

O problema da fiscalização da legislação dos regulamentos administrativos da RAEM

Guo Tianwu e Chen Xuezheng***

I. Introdução

As fontes do ordenamento jurídico original de Macau incluíam a lei, o decreto-lei, a portaria e o despacho. Portanto, o conceito de “regulamento administrativo”, que surge pela primeira vez na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (adiante designada Lei Básica), torna-se um conceito muito controvertido. Há estudiosos que consideram que o regulamento administrativo equivale à portaria ou ao despacho antes do retorno da soberania da RAEM e também há estudiosos que consideram que o regulamento administrativo é uma fonte nova de direito, além das fontes do ordenamento jurídico original da RAEM. Na interpretação do conceito de regulamento administrativo consagrado na Lei Básica, um juiz do Tribunal de Última Instância considera que tem origem no conceito de regulamento administrativo consagrado na Constituição da China e que tem o mesmo estatuto e as mesmas características do regulamento administrativo do interior da China. Há cinco lugares na Lei Básica onde surge a expressão de “regulamento administrativo”: o artigo 8.º sobre a não alteração básica do regime; o artigo 11.º sobre a não contrariedade das leis vigentes à Lei Básica; o artigo 50.º sobre as competências do Chefe do Executivo para elaborar regulamentos administrativos; o artigo 58.º sobre a consulta ao Conselho Executivo antes de definir regulamentos administrativos pelo Chefe do Executivo e o artigo 64.º sobre a elaboração dos regulamentos administrativos pelo governo. Embora todos os artigos utilizem a expressão “regulamento administrativo”, os sentidos e âmbitos referidos no “regulamento administrativo” não são todos iguais. O regulamento administrativo discutido no presente artigo refere-se apenas ao regulamento administrativo consagrado na alínea 5) do artigo 50.º, no artigo 58.º e na alínea 5) do artigo 64.º, nomeadamente, sendo

* Guo Tianwu, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Zhong Shan.

** Chan Xuezheng, estudante de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Zhong Shan, estudioso das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau e do Direito de Processo Penal.

um acto normativo que depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, devido à necessidade da administração, é produzido pelo governo da RAEM e promulgado pelo Chefe do Executivo.

Com a aplicação da Lei Básica, o sistema de predominância da administração desempenha um papel crítico na construção económica depois do retorno da soberania de Macau; todavia, também conduz ao problema da fiscalização e da restrição do poder executivo. Considerando, os regulamentos administrativos elaborados pelo Chefe do Executivo e o seu estatuto especial na RAEM, vê-se que todos os modos de fiscalização vigentes em Macau se manifestam insuficientes. Considerando ainda o Código de Processo Administrativo Contencioso e o Regime jurídico do enquadramento das fontes normativas internas (adiante designado Lei da Legislação de Macau), ambos da Região Administrativa Especial de Macau, embora envolvam os problemas do estatuto e da matéria dos regulamentos administrativos, falta-lhes claridade sobre o problema da fiscalização dos regulamentos administrativos elaborados pelo Chefe do Executivo; assim este problema não pode ser resolvido eficazmente. Tendo em vista esse estado actual, os autores vão procurar o caminho viável da fiscalização da legislação dos regulamentos administrativos nas actividades judiciais dos órgãos judiciais, conhecidos como “última linha de defesa da justiça social”, através da fiscalização e da restrição do poder executivo pelo poder judicial, garantindo a conformidade dos regulamentos administrativos com a Lei Básica, e prevenindo o abuso do poder do Chefe do Executivo.

II. Os Modelos Normais de Fiscalização da Legislação dos Regulamentos Administrativos da RAEM

1. Fiscalização da Legislação dos Regulamentos Administrativos Pelo Governo Central

Segundo o disposto na Lei Básica, o relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região Administrativa Especial é a relação entre as Autoridades Centrais e uma região local, sob a orientação da teoria “um país, dois sistemas”, com base na manutenção do sistema unitário do país, atribuindo as Autoridades Centrais à Região Administrativa Especial de Macau um alto grau de autonomia. No entanto, “a autonomia não pode ser ilimitada, desde que haja limites; não há ‘autonomia absoluta’, ‘auto-

nímia absoluta; significa ‘duas Chinas’, e não é uma China”¹. Portanto, a autonomia da Região Administrativa especial de Macau não pode ser autonomia e isolamento absolutos, deve sujeitar-se, a fiscalização necessária e razoável das Autoridades Centrais. Por um lado, o Chefe do Executivo é o chefe da RAEM, que é nomeado pelo Governo Central e responsável perante o Governo Central. Isso determina que o poder de elaboração dos regulamentos administrativos pelo Chefe do Executivo fica sujeito à fiscalização do Governo Central. O Governo Central pode emitir directrizes ao Chefe do Executivo, exigindo o “fazer cumprir as directrizes emanadas do Governo Popular Central em relação às matérias prevista nesta Lei”². Por outro lado, o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional possui o poder final de interpretação da Lei Básica; se houver controvérsia sobre se o regulamento administrativo está conforme com a Lei Básica, pode ser obtida a interpretação da Lei Básica por parte do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional, pois que o exercício do poder de interpretação da Lei Básica garante a não violação da Lei Básica pelos regulamentos administrativos e os regulamentos administrativos também se sujeitam à fiscalização da Assembleia Popular Nacional, como as leis da RAEM.

