

Governança constitucional iniciada em localidades — Inspiração do mecanismo de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau*

*Li Yanping***

I. Origem do problema

Nos últimos 30 anos da reforma e abertura ao exterior, a economia da China tem-se desenvolvido bastante rapidamente; especialmente nos mais de 10 anos o nível de aumento do produto nacional bruto (PNB) da China atingiu 8%. O grau de modernização da sociedade tem-se reforçado, nas cidades verificam-se mudanças de dia para dia e os bens dos cidadãos aumentam rapidamente — os chineses transformam-se de “proletários” do passado em proprietários, possuindo suas próprias casas, empresas e investimentos. Em resumo, o nível de vida do povo chinês eleva-se consideravelmente e os êxitos da China no seu desenvolvimento económico chamam a atenção do mundo inteiro. No entanto, com o desenvolvimento económico têm ocorrido alguns problemas preocupantes da sociedade, tais como o problema da diferença entre pobres e ricos, o problema do desemprego, o problema ambiental, a falta de garantias em aspectos da educação e da assistência médica, etc. Entretanto, a consciência dos cidadãos sobre os direitos eleva-se e a sua procura de liberdade e democracia torna-se numa das procuras mais importantes da sociedade. Como responder a esta ânsia social tornou-se num problema que o Governo e a sociedade não podem descuidar. Na emenda de 1999 da Constituição do Estado está inscrito o conteúdo “governar o país nos termos da lei e construir o país socialista e o ordenamento jurídico”. Desde então, como transformar o país com o seu ordenamento jurídico no papel para o ordenamento jurídico na prática já é um dos pontos principais do estudo académico sobre a governação jurídica da China, sendo que o

* A autora obteve um apoio especial da Fundação Macau e realizou um intercâmbio académico no Fórum sobre o Direito das Quatro Regiões em Ambas as Margens do Estreito, pelo que expressa sinceros agradecimentos!

** Professora do Centro de Estudos “Um País, Dois Sistemas”.

conceito sobre o constitucionalismo (política constitucional) é sempre o conteúdo que o círculo académico discute mais calorosamente.

Até agora, o estudo sobre o constitucionalismo tem chegado, pelo menos, aos seguintes acordos básicos:

1. A constituição e o constitucionalismo não têm a relação completamente equiparada, mas são fenómenos da lei política que estão ligados embora diferentes

Por outras palavras, qualquer país pode elaborar uma constituição e mesmo projectar um texto constitucional perfeito, mas isto não significa certamente que se encontre no estado de constitucionalismo. Causa disso é que o constitucionalismo não só precisa de um texto constitucional explícito, mas ainda exige que a gente se esforce para pôr em prática as disposições da constituição, concretizando-se assim o estado de governação nos termos da constituição. Por isso, o conteúdo da constituição decide directamente o conteúdo do constitucionalismo; o objectivo da elaboração da constituição é justamente o objectivo do constitucionalismo; sem a constituição não se pode falar do constitucionalismo; mas, separando-se do constitucionalismo, a constituição é apenas um documento sem valor¹. O constitucionalismo é a governação do país nos termos da constituição; pode-se dizer que a constituição é o constitucionalismo em estado estático e o constitucionalismo é a constituição em estado dinâmico; a execução, aperfeiçoamento e desenvolvimento da constituição reside no constitucionalismo².

2. No aspecto do conteúdo, a liberdade, os direitos humanos, a democracia e a governação nos termos da lei são os valores e princípios básicos do constitucionalismo

Em primeiro lugar, o constitucionalismo toma a liberdade e os direitos humanos como a meta de procura do valor e o seu núcleo reside em restringir o poder público e garantir os direitos humanos básicos. A meta directa do constitucionalismo reside na liberdade; o constitucionalismo

¹ [EUA] Stifen-Elgin e Karol-Edward Soutan: *Nova Teoria sobre o Constitucionalismo — Projecto do Sistema Político para a Bonita Sociedade*, edição da Livraria de Vida, Leitura e Conhecimentos Sanlian, 1997, pág. 27.

² Bai Gang e Lin Guanghua: *Teoria Geral sobre o Constitucionalismo*, Editora de Documentos Sociais e Científicos, 2005, págs. 116-122.

não pode garantir que o povo seja o dono do Estado, mas pode garantir que o povo seja livre. O constitucionalismo visa apenas incluir o poder estatal vigente na esfera da constituição, fazendo com que o uso do poder por parte do poder dominante seja restringido pelo sistema jurídico; o constitucionalismo não vai tomar o poder dominante e entregá-lo ao povo, mas vai garantir que a liberdade do povo não seja invadida pelo poder dominante³. Por isso, como lei fundamental do Estado, a constituição não só protege os interesses da maioria das pessoas, mas ainda protege os interesses de todas as pessoas. Este é o objectivo do liberalismo contemporâneo e é também a meta básica da constituição, meta que é diferente da da lei em geral⁴. Estes direitos básicos não podem ser prejudicados e privados por ninguém sob nenhum pretexto. Em segundo lugar, o constitucionalismo tem a eficiência de tratamento do governo despótico da maioria de pessoas trazido pela democracia, formando-se assim certa tensão entre o constitucionalismo e a democracia; o constitucionalismo jamais excluirá o regime democrático no sentido absoluto. A razão disso é que o problema da legalidade da origem do poder estatal contemporâneo, que deve ser solucionado pelo regime democrático, é também a base da teoria sobre o constitucionalismo; com base nisto, o constitucionalismo enfatiza mais a restrição e precaução do poder governamental; o que o constitucionalismo visa resolver é o problema de funcionamento e exercício do poder político do Estado. Por isso, como parte integrante importante do constitucionalismo, o princípio democrático da doutrina sobre a maioria deve desempenhar normalmente o seu devido papel, formando-se assim uma relação de complementa mútua entre o constitucionalismo e a democracia. No fim de contas, a diferença entre o constitucionalismo e a governação jurídica reside em que o constitucionalismo realça a limitação do poder e a governação jurídica sublinha o estado e processo do funcionamento do poder, ou seja, a governação nos termos da lei⁵. Por isso, sem a governação jurídica como base não pode aparecer o constitucionalismo no sentido essencial; o próprio constitucionalismo é justamente a etapa final e superior da governação jurídica.

