

Artigo 4.º
(Universalidade)

1. Todos gozam dos direitos fundamentais e estão sujeitos aos deveres consignados na Lei Básica, salvo disposição legal expressa em contrário.

2. Aqueles que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na Região Administrativa Especial de Macau, gozam dos direitos e liberdades fundamentais dos residentes de Macau, salvas as excepções consagradas na Lei Básica.

3. As pessoas colectivas gozam dos direitos fundamentais e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

4. Às organizações sem personalidade jurídica, no exercício dos direitos fundamentais que lhes sejam atribuídos por norma especial, aplica-se o regime constante desta lei.

Artigo 5.º
(Igualdade e não discriminação)

1. Todos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever ou ónus em razão de nacionalidade, ascendência, raça, sexo, orientação sexual, língua, religião, convicções políticas, filosóficas ou ideológicas, instrução, património genético e situação económica ou condição social.

3. Lei especial pode aditar outros factores de não discriminação no seu âmbito de regulação e aplicação.

4. Os residentes não permanentes não podem ser prejudicados ou privados de qualquer direito relativamente aos residentes permanentes salvo as excepções consagradas na Lei Básica.

5. O disposto no número precedente aplica-se, com as necessárias adaptações, aos titulares de autorização de permanência em Macau.

Artigo 6.º
(Especial protecção)

1. As crianças, as pessoas idosas e as pessoas com deficiência gozam do amparo e especial protecção da Região Administrativa Especial de Macau nomeadamente nos termos dos números seguintes.

2. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar e todos os actos relativos a elas, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

3. A RAEM reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condig-

na e independente e à sua participação na vida social e cultural.

4. A RAEM reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas adequadas e destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade.

Artigo 7.º
(Força jurídica)

A presente lei e as normas respeitantes aos direitos fundamentais:

1) São directamente aplicáveis e invocáveis;

2) Vinculam imediatamente as entidades públicas; e,

3) Aplicam-se às relações entre particulares nos mesmos termos em que se aplicam às relações entre estes e as entidades públicas, nomeadamente no quadro de relações de especial domínio.

Artigo 8.º
(Restrições dos direitos fundamentais e reserva de lei)

1.Os direito fundamentais não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei da Assembleia Legislativa.

2. As restrições previstas no artigo anterior têm de:

1) Visar a salvaguarda de outro direito ou de princípios fundamentais;

2) Ser exigidas por essa salvaguarda e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos e constituírem o meio menos oneroso para os direitos restringidos;

3) Ser adequadas para o efeito visado; e

4) Limitar-se à medida necessária para alcançar o efeito visado.

3. Tais restrições não podem contrariar o disposto no primeiro parágrafo do artigo 40.º da Lei Básica.

4. As restrições em caso algum podem afectar o núcleo essencial dos direitos fundamentais restringidos, não podendo, designadamente, eliminar em absoluto a utilidade

desses direitos nem colocar em causa a dignidade humana.

Artigo 9.º
(Leis de restrição)

As leis de restrição aos direitos fundamentais revestem carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo.

Artigo 10.º
(Suspensão do exercício de direitos fundamentais)

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 18.º da Lei Básica, o exercício de direitos fundamentais na RAEM apenas pode ser suspenso, nos termos da lei, mediante processo próprio.

2. O processo referido no número anterior deve, designadamente:

1) Especificar os direitos cujo exercício fica suspenso;

2) A duração, sem prejuízo de eventual renovação, do período de suspensão.

Artigo 11.º

(Limites à suspensão do exercício de direitos fundamentais)

1. A suspensão de direitos deve limitar-se, nomeadamente quanto à sua extensão e duração, ao estritamente necessário e adequado ao pronto restabelecimento da normalidade.

2. A suspensão só deve abranger os direitos cujo exercício efectivamente ameace ou perturbe gravemente a ordem pública.

3. A suspensão do exercício de direitos respeitará sempre o princípio da igualdade e o princípio da inviolabilidade da dignidade humana.

4. A suspensão do exercício de direitos não pode afectar, em caso algum, os direitos, à integridade pessoal, à vida, à identidade pessoal, à capacidade, a não retroactividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos, a liberdade de consciência, a liberdade de religião, e o direito de acesso aos tribunais.