Portanto, a sujeição do poder de elaboração dos regulamentos administrativos do Chefe do Executivo à fiscalização das Autoridades Centrais é uma consequência inevitável da relação entre as Autoridades Centrais e a Região local; embora a Região Administrativa Especial de Macau goze de uma autonomia obviamente maior que outros lugares da China, as Autoridades Centrais têm o poder de fiscalizar as actividades do Chefe do Executivo para garantir a aplicação efectiva da Lei Básica em Macau.

A fiscalização dos regulamentos administrativos por parte das autoridades centrais pode ser um modo suplementar de fiscalização, não sendo fácil ter bons resultados a fiscalização quotidiana dos regulamentos administrativos. Em primeiro lugar, com base em considerações políticas, as Autoridades Centrais mantêm uma atitude modesta em relação aos problemas de Hong Kong e de Macau, raramente intervêm-se directamente; em segundo lugar, segundo a divisão das funções entre as Autoridades Centrais e a RAEM na Lei Básica, “a relação entre o regime do poder

¹ Antologia de Deng Xiaoping, vol. III, editora Renming, 1993, p.30.

² Vide artigo 50.º, alínea 12) da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.

político de todo o país e o regime do poder político local da Região Administrativa Especial é uma relação entre regime global e regime local, as Autoridades Centrais não interferem nos assuntos do âmbito da autonomia da Região Administrativa Especial³; assim assuntos locais da Região Administrativa Especial são administrados pela própria Região Administrativa Especial, não podendo as Autoridades Centrais interferir; em terceiro lugar, na fiscalização directa do Chefe do Executivo pelas Autoridades Centrais falta transparência, sendo difícil garantir a confiança de todas as pessoas; a fiscalização através da interpretação da Lei Básica por parte do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional não pode garantir o descobrimento oportuno e eficaz dos problemas; finalmente, quando o Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional descobre alguma inconformidade do regulamento administrativo com a Lei Básica, deve deferir qual o procedimento a seguir; declarar directamente a invalidade do regulamento administrativo, ou devolver para alteração como acontece nas leis aprovadas na Assembleia Legislativa; havendo falta de procedimentos concretos e operáveis, inevitavelmente, a situação conduz à confusão, sendo difícil concretizar.

2. A Fiscalização da Legislação dos Regulamentos Administrativos pela Assembleia Legislativa

“Para prevenir o abuso do poder, é necessário coordenar as coisas para restringir o poder por poder”. A restrição do poder executivo pelo órgão representativo representado pela soberania popular é o sentido devido da democracia moderna⁴; para um poder executivo que enfatiza a prevalência da eficiência e a obediência hierárquica, que domina grande quantidade de recursos sociais, se não houver um órgão de poder eficaz para restringir e corrigir oportunamente o poder executivo, e deixar o poder executivo expandir-se sem limites, a liberdade não existe, e dificilmente a democracia pode existir. Portanto, “num estado liberal, embora o poder legislativo não deva suprimir o poder executivo, aquele tem e deve

³ Xiao Weiyun, O regime de Chefe do Executivo é uma nova forma de poder local da Região Administrativa Especial de Macau sob o regime unitário, in *Colectânea dos Estudos das Ciências Sociais e Humanidades de Macau (Livro da Lei Básica)*, compilação: Luo Weijian, Wang Yu, editora Social Sciences Academic Press, 2009, p.223.

⁴ Montesquieu, *L'Esprit des Loix*, vol. I, editora Comercial Press, 2010, p.172.

ter o poder de fiscalizar a situação de execução das leis por si aprovadas.”⁵ A fiscalização do poder executivo pelo órgão legislativo democraticamente eleito é a realização da restrição do poder pelo poder, é normal nos estados de direito. A fiscalização dos regulamentos administrativos pela Assembleia Legislativa tem o seu razoável fundamento de existência. Mas, este modelo de fiscalização na RAEM tem alguns limites.

Em primeiro lugar, quanto aos estatutos da Assembleia Legislativa e do Chefe do Executivo, a Lei Básica estabelece o sistema político de predominância da administração, o Chefe do Executivo não é apenas o chefe do governo da RAEM, mas também o chefe da RAEM, representando a RAEM, com estatuto de excelência, gozando de amplos poderes. O sistema de predominância da administração em Macau conduz a que o Chefe do Executivo tenha predomínio esmagador sobre a Assembleia Legislativa, como as competências de assinar os projectos e as propostas de lei aprovados pela Assembleia Legislativa e mandar publicar as leis; se o Chefe do Executivo da RAEM considerar que um projecto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa não está de acordo com o interesse geral da Região Administrativa Especial de Macau, pode devolvê-lo à Assembleia Legislativa, no prazo de 90 dias, com uma exposição escrita das razões da recusa da assinatura, para nova apreciação, até podendo dissolver a Assembleia Legislativa. Portanto, os estatutos da Assembleia Legislativa e do Chefe do Executivo determinam a limitação e a dificuldade de fiscalização do Chefe do Executivo por parte da Assembleia Legislativa.