³ Du Gangjian: “Novo Constitucionalismo e Reforço do Sistema Político”, artigo publicado na *Revista Mensal de Zhejiang*, 1993, n.º 2.

⁴ Zhang Qianfan: *Introdução da Teoria sobre a Constituição — Princípio e Aplicação*, Editora Jurídica, 2004, pág. 53.

⁵ Li Xiaoping: *Papel do Tribunal sob o Sistema Constitucional*, Editora Popular, 2007, pág. 18.

3. Na sociedade contemporânea, o regime de apreciação judicial é considerado como meio técnico importante para a concretização do constitucionalismo do Estado

A apreciação judicial designa a apreciação dos actos administrativos realizada pelos tribunais ou pelas instituições de natureza judiciária de acordo com a constituição, incluindo a apreciação dos actos legislativos e executivos. Tal como a governação jurídica, a concretização do constitucionalismo também precisa de determinados sistemas como base; o ponto chave da apreciação constitucional reside em restringir eficazmente o abuso do poder público, sobretudo o do poder legislativo e o do poder executivo. No processo de exploração, diversos países do mundo têm autorizado a instituição independente com a natureza judicial para assumir a responsabilidade pela apreciação da constituição. A causa disso é que a instituição judiciária, como ramal governamental com o “menor perigo”, não tem o poder financeiro nem a influência, mas tem apenas o dever de actuar rigorosamente nos termos da lei. Por isso, o tribunal deve ter o poder de declarar inválida a legislação contrária à disposição expressa na constituição. Caso contrário, todas as disposições na constituição que mantêm os direitos específicos e os direitos básicos existirão apenas em nome⁶. Quanto à possibilidade de a instituição judiciária abusar do poder, os legisladores podem, através da revisão da lei ou constituição, fazer com que as suas disposições relacionadas sejam ainda mais explícitas, de modo a que sejam revogadas as interpretações erradas da instituição de apreciação. Na verdade, este é o método frequentemente adoptado pelo parlamento dos países ocidentais. Por exemplo, nos últimos anos, o parlamento da França tem revogado repetidamente a eficácia decidida pelo tribunal constitucional, através da revisão da Constituição⁷.

4. A teoria constitucional, apesar de ter origem na sociedade ocidental, tem determinado significado geral nos aspectos da restrição do poder público e da garantia dos direitos humanos

A causa disso é que a governação de qualquer sociedade enfrenta um problema de como conter o abuso do poder público. Para fazer fren-

⁶ [EUA] Hanmilton: *Colecção de Obras de Federalistas*, Livraria Comercial, 1980, pág. 392.

⁷ Zhang Qianfan: *Introdução da Teoria sobre a Constituição — Princípio e Aplicação*, Editora Jurídica, 2004, pág. 168.

te a este difícil problema mundial universalmente existente, o método mais eficaz inventado pela Humanidade até hoje consiste em restringir e limitar adequadamente o poder, estabelecer o sistema jurídico e o constitucionalismo e fundar uma república constitucional⁸. De facto, a teoria constitucional, gradualmente formada através de vários séculos nos países europeus e americanos, conseguiu ser posta em prática em muitos países depois da Segunda Guerra Mundial. Temos a razão para considerar que a mudança fundamental da constituição ao constitucionalismo formou uma tendência irresistível no século XX, tendência que continua no século XXI⁹. A promoção da governação constitucional é também uma procura importante da sociedade chinesa, com origem na campanha de nova governação ocorrida no período último da dinastia Qing. O Programa da Constituição Determinada pelo Imperador, elaborado em 1908, que toma como conteúdo a definição das relações de direitos e deveres entre o monarca e os seus súbditos, é considerado como pioneiro do constitucionalismo da China. Embora nos últimos cem anos o passo do constitucionalismo da China tenha sido difícil, o entusiasmo e a procura sobre o constitucionalismo continuam fortes. O actual ponto chave reside em como mudar a situação em que existe a constituição mas não há o constitucionalismo.

Vê-se daqui que o constitucionalismo talvez possa ser descrito como um tipo de sistema político e jurídico que toma o ordenamento jurídico como forma, a aplicação jurídica como barreira, a democracia como meio, a norma como poder e a garantia dos direitos humanos como meta. O seu objectivo essencial consiste em que a constituição deve ser efectivamente executada, de modo a que os cidadãos tenham oportunidades para concretizar o conteúdo dos direitos nela definidos e defender a posição jurídica suprema da constituição. A instituição independente de natureza judicial é considerada como papel adequado de assumir a responsabilidade pela apreciação constitucional e buscar o ponto de equilíbrio adequado no conflito entre cidadãos e governo, de modo que se garanta a concretização eficaz das disposições constitucionais. Mas, na China, por uma parte, o regime de superintendência constitucio-

⁸ Wang Jianxun: “Prática Política de Baixo para Cima”, artigo publicado na revista *Janela do Vento Meridional*, 2008, n.º 5.

⁹ Zhang Qianfan: “Da Constituição ao Constitucionalismo — Estudo Comparativo do Regime de Apreciação Judicial”, artigo publicado na revista *Estudos do Direito Comparativo*, 2008, N.º 1.

nal quase não pode desempenhar as suas devidas funções e, por outra parte, há o problema de os órgãos judiciários poderem assumir a responsabilidade pela apreciação constitucional faz duvidar muita gente, parecendo que o constitucionalismo da China se encontra num lamaçal profundo. Como resolver este problema¹⁰? De facto, desde que tenhamos um olhar amplo, poderemos descobrir que a construção do sistema constitucional da China não se encontra em estado de estagnação; pelo menos nas regiões de Hong Kong e de Macau existe um tipo de sistema de superintendência constitucional, diferente do tradicional — modelo de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau, baseado na teoria de “um País, dois sistemas”, que está a crescer; especialmente a parte sobre a apreciação judicial incluída nele tem fornecido experiências valiosas ao desenvolvimento do constitucionalismo da China, sendo digno de estudos sérios.