Artigo 12.º

(Acesso ao Direito, à Justiça e assistência e tutela jurisdicional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito, aos tribunais, à assistência por advogado e outros profissionais de sua escolha em qualquer processo, ainda que como testemunha, declarante ou arguido, bem como à obtenção de reparações por via judicial, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos ou em razão da sua condição social ou cultural.

2. Todos têm direito à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado e outros profissionais de sua escolha perante qualquer autoridade pública, nomeadamente autoridades judiciárias e de investigação criminal, independentemente do estatuto em que se encontrem perante essas autoridades.

3. É assegurado o direito de intentar acções judiciais contra actos praticados pelas entidades públicas e do seu pessoal.

4. Todos têm o direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.

5. Para defesa dos direitos fundamentais, a presente lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Artigo 13.º
Provedoria de Justiça

Todos têm o direito de apresentar queixas aos serviços de provedoria do Comissariado Contra a Corrupção, respeitantes a casos de má administração na actuação dos órgãos e instituições da RAEM, com excepção dos tribunais no exercício das respectivas funções jurisdicionais, cabendo àqueles serviços exercer acções de provedoria de justiça, promovendo a defesa dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos das pessoas, assegurando, através dos meios referidos na lei e outros meios informais, a legalidade no exercício dos poderes públicos, bem como a justiça e a eficiência da administração pública.

Artigo 14.º
Direito de acesso aos documentos

Todos têm direito de acesso aos documentos dos órgãos e instituições da RAEM, seja qual for o suporte desses documentos.

Artigo 15.º
(Recurso de protecção de direitos fundamentais)

1. De decisão proferida por tribunal cabe sempre recurso para o Tribunal de Última Instância com fundamento em violação, ou fundado receio de violação, de direitos fundamentais, sendo o recurso directo e *per saltum*, restrito à questão da violação e revestindo carácter urgente.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, cabe recurso para o tribunal administrativo de omissões, actos administrativos, operações materiais ou da simples via de facto de poderes públicos ou seus funcionários e agentes, com fundamento na violação, ou fundado receio de violação, de direitos fundamentais, o qual reveste carácter urgente.

3. O recurso é interposto por meio de simples requerimento, devidamente fundamentado, devendo o recorrente indicar expressamente que tem a natureza de recurso de protecção de direitos fundamentais, não sendo obrigatória a constituição de mandatário judicial.

4. No recurso não pode ser feito valer outra pretensão que não seja a de restabelecer ou de preservar os direitos fundamentais considerados violados ou cuja violação se receie.

5. O exercício do direito de recurso de protecção de direitos fundamentais não está dependente da eventual existência e preclusão de outros meios judiciais que ao caso possam caber.

6. O recurso de protecção de direitos fundamentais está isento de preparos e de custas.

Artigo 16.º
(Providências provisórias, preventivas e conservatórias)

O Tribunal competente, oficiosamente, ou a requerimento do Ministério Público ou

do requerente pode:

1) Declarar suspenso o acto recorrido, sempre que fundadamente julgue que da execução do acto ou da omissão possa resultar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente e a inutilidade da protecção requerida e desde que da suspensão não resulte grave perturbação do interesse público ou dos direitos de terceiros;

2) Ordenar a adopção provisória de medidas julgadas necessárias para a conservação dos direitos fundamentais violados ou para o restabelecimento do exercício desses mesmos direitos até ao trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida.

2. A decisão do tribunal será notificada, nas vinte e quatro horas seguintes, ao recorrente, ao Ministério Público ao órgão, entidade ou poder público recorrido e aos demais sujeitos processuais interessados.

Artigo 17.º

(Da decisão)

1. O Tribunal pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar protecção distinta daquela que foi requerida.

2. Pode, ainda, o Tribunal decretar a adopção de medidas julgadas adequadas para restabelecer e garantir ao recorrente o pleno exercício dos direitos fundamentais violados, distintas daquelas que foram requeridas.

Artigo 18.º

(Do conteúdo da decisão judicial de protecção)

1. A decisão judicial sobre os recursos de protecção de direitos fundamentais pronuncia-se nos seguintes termos:

1) Denegação do recurso de protecção; ou,

2) Outorga de protecção.