Em segundo lugar, quanto à matéria e à força das leis e dos regulamentos administrativos, a Lei de Legislação de Macau estabelece o âmbito de disciplina dos actos normativos em Macau. Os regulamentos administrativos incluem dois tipos: regulamento administrativo independente do Chefe do Executivo; regulamento administrativo complementar do Chefe do Executivo. O regulamento administrativo independente é elaborado pelo Chefe do Executivo directamente, de acordo com a Lei Básica e não elaborado segundo autorização das leis ordinárias, podendo criar disciplina primária e originária relativamente a matérias não disciplinadas por lei. O artigo 7.º da Lei da Legislação de Macau consagra sete alíneas sobre as matérias que podem ser objecto de regulamento administrativo independente. Segundo o artigo 5.º, compete à Assembleia Legislativa fa-

⁵ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, vol. I, editora Comercial Press, 2010, p.166.

zer, alterar, suspender e revogar leis sobre “quaisquer matérias” do âmbito da autonomia da RAEM. Fazendo uma interpretação literal, os regulamentos administrativos não têm o seu âmbito autónomo de disciplina; todavia, considerando o sistema de “predominância da administração” da RAEM na interpretação, é razoável que o regulamento administrativo independente tenha os seus assuntos reservados. De acordo com o artigo 75.º da Lei Básica, os projectos de lei e de resolução que envolvam receitas e despesas públicas, a estrutura política ou o funcionamento do Governo, não podem ser apresentados por deputados à Assembleia Legislativa; a apresentação de projectos de lei e de resolução que envolvam a política do Governo deve obter prévio consentimento escrito do Chefe do Executivo. Daí se vê que a Lei Básica atribui materialmente aos regulamentos administrativos assuntos relativamente reservados; normalmente, os regulamentos administrativos e as leis têm respectivamente matérias disciplinadas relativamente autónomas, as leis não podem abranger e dirigir todas as disposições dos regulamentos administrativos e ajuizar a validade dos regulamentos administrativos. Além disso, embora o n.º 2 do artigo 3.º da Lei de Legislação estabeleça que as leis prevalecem sobre todos os demais actos normativos internos, a análise conjugada com o n. 1º revela que o princípio do primado da lei é relativo, não é absoluto, porque um acto normativo só é válido quando está conforme com a Lei Básica. Nomeadamente, quando um regulamento administrativo independente e uma lei regulam a mesma matéria, se a lei aprovada pela Assembleia Legislativa contrariar à Lei Básica e o regulamento administrativo elaborado pelo Chefe do Executivo contrariar esta lei mas estiver conforme com a Lei Básica, como se pode declarar a sua invalidade por causa de o regulamento administrativo contrariar a lei? Obviamente não. Assim, o primado da Lei Básica de Macau é absoluto e o primado da lei é condicional. Quando o regulamento administrativo não corresponder à lei, não se pode ajuizar o quanto é válido directamente de acordo com a lei; o último critério de juízo deve ser a conformidade com a Lei Básica.

III. A Possibilidade de Fiscalização da Legislação dos Regulamentos Administrativos Pelos Tribunais da RAEM

Em síntese, na fiscalização interna entre hierarquias superior e inferior, na fiscalização do Chefe do Executivo por parte do Governo Central falta transparência e eficácia; na fiscalização dos regulamentos administra-

tivos pelas leis aprovadas pela Assembleia Legislativa, embora hoje correspondência com o sentido da democracia moderna, porque normalmente os regulamentos administrativos não podem contrariar às leis, o primado da lei em Macau não é absoluto, a independência relativa nas matérias das leis e dos regulamentos administrativos conduz a que a fiscalização por parte das leis não possa abranger todos os regulamentos administrativos. Assim, relativamente ao problema de fiscalização da legislação dos regulamentos administrativos, podemos procurar outro caminho?

1. Análise do conceito de Fiscalização de Conformidade com a Lei Básica

“O pressuposto básico de constitucionalismo é o governo dever sujeitar-se às restrições, estas restrições são consideradas sagradas nas exigências dos direitos humanos comuns que não podem ser violados pela intervenção do governo.”⁶ Porém, “só há constituição não pode haver constitucionalismo, só há constitucionalismo quando a constituição é aplicada realmente.”⁷ Para a aplicação real da constituição, a dependência somente do cumprimento consciente e da auto-supervisão do órgão executivo não é obviamente convincente. Portanto, o respectivo regime de apreciação, de fiscalização de um determinado acto controvertido do poder público sobre a sua conformidade com as leis superiores, sobretudo a sua conformidade com a constituição, por um órgão determinado autorizado ou reconhecido pela constituição, segundo um processo legal, de acordo com as respectivas normas constitucionais, inevitavelmente tem uma função importantíssima num estado de direito. Como “o poder menos perigoso”, as características intrínsecas do poder judicial fazem o poder mais provável para garantir o cumprimento da justiça, é mais adequado restringir o poder legislativo e o poder executivo. “O constrangimento numa posição neutra sobre o poder legislativo e o poder executivo bastante agressivos e expansionistas desfaz o desvio desses poderes da justiça”⁸. Há muitas

⁶ Stefan Von Senger Etterlin, “*Extractos da Discussão do Seminário do Constitucionalismo Comparativo da Europa*”, tradução: Ping Ping, in “*Estudos Comparativos de Direito Constitucional*”, compilação: Grupo de Estudos Comparativos de Direito Constitucional, editora Shandong Renmin, 1993, p.139.

⁷ Tong Zhiwei, Jiang Guangwen, “*O sistema da fiscalização da inconstitucionalidade no Japão e a sua revelação*”, in *Comentários Jurídicos*, 2005, n.º 4, p. 110-117.

⁸ *Do Poder Judicial*, compilação: Wang Xigen, editora Universidade de Wu Han, 2006, p.19.

dissertações académicas sobre este assunto. Em resumo, as funções principais de fiscalização dos actos normativos, como as leis e os regulamentos administrativos, sobre a sua conformidade com as leis superiores pelos órgãos judiciais incluem a defesa da uniformidade do direito; a eliminação dos conflitos e contradições no interior do sistema jurídico de um país; a supervisão da implementação da constituição, a garantia do exercício do poder público segundo a lei; a defesa e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, a prevenção da violação dos direitos fundamentais dos cidadãos por actos de poder público inadequados, etc.