II. Mecanismos de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau e seu problema constitucional

Como leis supremas nas regiões de Hong Kong e de Macau, as Leis Básicas de Hong Kong e de Macau também enfrentam o problema de como serem efectivamente executadas. Vendo-se o seu aspecto regimental, não estão previstos mecanismos de garantia especiais nas Leis Básicas, mas este problema é tratado com o regime de interpretação das Leis Básicas. O Artigo 158.º da Lei Básica de Hong Kong (Artigo 143.º de Lei Básica de Macau) define:

“O poder de interpretação desta Lei pertence ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional.

O Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional autoriza os tribunais da Região Administrativa Especial de Hong Kong (Macau) a

¹⁰ Estatísticas incompletas mostram que até hoje não existe nenhum registo sobre a interpretação da Constituição por parte do órgão de superintendência constitucional da China; ou seja, o regime de superintendência constitucional ainda foi efectivamente concretizado; quanto ao problema da administração judicial nos termos da constituição, estudiosos indicam que na China a capacidade do tribunal de interpretar a constituição é limitada e será difícil esperar que o tribunal assuma a reforma política e social da China. Chen Duanhong: “Sobre a Constituição como Lei Fundamental e Lei Suprema do Estado”, artigo publicado na revista *Direito Chinês e Estrangeiro*, 2008, n.º 4.

interpretar, por si mesma, no julgamento dos casos, as disposições desta Lei que estejam dentro dos limites da autonomia da Região.

Os tribunais da Região Administrativa Especial de Hong Kong (Macau) também podem interpretar outras disposições desta Lei no julgamento dos casos. No entanto, se os tribunais da Região Administrativa Especial de Hong Kong (Macau) necessitarem, no julgamento de casos, da interpretação de disposições desta Lei respeitantes a matérias que sejam da responsabilidade do Governo Popular Central ou do relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região e, se tal interpretação puder afectar o julgamento desses casos, antes de proferir sentença final da qual não é admitido recurso, os tribunais da Região devem obter, através do Tribunal de Última Instância da Região, uma interpretação das disposições por parte do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional. Quando o Comité Permanente fizer interpretação dessas disposições, os tribunais da Região devem seguir, na aplicação dessas disposições, a interpretação do Comité Permanente. Todavia, as sentenças proferidas anteriormente não são afectadas.

Antes de interpretar esta Lei, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional consulta a Comissão da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong (Macau) a ele subordinada.”

Vê-se daqui se retira que a Lei Básica tem instalado um sistema de interpretação dupla: por uma parte, o poder de interpretação é conservado no Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional em resposta à exigência do sistema de interpretação jurídica do Estado; por outra parte, tem sido concedido o poder de interpretação aos tribunais das regiões de Hong Kong e de Macau, reconhecendo assim, em determinada medida, a necessidade da administração judicial para garantir a execução da Lei Básica. Embora ainda existam discussões sobre o relacionamento entre o poder de interpretação e o poder de apreciação, a maioria dos estudiosos consideram que para os tribunais, o poder único de interpretação não é necessário; o processo do tratamento de casos refere-se necessariamente ao problema de avaliação de se a lei ou diploma legal relacionado corresponde à Lei Básica, problema este que é frequentemente a condição prévia para o tratamento de conflitos entre entidades. Por isso, o poder de interpretação dos tribunais significa, em grande medida, que os tribunais têm o poder de fazer acção de apre-

ciação da Lei Básica¹¹. Por isso, o mecanismo de interpretação dupla na Lei Básica evoluciona inevitavelmente, a sua prática, assim gozando em comum do poder de interpretação da Lei Básica o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional e os órgãos judiciários das regiões de Hong Kong e de Macau.

Nos últimos 10 anos posteriores ao retorno de Macau à Pátria, têm surgido na prática judicial da região de Macau, muitos casos respeitantes à Lei Básica, incluindo alguns casos necessários para a acção de interpretação jurídica, o que tem chamado a atenção da imprensa e do círculo académico. No entanto, a maioria dos casos não têm causado a interpretação central; alguns casos têm-se referido à confirmação de regulamentos administrativos do Governo por parte de tribunais ou à violação da Lei Básica por ordens administrativas, o que faz com que a apreciação da Lei Básica tenha a função de controlo do equilíbrio de poderes. O presente artigo tenta expor, textualmente e através da prática, o mecanismo de apreciação das Leis Básicas das regiões de Hong Kong e de Macau e explorar o problema constitucional contido nele.

1. Mecanismo de apreciação central nas Leis Básicas de Hong Kong e de Macau

Como leis nacionais, as Leis Básicas de Hong Kong e de Macau também seguem o princípio de interpretação jurídica vigente do Estado — “Quem é o legislador é o intérprete”. De acordo com a disposição relacionada na Lei Básica, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional goza do poder de interpretação da Lei Básica. Analisando-se o preceito relacionado na Lei Básica, vemos que este poder tem duas características: 1.) O poder de interpretação do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional é completo e tem eficácia jurídica suprema. Apesar de na Lei Básica terem sido distinguidas bastante explicitamente as competências do Governo Central e do local, o Comité Permanente

¹¹ Chen Hongyi: “Desenvolvimento Constitucional em Hong Kong e em Taiwan”, artigo publicado no primeiro número da *Revista de Direito do Instituto de Investigação Central*; Luo Weijian: “Sobre a Apreciação Judicial no Sistema Jurídico de Macau”, artigo publicado no *Desenvolvimento Jurídico nas Quatro Regiões de Ambas as Margens do Estreito* (Volume I), Divisão Preparatória para a Criação do Centro de Investigação do Direito, subordinado ao Instituto de Investigação Central, edição de 2007.