2. Na decisão judicial que julgue procedente o recurso e outorgue a protecção, pode o Tribunal:

1) Reconhecer ao recorrente a plena titularidade dos direitos fundamentais violados;

2) Declarar nulo ou inexistente o acto impugnado;

3) Ordenar, no caso de se tratar de omissão, à entidade recorrida a adopção, dentro do prazo que lhe vier a ser fixado na decisão judicial, de medidas adequadas à preservação e ao restabelecimento do exercício dos direitos fundamentais pelo recorrente;

4) Declarar o direito fundamental violado pela prática do acto ou como consequência da omissão objecto do recurso;

5) Ordenar à entidade recorrida que se abstenha de praticar actos que possam afectar, por qualquer forma, o pleno exercício pelo recorrente dos seus direitos fundamentais;

6) Indicar concretamente o autor, agente ou funcionário que deve praticar ou abster-se de praticar os actos nela referidos.

3. Na decisão judicial, o Tribunal poderá ainda decretar medidas que julgar apropriadas à preservação ou restabelecimento dos direitos fundamentais violados, até que a entidade recorrida cumpra o estabelecido na alínea 3) do número anterior.

Artigo 19.º

(Legislação complementar e subsidiária do recurso de protecção)

Enquanto não for aprovado o regime processual específico dos recursos de protecção de direitos fundamentais previsto nos artigos anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 7.º do Código de Processo Civil e subsidiariamente, e com as necessárias adaptações, a lei de processo civil e a lei do processo administrativo respectivamente, com observância do disposto nos artigos precedentes.

Artigo 20.º

(Direito de petição)

É assegurado a todos o exercício do direito de petição, em nome individual ou colectivo, para defesa dos seus direitos fundamentais, da legalidade ou dos interesses da comunidade.

Artigo 21.º
(Direito de resistência)

1. Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos fundamentais.

2. Todos têm o direito de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Artigo 22.º
(Responsabilidade das entidades públicas)

1. A RAEM e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos fundamentais regulados pela presente lei.

2. O disposto no número anterior é regulado por lei especial.

Artigo 23.º
Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente lei deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelas outras leis vigentes ou pelo direito internacional aplicável.

Artigo 24.º
Divulgação

Constitui missão da RAEM a divulgação profunda, alargada e multilingue das disposições da presente lei.

Artigo 25.º
(Vigência)

A presente lei entra em vigor no dia imediato ao da sua publicação.

PAULO CARDINAL

ESTUDOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

NO CONTEXTO DA JUSMACAU

A publicação desta obra é subordinada à importantíssima temática dos direitos fundamentais em Macau, isto é, no contexto da JusMacau – entre a autonomia e a continuidade - duas determinantes no estabelecimento e compreensão do sistema de direitos fundamentais da RAEM. Este livro é uma compilação de estudos de direitos fundamentais, não é, pois, uma gramática dos direitos fundamentais. Com esta publicação cumpre-se um desiderato deveras relevante qual seja o da contribuição para o acquis doutrinário local. Emprestamos, pois, da nossa parte, mesmo que com porventura diferenças em face da communis opinio, mais um bocado de argila para a construção do bloco doutrinário de Macau. A publicação de livros jurídicos, para além do evidente contributo à doutrina, perpassa ainda para uma outra faceta mais ampla, menos segregada e menos exclusiva, qual seja a da divulgação do Direito e dos direitos. Ademais em matérias como os direitos fundamentais. Macau, o seu Direito, as suas gentes, a sua memória, precisam que se motive, acarinhe e propicie a produção de doutrina local. Independentemente dos temas, mais ou menos sensíveis, independentemente das visões de fundo, mais ou menos pro libertate. Da doutrina, do estudo e sua publicitação devida nascerá o diálogo, brotará o debate, crescerá o acordo como crescerá o desacordo, enfim, medrará a reflexão académica e solidificará o conhecimento do Direito e dos direitos.

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor 為澳門・無私奉獻・精益求精

CREDDM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心

ISBN 978-99965-761-2-6
9 789996 576126