O que vale aqui chamar a atenção é para as denominações utilizadas entre os países sobre este regime que não são todas iguais, o conceito deste regime também é difícil de uniformizar entre os estudiosos da China. Os respectivos conceitos como fiscalização da inconstitucionalidade, fiscalização da constituição, fiscalização da constitucionalidade, fiscalização judicial, supervisão da constituição, entre outros, são sempre misturados uns com entre si⁹. No início, os estudiosos normalmente chamam-lhe “supervisão da constituição” de acordo com os respectivos artigos da Constituição vigente na China, procurando o ponto de partida dentro do âmbito do sistema actual da China, para evitar uma oposição demasiada deste conceito na China¹⁰. Depois, devido às influências das teorias e práticas do direito constitucional estrangeiro, cada vez mais estudiosos chamam-lhe “fiscalização da inconstitucionalidade”¹¹. Nos anos recentes, alguns estudiosos até propõem o conceito de “fiscalização da constitucionalidade”¹².

⁹ Vide *Direito Constitucional*, compilação: Zhou Yezhong, editora Ensino Superior, 2005, p.414.

¹⁰ Numerosos livros na China utilizam a expressão “supervisão da constituição” e arrumam e estudam o seu conteúdo e respectivo regime. Por exemplo, Hu Jinguang, *Estudos do Problema Constitucional da China*, editora Xin Hua, 1998, p.173-234; e Li Zhong, *Da Supervisão de Constituição*, editora Social Sciences Academic Press, 2002.

¹¹ Wang Zhenmin, *O Regime da Fiscalização de Inconstitucionalidade na China*, editora Universidade da Ciência Política e do Direito da China, 2004; Lin Guanghua, *Estudos Comparativos do Regime de Fiscalização da Inconstitucionalidade*, editora Social Sciences Academic Press, 2004; as teses são imensas, por exemplo, Jiang Feng, “A fiscalização de inconstitucionalidade: uma palha para salvar a vida?”, in *Tribuna do Direito e da Política*, 2010, n.º 1; Mou Xiankui, “A ideia e as funções do regime de fiscalização de inconstitucionalidade”, in *Colectânea de Teses Dong Yue*, 2010, n.º 8.

¹² V.g. Ji Weidong, “A fiscalização da constitucionalidade e o fortalecimento do poder judicial”, in *Ciências Sociais da China*, 2002, n.º 2.

Normalmente, o conceito correspondente a “fiscalização de inconstitucionalidade” no sistema ocidental é “Constitutional Review”; porém, do ponto de vista de tradução de palavras, “Constitutional Review” no contexto ocidental é difícil ou não pode corresponder directamente a “fiscalização da inconstitucionalidade”. “Constitutional” pode ser traduzido por “constitucional (de constituição)” ou “constitucional (conforme com a constituição)”, apenas do ponto de vista de palavra, realmente, não é possível corresponder a “inconstitucionalidade”. A tradução directa de “Constitutional Review” para “fiscalização da constituição”, ou no sentido metodológico a tradução para “fiscalização da constitucionalidade” têm a sua razoabilidade, não havendo grande diferença. Contudo, a fiscalização da constitucionalidade e a fiscalização da inconstitucionalidade não apenas têm diferença significativa na tradução acima referida, como são completamente diferentes na metodologia. A escolha diferente dos métodos de “inconstitucionalidade” ou “constitucionalidade” vai conduzir finalmente a resultados muito diferentes do mesmo caso constitucional. O conceito de “fiscalização da inconstitucionalidade” não pode abranger completamente todo o conteúdo de “fiscalização da constitucionalidade”; só no processo de fiscalização da constitucionalidade surge a situação de “inconstitucionalidade significativa” e depois é que há a “fiscalização da inconstitucionalidade”, pondo em jogo as respectivas funções¹³.

Quanto a outros conceitos relacionados, segundo *The American Law Dictionary*, *Judicial Review* refere-se à fiscalização dos actos de outros órgãos de poder público por parte dos tribunais para determinar se é um poder dentro dos limites de constituição *Judicial Review* autoriza os tribunais a fiscalizar os actos dos órgãos estatais; estes actos incluem os actos dos órgãos legislativos e os dos órgãos administrativos, e quando necessário, declara a inconstitucionalidade destes actos¹⁴. Portanto, de facto, o conteúdo do conceito de *Judicial Review* inclui não apenas a fiscalização

¹³ Vide, Wang Shucheng, “A presunção de constitucionalidade e o conhecimento do conceito de ‘Fiscalização da Constitucionalidade’ – do ponto de vista da metodologia”, in *Ciências Sociais de Zhe Jiang*, 2011, n.º 1. Nos anos recentes, surgem muitas teses sobre “fiscalização da inconstitucionalidade” e análise do respectivo conceito, v.g., Hu Jingguang, “‘Fiscalização da Inconstitucionalidade’ e análise do respectivo conceito”, in *O Direito*, 2006, n.º 3; Li Na, “A análise do conceito de ‘Fiscalização da Inconstitucionalidade’”, in *Boletim do Instituto Político de Juventude da China*, 2005, n.º 5.