da Assembleia Popular Nacional não só tem o poder de interpretação relativamente aos assuntos administrados pelo Governo Central, como também goza do poder de interpretação em relação a toda a Lei Básica. Além disso, para os mesmos assuntos, a interpretação do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional tem prioridade em relação a dos tribunais das regiões de Hong Kong e de Macau. 2.) Vendo-se a sua natureza, a interpretação do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional é uma interpretação legislativa e é uma interpretação abstrata apenas dirigida para as disposições da Lei Básica, não se referindo ao processo de tratamento dos casos. Mesmo que a interpretação seja feita a pedido apresentado devido a factores respeitantes a casos, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional só pode realizar a interpretação com força restritiva geral dirigida para as próprias disposições relacionadas. 3.) Ao falar do processo, temos que a interpretação do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional é interpretação passiva, realizada a pedido do Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial. Além disso, vendo-se a disposição relacionada na Lei Básica, mesmo no caso de o tribunal ter apresentado o pedido, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional pode fazer a interpretação ou não fazê-la. A prática diz-nos que desde o retorno de Hong Kong à Pátria, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional já interpretou por três vezes as disposições relacionadas com a Lei Básica de Hong Kong. As interpretações do Comité Permanente com a Assembleia Popular Nacional têm as seguintes características concretas: 1.) Ao exercer o poder de interpretação, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional tem manifestado atitude prudente e tem prestado plena atenção à vontade da população para evitar o surgimento de dúvidas sobre o poder de interpretação do órgão legislador¹². 2.) Tem respeitado plenamente a eficácia do julgamento do tribunal e não tem interferido no tratamento dos casos relacionados. Por exemplo, quanto ao caso de Ng Ka Leng, apesar de o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional ter realizado interpretação diferente do julgamento deste caso, de acordo com a disposição de que “a nova lei não remonta aos velhos casos”, esta interpretação não é aplicável ao dito caso, sendo tomado apenas como fundamento jurídico para a restrição do julgamento posterior dos casos

¹² Cheng Jie: “Sobre o Poder Judicial de Hong Kong sob a Política de Duplo Carril — Novas Reflexões sobre o Regime Constitucional”, artigo publicado no *Direito da China*, 2006, n.º 6.

semelhantes por parte dos tribunais. 3.)No aspecto da iniciação do processo, têm surgido duas novas formas de interpretação: a primeira é que o Chefe do Executivo apresenta, através do Conselho de Estado, o pedido para a interpretação e a segunda, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional faz a interpretação por sua iniciativa. Embora o círculo académico se oponha geralmente à última forma de interpretação, a primeira forma tem conseguido ser reconhecida basicamente. Por outras palavras, a forma que o Chefe do Executivo apresenta, através do Conselho de Estado, o pedido para a interpretação tornar-se-á possivelmente numa prática convencional na iniciação do processo da interpretação da Lei Básica.

Além disso, Na Lei Básica ainda está estabelecido o mecanismo de comunicação para registo com a finalidade de garantir a posição jurídica suprema da Lei Básica nas regiões de Hong Kong e de Macau. Por exemplo, o Artigo 17.º da Lei Básica define: As leis produzidas pelo órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau devem ser comunicadas para registo ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional. A comunicação para registo não afecta a sua entrada em vigor. Se, após consulta à Comissão da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau a ele subordinada, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional considerar que qualquer lei produzida pelo órgão legislativo da Região não está em conformidade com as disposições desta Lei respeitantes às matérias da competência das Autoridades Centrais ou ao relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região, pode devolver a lei em causa, mas sem a alterar. A lei devolvida pelo Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional deixa imediatamente de produzir efeitos. Esta cessação de efeitos não tem eficácia retroactiva, salvo nas excepções previstas noutras leis da Região Administrativa Especial de Macau. A dita disposição mostra que as Autoridades Centrais exercem o controlo do sistema jurídico da Região Administrativa e garantem a execução e cumprimento eficaz da Lei Básica na Região Administrativa Especial, através de duas formas — Apreciação da legislação e interpretação da Lei Básica.

2. Mecanismo de apreciação judicial das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau

A Lei Básica, embora para o Estado seja apenas uma lei elaborada pela Assembleia Popular Nacional, é decerto o “documento contitucio-

nal” para as regiões de Hong Kong e de Macau¹³, porque a função da Lei Básica consiste em regular os mecanismos das regiões de Hong Kong e de Macau, definindo a constituição do Governo da Região Administrativa Especial, as competências dele, o relacionamento entre ele e as Autoridades Centrais e o relacionamento entre as instituições governamentais e a população, etc. Neste sentido, a Lei Básica desempenha o papel da constituição e possui a posição jurídica suprema, e nenhuma lei local pode entrar em choque com ela. Por isso, desde o retorno das regiões de Hong Kong e de Macau à Pátria, os tribunais das duas regiões enfrentam o problema de garantia da execução eficaz da Lei Básica. Analisando os textos das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau, vemos que os mecanismos de apreciação judicial das Leis Básicas destas duas regiões têm os seguintes pontos comuns: 1.) Em relação ao sujeito de apreciação, tanto em Hong Kong como em Macau, os tribunais de diversos níveis têm o poder de interpretação da Lei Básica. Por outras palavras, todos os tribunais podem expressar a sua compreensão sobre a Lei Básica por meio da interpretação. 2.) Em relação ao objecto de apreciação, ao tratar os processos respeitantes à Lei Básica, os tribunais responsabilizam-se principalmente pelo julgamento do relacionamento de direitos e deveres do interessado do processo, e julgar se a lei ou acção administrativa respeitante ao caso relacionado corresponde ou não à Lei Básica é apenas a sua “tarefa adicional” e é apenas para resolver a “condição prévia”, necessária para o julgamento relacionado. 3.) Em relação ao procedimento, na Lei Básica não está especialmente instalado o “procedimento processual” da Lei Básica; por isso, os tribunais das duas regiões só tratam os problemas relacionados com a Lei Básica no processo judicial geral.