¹⁴ Peter G. Renstrom, *The American Law Dictionary*, editora Universidade da Ciência Política e do Direito da China, 1998, p. 20-21.

judicial dos actos administrativos no sentido do direito administrativo, mas também a fiscalização judicial dos actos normativos no sentido do direito constitucional, no qual os sujeitos são os tribunais comuns. O sentido original de “fiscalização da inconstitucionalidade” refere-se normalmente a fiscalização da inconstitucionalidade (unconstitutionality) da legislação por parte dos órgãos competentes de fiscalização sob o pressuposto de presunção de violação de constituição, e depois, a decisão de que é ou não é inconstitucional (unconstitutional)¹⁵. Deve dizer-se que o conteúdo de *Judicial Review* é mais abrangente que *Constitutional Review*, e neste artigo, o acto de fiscalização da legislação dos regulamentos administrativos por parte dos órgãos judiciais da RAEM refere-se especialmente à actividade de fiscalização dos actos normativos v.g. os regulamentos administrativos por partes dos órgãos judiciais da RAEM, sobre a sua conformidade com as leis superiores, sobretudo a Lei Básica. Não é adequado aplicar simplesmente o conceito americano de *Judicial Review*.

Em Macau, alguns estudiosos chamam à Lei Básica “mini constituição”¹⁶. Pode afirmar-se que na RAEM, a Lei Básica tem um estatuto fundamental inabalável, a Lei Básica tem de ser aplicada efectivamente. No entanto, na China só há uma constituição, é a Constituição da República Popular da China, a Constituição é a lei fundamental da China, que também é aplicada na RAEM, a Lei Básica é elaborada segundo a Constituição, cujo estatuto em Macau é indubitável; contudo, se se chamar o acto ou o regime da fiscalização dos regulamentos administrativos por parte dos órgãos judiciais de Macau como “fiscalização da inconstitucionalidade” por causa disso, inevitavelmente vai causar mal-entendido.

¹⁵ Wang ShuCheng, “O conhecimento dos conceitos de presunção da constitucionalidade e ‘Fiscalização da Constitucionalidade’ – do ponto de vista da metodologia”, in *Ciências Sociais de Zhe Jiang*, n.º 1, 2011.

¹⁶ Há estudioso que aponta no seu artigo: as duas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau são produtos de “um país, dois sistemas”, elas não têm constituição, rigorosamente, não têm sistemas autónomas de fiscalização da inconstitucionalidade; porém, as Leis Básicas destas Regiões Administrativas Especiais são realmente “mini-constituição” delas; portanto, em certo sentido, também se pode dizer que as Regiões Administrativas Especiais têm “regime de fiscalização da inconstitucionalidade” com características próprias. Vide, Liu Songshan, “A utilização dos regimes de fiscalização da inconstitucionalidade das Regiões Administrativas Especiais como referência para o Interior da China”, in *Comentário Jurídico do Globo*, 2007, n.º 5.

Em síntese, os autores consideram que para garantir a implementação correcta da Lei Básica em Macau e para prevenir o abuso do poder pelo Chefe do Executivo, é necessário estabelecer o regime de fiscalização de conformidade com a Lei Básica com características próprias de Macau. Este regime deve ser chamado regime de “fiscalização de conformidade com a Lei Básica”; o poder correspondente do órgão judicial chama-se poder de fiscalização de conformidade com a Lei Básica.

2. Poder de Fiscalização de Conformidade com a Lei Básica – O nó lógico do Poder de Interpretação da Lei Básica.

A Lei Básica não tem qualquer dispositivo explícito sobre o problema da fiscalização dos regulamentos administrativos, se os tribunais de Macau gozam ou não do poder de fiscalização dos regulamentos administrativos; assim, a resposta deve ser procurada na Lei Básica. Embora a Lei Básica não tenha dispositivo explícito relativo ao poder de fiscalização dos tribunais sobre a conformidade com a Lei Básica, porém, não nega esse poder; por isso, é necessário procurar a resposta através da análise geral da Lei Básica.

Segundo o artigo 143.º da Lei Básica, “O Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional autoriza os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau a interpretar, por si próprio, no julgamento dos casos, as disposições desta Lei que estejam dentro dos limites da autonomia da Região”. No entanto, o gozo do poder de interpretação da Lei Básica significa o gozo do poder de fiscalização de outras leis sobre a sua conformidade com a Lei Básica? Neste lógica, não há uma ligação necessária. Deve dizer-se que o poder de interpretação da Lei Básica é pressuposto da fiscalização da conformidade dos regulamentos administrativos com a Lei Básica; porém, com o poder de interpretação, não pode derivar necessariamente a existência do poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica. Conjugando com o n.º 2 do artigo 11.º da Lei Básica, a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau goza o estatuto mais alto em Macau, nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou acto normativo pode contrariar a Lei Básica. Com base nisto, pode considerar-se que as leis e os diplomas legais que contrariam o disposto na Lei Básica não podem ser aplicados. Dado que os tribunais de Macau gozam do poder de interpretação da Lei Básica, necessariamente, podem

interpretar se os regulamentos administrativos são contrários à intenção da Lei Básica; se descobrirem que os regulamentos administrativos não estão conformes com a Lei Básica, naturalmente, estes não podem ser aplicados. No entanto, se os tribunais podem ou não declarar a invalidade dos regulamentos administrativos, uma resposta clara não se encontra na Lei Básica.

A Lei Básica atribui aos tribunais de Macau o poder de interpretação no âmbito da autonomia, embora isso não possa significar o poder de fiscalização dos regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica pelos tribunais de Macau mas, pelo menos, pode garantir que a Lei Básica não impede o exercício do respectivo poder pelos tribunais, e reserva o espaço necessário para os tribunais desempenharem esta função. Como fundador do regime de fiscalização da constitucionalidade, a Constituição dos Estados Unidos também não estipula claramente o poder de fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais; dispõe apenas no n.º 2 do artigo 6.º da Constituição: “esta constituição e as leis dos Estados Unidos aprovadas de acordo com a constituição, e as convenções contraídas ou a contrair segundo a autoridade dos Estados Unidos são leis supremas de todo o país, mesmo que contrariem a constituição ou as leis de qualquer estado; os juizes de qualquer estado são obrigados a cumpri-las”. Nomeadamente, a Constituição tem a autoridade mais elevada. Igualmente, em Macau, porque nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou acto normativo da RAEM pode contrariar a Lei Básica¹⁷, existe a possibilidade do exercício do poder de fiscalização dos regulamentos administrativos por parte dos tribunais nos processos de julgamento através da interpretação da Lei Básica.

3. A Tradição Judicial – A Observação do Ponto de Vista da História

As opiniões que suportam o poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica pelos tribunais de Macau consideram que, de acordo com o n.º 2 do artigo 19.º da Lei Básica, “os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau têm jurisdição sobre todas as causas judiciais na Região, salvo as restrições à sua jurisdição que se devam manter, impostas pelo ordenamento jurídico e pelos princípios anteriormente vigen-

¹⁷ Vide o artigo 11.º da Lei Básica.

tes em Macau”. Os tribunais de Macau, antes do retorno da soberania, tinham o poder de fiscalização da constitucionalidade, portanto, depois do retorno da soberania de Macau, devem gozar do poder de fiscalização dos actos legislativos e dos regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica.

Embora os tribunais comuns de Macau não pudessem exercer o poder final de fiscalização da inconstitucionalidade como o Tribunal Constitucional de Portugal, de acordo com o artigo 207.º da Constituição da República Portuguesa, nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, os tribunais de Macau também tinham o poder de recusa da aplicação de leis contrárias à Constituição. Este dispositivo foi repetido no decreto-lei n.º 17/92/M; qualquer tribunal de Portugal pode, segundo a Constituição da República, pôr em dúvida qualquer lei sobre a sua conformidade com a Constituição e recusar a aplicação da lei contrária à Constituição. O mesmo acontecia também nos tribunais de Macau antes do retorno da soberania de Macau. Depois, o Decreto do Presidente da República n.º 118-A/99 estipula claramente que, “sem prejuízo do disposto relativo às limitações do poder judicial dos tribunais de Macau nos artigos 11.º, n.º 1, alínea e), 20.º, n.º 3, 30.º, n.º 1, alínea a), e 40.º, n.º 3, todos do Estatuto Orgânico de Macau, os tribunais de Macau são investidos na plenitude e exclusividade de jurisdição a partir de 1 de Junho de 1999.” Nomeadamente, os tribunais de Macau possuíam o poder exclusivo originalmente pertencente ao Tribunal Constitucional de Portugal, excepto quando o governador de Macau ou a Assembleia Legislativa considerasse que o acto normativo emanado da outra parte contrariava a Constituição ou o Estatuto Orgânico de Macau; nestes casos haveria possibilidade de interpor acção no Tribunal Constitucional de Portugal. Portanto, salvo o caso de interposição de acção no Tribunal Constitucional de Portugal por parte do governador de Macau ou da Assembleia Legislativa, os tribunais deviam ter o poder de julgar o pedido de fiscalização da inconstitucionalidade suscitado no processo pelos interessados.

Embora tivesse havido mudança substancial do regime jurídico e da organização dos tribunais depois do retorno da soberania de Macau, o sistema original de fiscalização da constitucionalidade não pode ser aplicado

ao sistema judicial actual sem qualquer alteração; a tradição histórica criou uma condição crítica para a sobrevivência e o desenvolvimento em Macau do sistema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica.

4. As Práticas em Primeiro – A Exploração dos Tribunais da RAEM

Segundo o Código de Processo Administrativo Contencioso de Macau, os tribunais possuem o poder de fiscalização dos actos dos órgãos administrativos; os tribunais da RAEM têm o poder de fiscalizar os regulamentos administrativos sobre a sua legalidade e quando as condições forem satisfeitas, declarar a perda de força obrigatória geral da norma ilegal contida no regulamento administrativo¹⁸. Daí se vê que o poder de fiscalização dos actos dos órgãos administrativos pelos tribunais de Macau inclui não apenas a fiscalização da legalidade dos actos administrativos, mas também a fiscalização dos actos normativos como os regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com as leis e a Lei Básica.

Nas práticas judiciais, quatro acórdãos do Tribunal de Segunda Instância e do Tribunal Administrativo de Macau em 2006, e a revogação de um acórdão do Tribunal de Segunda Instância pelo Tribunal de Última Instância em 2007 destacam o problema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica por parte dos tribunais da RAEM. O ponto de vista de que os tribunais da RAEM gozam do poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica, e podem declarar a ilegalidade dos regulamentos administrativos é enfatizado nos acórdãos¹⁹. Por exemplo, o acórdão n.º 223/2005 com 73 páginas do Tribunal de Segunda Instância considera

¹⁸ O artigo 88.º do Código de Processo Administrativo Contencioso de Macau estipula: A impugnação de normas tem por finalidade a declaração de ilegalidade, com força obrigatória geral, de norma contida em regulamento administrativo. O artigo 90.º estipula: A declaração de ilegalidade pode ser pedida quando a norma tenha sido julgada ilegal por qualquer tribunal em três casos concretos ou quando os seus efeitos se produzam imediatamente, independentemente de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação. Quando o requerente seja o Ministério Público, a declaração pode ser pedida independentemente dos requisitos previstos no número anterior.