Na prática, como as tradições dos ordenamentos jurídicos das duas regiões são diferentes, mas os seus tribunais enfrentam as Leis Básicas quase completamente de modo igual, têm que explorar, partindo das suas tradições judiciais respectivas, os métodos concretos para a apreciação da Lei Básica. Em primeiro lugar, eles devem tratar adequadamente o relacionamento entre o poder de interpretação da Lei Básica e a disposição na Lei Básica “o poder judicial é limitado pelo sistema jurídico e princípios anteriormente existentes”. Em Hong Kong, os tribunais já

¹³ Chen Hongyi: “Unitarismo e Pluralismo — Lei Básica da Região Administrativa Especial sob ‘Um País, Dois Sistemas’”, artigo incluído na obra *Teoria sobre a Constituição*, Editora Jurídica, 2004, pág. 489.

tinham começado, antes do retorno da região ao seio da Pátria, seguindo a tradição da lei comum, a apreciar se as leis ou medidas administrativas eram ou não contrárias ao Projecto Legal dos Direitos Humanos ou à Convenção Internacional sobre os Direitos dos Cidadãos e os Direitos Políticos. Por isso, depois do retorno de Hong Kong à Pátria, a apreciação das infracções contra a constituição por parte dos tribunais estendeu-se logicamente da norma dos direitos humanos incluídos na Convenção Internacional sobre os Direitos dos Cidadãos e os Direitos Políticos para qualquer disposição da Lei Básica, não tendo sofrido nenhuma limitação ou restrição. Mas, em Macau, as circunstâncias eram muito diferentes. Conforme a tradição da genealogia da lei continental, antes do retorno de Macau à Pátria, os seus tribunais eram tribunais regionais de Portugal e não tinham a função de apreciar as infracções constitucionais e todos os processos constitucionais deviam ser apresentados ao Tribunal Constitucional de Lisboa, para que fossem resolvidos por ele. Além disso, embora no Código de Processo Administrativo de Macau esteja disposto o processo contra as infracções jurídicas abstractas, os cidadãos não podem apresentar o acto processual contra as infracções a disposições estabelecidas na lei fundamental. Assim, tem sido excluída realmente a possibilidade de cidadãos apresentarem nos termos da lei seus actos processuais contra infracções à Lei Básica. Como superar estes obstáculos jurídicos é o problema que os tribunais de Macau devem resolver primeiramente. Para o efeito, os tribunais de Macau sublinham que o retorno de Macau à Pátria tem trazido mudanças fundamentais à ordem política de Macau; já que o seu poder de interpretação da Lei Básica tem sido concedido pela Assembleia Popular Nacional, a ordem constitucional anteriormente existente não pode restringir a esfera de competência judicial dos tribunais, que já tem sofrido mudanças consideráveis, razão por que eles, os tribunais de Macau, podem exercer completamente o poder de interpretação da Lei Básica. Quanto à opinião de que em Macau não existe o procedimento processual independente da Lei Básica, os tribunais de Macau consentem-na, considerando também que sob o actual quadro regimental é impossível os cidadãos de Macau tentarem desafiar as supracitadas disposições jurídicas abstractas, apresentando o processo contra infracções à Lei Básica e que só os pedidos apresentados relativamente aos conflitos respeitantes a direitos e deveres concretos podem ser julgados pelos tribunais¹⁴. No as-

¹⁴ Veja-se o Julgamento dos Acórdãos n.º 9/2006 do Tribunal de Última Instância de Macau.

pecto da eficácia jurídica, o julgamento dos tribunais de Hong Kong tem a função do “precedente”, tendo a força restritiva jurídica em relação aos casos semelhantes posteriores. Por isso, a interpretação de um tribunal de Hong Kong sobre a Lei Básica pode ser seguido geralmente pelos outros tribunais de acordo com o regime do precedente judicial. Mas, os tribunais de Macau, para confirmar a eficácia geral da interpretação de um tribunal sobre a Lei Básica, necessitam de aprovar um “parecer judicial unificado”; caso contrário, a interpretação deste tribunal sobre a Lei Básica só tem força restritiva em relação ao caso específico, não exercendo nenhum efeito sobre as interpretações diferentes sobre a mesma disposição na Lei Básica, feitas por outros tribunais nos diferentes casos; é claro que cada tribunal, seguindo o seu próprio princípio de unificação do sistema jurídico, adopta normalmente a atitude idêntica às suas interpretações feitas em diferentes tempos¹⁵.

A prática judicial nas regiões de Hong Kong e de Macau mostra que a maioria dos casos de apreciação judicial tem sido respeitada e executada. Mesmo os casos que julgaram que o Governo tinha perdido o pleito também receberam resposta positiva dele e não a recusa simples. Por exemplo, tribunais de Macau julgaram várias vezes a invalidade de regulamentos administrativos por falta de fundamentos jurídicos. Apesar de estes julgamentos terem produzido bastantes repercussões na sociedade de Macau, o Governo não lhes resistiu passivamente, mas deu respostas positivas, tendo apresentado à Assembleia Legislativa o projecto legislativo do Relacionamento entre a Lei e os Regulamentos Administrativos, com o objetivo de esclarecer, através da forma legislativa, a posição, natureza, conteúdo e legalidade dos regulamentos administrativos. Apesar de assim as divergências relacionadas terem sido transferidas do tribunal para a Assembleia Legislativa, no fim de contas, estas práticas desempenham um papel positivo no aperfeiçoamento do sistema jurídico de Macau e contribuem para o crescimento da sociedade de Macau, governada nos termos da lei.