¹⁹ Vide os acórdãos n.ºs 223/2005, 280/2005, 48/2006 do Tribunal de Segunda Instância de Macau; a sentença n.º 38/05-EF do Tribunal Administrativo. O ponto comum destes quatro casos reside na declaração da violação da Lei Básica pelo regulamento administrativo elaborado pelo Chefe do Executivo.

que o Regulamento Administrativo n.º 17/2004 é ilegal por violar o princípio da separação dos poderes entre o poder legislativo e o poder executivo consagrado no artigo 2.º da Lei Básica, embora o acórdão n.º 28/2006 de 18 de Julho de 2007 do Tribunal de Última Instância considere que o Chefe do Executivo pode aprovar regulamentos administrativos apenas com fundamento na Lei Básica, o mesmo é dizer que revogou o acórdão n.º 223/2005 do Tribunal de Segunda Instância. Ambos os acórdãos enfatizam que os regulamentos administrativos não podem violar os actos normativos hierarquicamente superiores, sobretudo, a Lei Básica, também não podem violar os princípios gerais do direito, incluindo os princípios do direito administrativo, tendo os tribunais poder de fiscalização dos regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com as leis hierarquicamente superiores. Os vários acórdãos dos casos judiciais proferidos pelos Tribunal de Segunda Instância e Tribunal de Última Instância manifestam claramente que no recurso contencioso de impugnação de acto administrativo, o juiz pode apreciar a legalidade do regulamento administrativo; “se os tribunais, no julgamento dos casos, podem interpretar a Lei Básica, necessariamente que podem concluir que disposições legais ou regulamentares a contrariam e, neste caso, têm de cumprir o disposto no artigo 11.º da Lei Básica: donde, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Lei Básica ou os princípios nela consagrados, sem prejuízo do disposto no artigo 143.º daquela Lei”²⁰.

Donde se vê que depois do retorno da soberania, os tribunais de Macau também consideram que possuem o poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica; ao aderir às tradições da RAEM, com características de direito civil legal de um continente, os precedentes judiciais não têm força obrigatória para as sentenças subsequentes. As práticas dos tribunais de Macau também não podem provar a base da racionalidade do sistema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica; o reconhecimento do poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica nos acórdãos dos tribunais não representa o estabelecimento do sistema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica na RAEM. No entanto, as várias práticas dos tribunais da RAEM representam, na realidade, a amplitude da utilização do sistema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica e a necessidade de determinação e de disciplina do poder de

²⁰ Vide o acórdão n.º 28/2008 do Tribunal de Segunda Instância da RAEM; além disso, os acórdãos n.ºs 17/2004, e 223/2005 também envolvem este tema.

fiscalização da conformidade com a Lei Básica dos tribunais da RAEM, em simultâneo, fornecendo exploração útil e experiências práticas para o estabelecimento futuro do sistema.

IV. Ideia do Regime Concreto do Modelo de Fiscalização pelo Tribunal de Última instância

Em síntese, embora a Lei Básica não disponha directamente sobre as funções de supervisão da legislação dos regulamentos administrativos pelos tribunais, baseando-nos na necessidade da defesa da unicidade do ordenamento jurídico de Macau e na exigência da não violação do disposto da Lei Básica, os tribunais têm poder para fiscalizar os regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica. Embora, teoricamente, sejam necessários mais estudos sobre o poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica dos diversos níveis dos tribunais da RAEM, depois do retorno da soberania, os tribunais da RAEM de diversos níveis estabelecem gradualmente a supervisão da legislação dos regulamentos administrativos por parte dos tribunais através de vários casos típicos no exercício da função judicial, nos termos do disposto na Lei Básica e segundo os diplomas legais originais de Macau, reflectindo as restrições do poder judicial sobre o poder legislativo e o poder executivo. Todavia, neste momento, não existe legislação que estabeleça claramente o sistema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica, sendo, portanto, necessário estudar suficientemente este problema e discipliná-lo. O regime concreto regula principalmente os aspectos sobre os órgãos de fiscalização, objecto de fiscalização, requerentes da fiscalização, critérios de fiscalização, modos de fiscalização, processos de fiscalização e a força da fiscalização, etc.

Segundo a natureza dos órgãos de fiscalização, a fiscalização da constitucionalidade pode ser dividida em três modalidades; tribunais comuns, conselho constitucional e tribunal constitucional. Quanto ao modelo dos tribunais comuns, o modelo americano é típico, isto é, qualquer tribunal comum pode apreciar os casos constitucionais como acontece na apreciação de outros tipos de casos, não sendo necessário interpor acção constitucional num órgão especializado para o tratamento dos casos constitucionais. No processo de fiscalização, o que o modelo dos tribunais comuns faz é a fiscalização concreta e a fiscalização sucessiva, isto é, os juízes dos tribunais comuns só no processo de julgamento de outras disputas concretas podem fiscalizar a constitucionalidade dos actos normativos, os