O acima exposto mostra que o mecanismo de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau não só contém o regime de interpretação da lei vigente da China, mas também corresponde à exigência do

¹⁵ Veja-se o Julgamento dos Acórdãos n.º 223/2005 do Tribunal de 2.ª Instância de Macau; o Julgamento dos Acórdãos n.º 28/2006 do Tribunal de Última Instância de Macau.

constitucionalismo contemporâneo, tendo determinada natureza criada. Contém pelo menos os seguintes temas:

1) O mecanismo de apreciação das Lei Básicas de Hong Kong e de Macau reflecte a necessidade e viabilidade da governação jurídica no relacionamento entre as Autoridades Centrais e as locais

Para o Governo Central, o mecanismo de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau manifesta no máximo as superioridades e características da governação normalizada. Na política tradicional da China, os controlos das Autoridades Centrais sobre as locais incluíam principalmente o controlo dos assuntos relativos ao pessoal e o controlo das finanças, apoiando-se na confiança política de cima para baixo para a realização dos diversos assuntos do Estado. Mas, as consequências negativas trazidas pelos únicos controlos dos assuntos relativos ao pessoal e das finanças tanto às Autoridades Centrais como às locais eram crónicas da política tradicional da China. O regime de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau garante, através da governação nos termos da lei, tanto a autoridade central como a autonomia local. A interpretação das Autoridades Centrais sobre a Lei Básica é completa e suprema, mas permite, através da concessão de poderes, aos tribunais locais conseguirem a autonomia judicial máxima. Este regime normalizado faz com que o Governo Central possa restringir, recorrendo eficazmente às condições regimentais, os actos de desvio dos tribunais locais; entretanto, os tribunais também podem recuperar o senso com base no reconhecimento do regime, reconhecendo a autoridade suprema e dignidade do Governo Central. Aparentemente, este tipo de diálogo faz algazarra, mas resolve decorosamente, de modo aberto e normalizado, as divergências e disputas. Este é um progresso importante do desenvolvimento político da China.

2) O mecanismo de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau formula exigências respectivamente para o desenvolvimento regimental das Autoridades Centrais e das locais

Para as Autoridades Centrais é necessário fazer crítica séria aos grandes tumultos provocados pelo regime de interpretação do Comité Per-

manente da Assembleia Popular Nacional sobre as Leis Básicas de Hong Kong e de Macau. Por outras palavras, o Governo Central deve criticar como reforçar a normalização e características da interpretação do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional. Por exemplo, no aspecto do procedimento, é necessário resolver os problemas de como aumentar a transparência e abertura e de como seguir o mais possível certos modelos judiciais para tratar as disputas relacionadas; no aspecto respeitante ao pessoal, é conveniente pensar que o pessoal responsável pela interpretação da Lei Básica seja relativamente fixo e seja seleccionado de acordo com o seu nível profissional e a sua posição neutra, de modo a que se consolide a natureza e qualidade judicial da interpretação da Lei Básica. Para as regiões de Hong Kong e de Macau, apesar de terem começado a executar o regime de apreciação judicial recorrendo às condições políticas fornecidas pelo princípio “um País, dois sistemas”, é-lhes digno de séria consideração o problema de como desempenhar o papel activo de apreciação judicial no desenvolvimento do constitucionalismo e seu tratamento. Esta não só é a necessidade do desenvolvimento político das regiões de Hong Kong e de Macau, mas também é a necessidade de imitação incontornável para o crescimento do constitucionalismo do Estado. Para as regiões de Hong Kong e de Macau, a maior inadaptação reside talvez em como operar o procedimento de apresentação dos pedidos ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional. A característica de passividade judicial faz com que os tribunais das regiões de Hong Kong e de Macau faltem ao costume de comunicação activa com os ramos legislativo e administrativo; entretanto, nos assuntos concretos também podem ocorrer fenómenos de tribunais não apresentarem, por sua iniciativa, o pedido para a interpretação devido a diferentes compreensões. Por isso, talvez esteja por estudar cuidadosamente o problema de que maneira é necessário adoptar para apresentar ao Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional o pedido para a sua interpretação.

III. Caminho constitucional da China iniciado em localidades

Nos últimos cem anos, os chineses têm compreendido gradualmente que o constitucionalismo não só necessita de uma constituição com conteúdo relativo à democracia, ordenamento jurídico e direitos humanos, mas também precisa de um mecanismo prático efectivo. Só uma

constituição que os cidadãos possam utilizar eficazmente pode trazer o constitucionalismo. Neste sentido é digno de atenção a prática constitucional local, porque esta prática contribui para o cultivo, nos cidadãos, da consciência constitucional, formando-se assim o costume de tratar os assuntos públicos conforme o princípio de governação nos termos da lei. De facto, a partir da reforma e abertura ao exterior, as actividades constitucionais democráticas em unidades de nível básico desenvolveram rapidamente; a força popular está a impulsionar fortemente o desenvolvimento constitucional do Estado. Este desenvolvimento manifesta-se principalmente nos seguintes aspectos:

1. A governação democrática tem-se tornado um meio importante da administração de base das cidades e das regiões rurais

Nas regiões rurais, está a ser completamente promovida a eleição do comité dos aldeões e o regime autónomo dos aldeões de acordo com a Lei Orgânica do Comité dos Aldeãos, promulgada oficialmente pela Assembleia Popular Nacional em 1998, o que marca que as gentes têm começado a pedir eleições directas democráticas, incluindo a recomendação e eleição pública do secretário do comité de comarca ou de vila do Partido Comunista da China e a recomendação e eleição pública dos dirigentes de nível distrital. Na comarca de Buyun do município de Suining da província de Sichuan, realizou-se, respectivamente em 1998 e em 2001, a reforma da eleição directa do chefe de comarca. Em 2002, em 40% das comarcas e vilas da província de Sichuan, realizou-se a reforma da eleição competitiva do chefe de comarca ou vila e do secretário de comarca ou vila do Partido Comunista da China¹⁶. Nas cidades, a maneira habitacional de tipo comunitário com as residências comerciais como corpo principal tem cortado a ligação tradicional entre os moradores; a autonomia comunitária de novo tipo baseada no princípio de os cidadãos gozarem igualmente da propriedade privada é diferente do modelo de administração autónoma do comité dos residentes anteriormente existente¹⁷. A acção de participação dos proprietários na decisão dos

¹⁶ Lai Hairong: “Desenvolvimento das Eleições Competitivas em Comarcas e Vilas da Província de Sichuan”, artigo publicado na revista *Estratégia e Gestão*, 2003, n.º 2.

¹⁷ O Comité dos Residentes era anteriormente instalado pelo Estado e desempenhava as funções designadas pelo órgão administrativo superior, sendo por isso um modelo de

assuntos públicos é, em grande medida, o processo da consulta democrática, competência e cedência; neste processo, as gentes sentem realmente vantagens e desvantagens da democracia e treinam-se em relação à consciência regrada e ao espírito de igualdade.

2. Os cidadãos fazem mais e mais acções de protecção dos seus direitos, tentando despertar as disposições sobre os direitos estabelecidos na Constituição

Em 2001, o caso de Qi Yuling abriu o prelúdio da protecção dos direitos nos termos da Constituição. Quanto a este caso, o Tribunal Popular Supremo fez a interpretação judicial, indicando que quem violasse, por meio da violação do direito ao apelido e nome, os direitos básicos dos cidadãos a serem educados, protegidos pela Constituição, assumiria a responsabilidade civil. Posteriormente ocorreu uma série de casos relativos à protecção dos direitos nos termos da Constituição, tais como o caso de um estudante do curso do ensino secundário complementar ter demandado o Ministério da Educação e o caso de um portador de vírus de hepatite B ter pedido a apreciação da violação constitucional. No seguimento do caso de Sun Zhigang, as gentes começaram sucessivamente a apresentar a exigência sobre a apreciação da violação constitucional em relação a diversos diplomas legais, regulamentos e outros tipos de documentos normalizados.

No entanto, a apreciação dirigida para estes actos não ocorreu no tempo indicado. Apesar de neste período o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional ter instalado o Gabinete de Arquivamento da Apreciação Judicial e estudiosos terem chamado com entusiasmo este acontecimento “começo da época constitucional da China”¹⁸, o dito caso de Qi Yuling é apenas semelhante ao “caso do médico Bonham” da Inglaterra e não ao “caso de Mabbori ter demandado Mydixon”, dos

administração “de cima para baixo”. Na comunidade residencial de casas comerciais, cada proprietário tem o direito de propriedade correspondente ao valor da sua própria casa; quanto à gestão dos bens e assuntos públicos, tais como as instalações de apoio e zonas verdes, que afectam o resultado do uso da sua própria casa, todos os proprietários manifestam elevado entusiasmo pela participação. O grau de participação dos cidadãos da comunidade na decisão dos assuntos públicos é muito mais alto em relação ao comité tradicional dos residentes.

¹⁸ Zhang Qianfan: “É o Começo da Época Constitucional da China?”, artigo publicado no *Diário do Sistema Jurídico*, 28 de Junho de 2004.

Estados Unidos, o que significa que a apreciação constitucional continua a distar de nós. Embora a China aceite a concepção sobre o valor livre e democrático do constitucionalismo, tem dificuldade na prática quanto ao regime de apreciação constitucional. Porque? Os modelos de apreciação constitucional que estão a ser discutidos, mais no círculo académico, são principalmente de dois tipos: tipo desconcentrado e tipo concentrado. O primeiro tipo designa principalmente o modelo de apreciação judicial dos Estados Unidos; conforme este modelo os tribunais comuns responsabilizam-se pela apreciação, nos casos concretos, da legalidade constitucional dos actos legislativos e administrativos, mas não podem declarar inválida, com carácter geral, a lei, e as suas sentenças judiciais sobre a violação constitucional só são válidas nos casos concretos. O segundo tipo divide-se ainda em dois subtipos: o modelo alemão e o modelo francês. O modelo alemão designa que o tribunal constitucional especial é responsável pela apreciação da legalidade constitucional dos actos legislativos, podendo deliberar concretamente os conflitos entre os cidadãos e o governo e podendo também apreciar abstractamente as disputas entre instituições governamentais; o modelo francês designa que o conselho constitucional especial realiza previamente a apreciação abstracta da lei a fim de pôr de parte a possibilidade de cidadãos desafiarem a lei¹⁹. O círculo académico considera em geral que sob o quadro da Constituição actualmente em vigor não é conveniente adoptar na China o modelo do tribunal comum, não só porque existe a possibilidade de ocorrerem conflitos de poder com outros órgãos estatais, mas também porque “tem sido demasiado estimada a capacidade dos órgãos judiciários da China”. Por isso, o círculo académico presta maior atenção ao problema de como estabelecer o regime de apreciação da violação constitucional, começando das Autoridades Centrais. No entanto, quer o aumento de funções do Tribunal Popular Supremo para a apreciação constitucional, quer o estabelecimento de um novo Comité Constitucional, talvez possa causar a suspeita sobre a ocorrência de conflitos com o actual sistema da Assembleia Popular Nacional. Se for assim, a promoção da reforma regimental tornar-se-á extraordinariamente difícil²⁰.

Neste caso, os mecanismos de apreciação das Leis Básicas das regiões de Hong Kong e de Macau podem ser considerados como um tipo

¹⁹ Zhang Qianfan: *Introdução da Teoria sobre a Constituição — Princípio e Aplicação*, Editora Jurídica, 2004, págs. 168-180.

²⁰ Zhang Qianfan: *Introdução da Teoria sobre a Constituição — Princípio e Aplicação*, Editora Jurídica, 2004, pág. 167.

de construção começada em localidades e fornecem, em certo sentido, o exemplo típico digno de referência à apreciação da Constituição da China. Especialmente a parte relativa à sua apreciação judicial tem funções inspirativas relativamente importantes para o estabelecimento do regime nacional de apreciação constitucional.

1. Pode-se tentar a criação da “zona especial judicial” em localidades e seleccionar as regiões adequadas onde se execute a título experimental o regime de apreciação judicial, acumulando-se experiências da apreciação constitucional nos casos diários

De início, a esfera de apreciação pode limitar-se aos casos relativos à garantia dos direitos básicos dos cidadãos estabelecidos na Constituição, visando-se primeiro alterar a compreensão das gentes sobre o programa político — a constituição e, depois, promover a implementação do regime de apreciação das infracções constitucionais na prática dos direitos públicos. Deste modo, aparentemente será mudada a esfera de atribuições vigentes do tribunal, mas na verdade será uma acção que só precisa de pequeno custo mas terá grande rendimento. Em primeiro lugar, contribuirá para o rasgamento do véu misterioso da constituição, permitindo ao interessado e ao tribunal experimentarem a função de garantia dos direitos estabelecidos na constituição. Desde a fundação da Nova China, a constituição aparece na vida social sempre com o aspecto de programa político ou de declaração, transformando-se finalmente numa constituição no papel, que ninguém se atreve a tocar. Este mistério constitucional desfavorece o desenvolvimento são da constituição; pelo contrário, aumenta muitas dúvidas desnecessárias. Na verdade, as várias revisões da constituição realizadas desde a reforma e abertura ao exterior permitem as gentes ver cada vez mais claramente que a constituição é decerto um produto evolutivo com a mudança das condições sócio-económicas e tem praticabilidade real, e o problema chave reside em levá-la a efeito, através do processo oficial e do regime normalizado. Em segundo lugar, contribuirá para o cultivo, nos juízes, da capacidade de interpretação da constituição. Na actual prática judicial, os juízes não só não interpretam a constituição, como ainda evitam intencionalmente problemas relativos à constituição. Se este fenómeno continuar, eles não poderão corresponder, em absoluto, às exigências da vida social. Por isso, é indispensável treinar conscientemente a capacidade dos juízes de interpretar a constituição. A

interpretação da constituição não deve apenas limitar-se ao seu próprio texto, mas deve concentrar-se principalmente na exploração do objectivo da legislação, cujo resultado deve ser expresso de modo razoável, a fim de estabelecer na sociedade o conceito da governação nos termos da lei e a imagem explícita do constitucionalismo. Em terceiro e último lugar, contribuirá para o fomento da formação do costume dos diversos ramos do poder estatal de actuar seguindo a constituição. A interpretação constitucional feita de modo processual possui as características de imagem vívida e impressão profunda para os diversos serviços governamentais. Entretanto, como a interpretação constitucional se refere à imagem social própria dos departamentos processuais, contribuirá para o reforço considerável da consciência dos diversos ramos do poder sobre a observância e obediência da constituição e para a promoção da governação das instituições estatais nos termos da lei.

2. Mantém-se o poder do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional de realizar a interpretação definitiva da constituição

Assim, por uma parte, com o mecanismo de interpretação central da constituição, pode-se controlar o fenómeno de descontrolo local a aparecer possivelmente e restringir rigorosamente a esfera e conteúdo da interpretação constitucional; por outra parte, pode-se iniciar eficazmente o regime de garantia e superintendência da constituição vigente, que não pode ser executado longamente, problema a que o círculo académico se refere frequentemente. A causa deste problema é principalmente a falta do mecanismo eficaz de iniciação. Apesar de na Lei em vigor estar estabelecido o mecanismo de apreciação das normas relacionadas, o resultado da sua prática mostra que só com a acção de auto-apreciação dos legisladores é difícil concretizar a meta da governação normalizada. Pelo contrário, nos mecanismos de apreciação das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau, só está incluído limitadamente o factor de apreciação judicial, mas este realizou várias acções de interpretação do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional apenas dentro dos 10 anos passados, o que demonstra que a apreciação constitucional local pode desempenhar, em certa medida, a função de efeito activo e estimular as gentes a explorar a meta da constituição e discutir calorosamente as disposições na Constituição, promovendo assim o desenvolvimento do seu espírito de normalização.

3. Modifica-se gradualmente a maneira de trabalho do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional relativamente à interpretação da Constituição, modelando-se pouco a pouco a sua função neste aspecto

De modo a que se forme um processo e conteúdo de apreciação relativamente independentes e completos, se estabilize o pessoal e procedimento relacionados e se reforce progressivamente a natureza judicial e independência do seu trabalho na matéria. Quando as condições forem maduras, poderá mesmo ser considerada a combinação deste mecanismo com o mecanismo de apreciação da Lei Básica, de modo a que a China se transforme num país com o sistema jurídico unificado, porque a instituição de apreciação constitucional deve ser, essencialmente, uma instituição judicial semelhante ao tribunal; a interpretação e o julgamento são basicamente tarefas judiciais; justamente tal como Marshal indicou: “Expor o que é a lei é a competência e responsabilidade dos órgãos judiciais.” No entanto, não é facto que todos os representantes legisladores saibam a técnica de interpretação judicial; mesmo que a saibam, os assuntos legislativos intensos não lhes permitem terem tempo suficiente para levar em consideração a interpretação e julgamento dos casos. Com a excepção de que para esta tarefa seja autorizada uma instituição de apreciação constitucional relativamente independente, talvez não haja ainda melhor solução²¹. Para a China, conceder aos órgãos judiciais mais atribuições e responsabilidades e treinar os trabalhadores judiciários para que tenham maior autonomia judicial e capacidade independente será talvez um dos passos a dar rumo à China constitucional.

²¹ Zhang Qianfan: *Introdução da Teoria sobre a Constituição — Princípio e Aplicação*, Editora Jurídica, 2004, pág. 181.