tribunais não podem promover a fiscalização abstracta dos actos normativos ultrapassando o âmbito do caso concreto sub judice e também não podem emitir parecer vinculativo sobre as propostas e os projectos de lei. O modelo do conselho constitucional foi estabelecido primeiramente na França. O Conselho Constitucional foi criado para ser um organismo de fiscalização da constitucionalidade, para fiscalizar as leis controvertidas sobre a sua constitucionalidade. No processo de fiscalização, o Conselho Constitucional trata a fiscalização abstracta da validade da lei antes da sua entrada em vigor, não resolvendo disputas concretas dos interessados. O modelo do tribunal constitucional foi estabelecido primeiramente na Constituição da Áustria. No entanto, o Tribunal Constitucional alemão criado depois da segunda guerra mundial é o tribunal constitucional mais vigoroso actualmente na Europa; depois do seu funcionamento, as actividades de fiscalização, a atitude mantida, os caracteres dos juízes, etc. são sempre considerados modelos dos tribunais constitucionais dos países da Europa²¹. O tribunal constitucional é o órgão especializado de fiscalização da constitucionalidade, desempenha as funções constitucionais de apreciação das leis controvertidas sobre a sua constitucionalidade. No processo de fiscalização, misturando as características do modelo dos tribunais comuns e do modelo do conselho constitucional, tem ambos casos de fiscalização abstracta e de fiscalização concreta. Há dois tipos de fiscalização concreta, em primeiro lugar, no processo de julgamento dos casos concretos, quando surgem dúvidas sobre a conformidade dos actos normativos concernentes àquele caso v.g. as leis com a constituição, os tribunais comuns podem pedir a apreciação do tribunal constitucional; em segundo lugar, permitir ao cidadão cujos interesses legítimos são violados pelo poder público, depois de esgotar todos os meios de remédio, apresentar ao tribunal constitucional uma “petição” ou “queixa constitucional”. Além destes tipos de fiscalização concreta das leis, o tribunal constitucional tem o poder de fiscalização abstracta das leis, não é necessário qualquer acção concreta, o tribunal constitucional também pode fiscalizar as respectivas leis directamente²².

²¹ Prof. Antonioli, Grusswort, 25 “*Jahre Bundesverfassungsgerichts 1951-1976*”, 1976, p.17.

²² Segundo a alínea 2 do n.º (1) do artigo 93.º da Lei Básica da Alemanha, mesmo que não seja intentada qualquer acção concreta, o Tribunal Constitucional Federal pode, a pedido do Governo Federal, de um governo dos estados membros e de mais de um terço de todos os deputados ao Parlamento Federal, fiscalizar abstractamente a conformidade formal ou substancial das leis federais com a Constituição Federal, ou a conformidade das leis dos estados membros com a Constituição Federal e com as leis federais.

Actualmente, o poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica dos tribunais da RAEM ainda está numa fase de estudos, a fiscalização dos regulamentos administrativos pelos tribunais de Macau deve ser um meio de ultima ratio, simultaneamente, a Lei Básica não tem qualquer dispositivo sobre o estabelecimento de um organismo especializado para a fiscalização dos regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica; assim, deve ser escolhido um órgão do poder público actualmente em funcionamento mais adequado para a fiscalização da conformidade com a Lei Básica, não sendo adequado criar um novo órgão de fiscalização ultrapassando obviamente o enquadramento da autorização da Lei Básica. O sistema de fiscalização da conformidade com a Lei Básica em Macau deve ser estabelecido com base na fiscalização concreta; a fiscalização dos regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica só pode ser suscitada como uma parte da matéria controvertida e não como um problema controvertido principal.

Quanto aos sujeitos de fiscalização, porque a fiscalização dos regulamentos administrativos é promovida nos casos normais, para garantir a unicidade e a autoridade dos resultados de fiscalização, os tribunais comuns, no processo de julgamento, quando necessitam de fiscalizar os regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica, devem suspender o julgamento da causa e remeter os autos ao Tribunal de Última Instância para decidir em última instância, e com base nisso proferir o respectivo acordão. Se as matérias de fiscalização são da responsabilidade do Governo Popular Central ou do relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região Administrativa Especial de Macau, deve o Tribunal de Última Instância obter uma interpretação por parte do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional.

Quanto aos requerentes da fiscalização, porque o disposto na lei é aplicado finalmente aos indivíduos, reflectindo como direitos e obrigações dos indivíduos, o resultado da fiscalização dos regulamentos administrativos vai frequentemente influenciar os interesses de ambas as partes do caso, com base no princípio do julgamento justo, na circunstância de esgotados outros meios de remédio, ambas as partes devem ter o direito de requerer a fiscalização dos regulamentos administrativos; através desta forma, podem ser descobertos problemas existentes no direito vigente oportunamente e podem ser resolvidos os conflitos com justiça.

Quanto aos critérios de fiscalização, estes são as normas de referência utilizadas pelo órgão de fiscalização para pautar e apreciar a constitucionalidade (legalidade) dos regulamentos administrativos fiscalizados. Em

primeiro lugar, substancialmente, a Lei Básica atribui aos regulamentos administrativos independentes assuntos relativamente autónomos; normalmente, os regulamentos administrativos e as leis têm matérias disciplinadas relativamente autónomas, as leis não podem abranger e dirigir todas as disposições dos regulamentos administrativos, e depois apreciar a legalidade dos regulamentos administrativos. Em segundo lugar, os actos normativos só são válidos quando estão conformes com a Lei Básica. A prevalência da Lei Básica é absoluta, e a prevalência da lei é condicional. Quando um regulamento administrativo não está conforme com a lei, não pode ser determinado directamente quanto é válido, o último critério de juízo deve ser a conformidade com a Lei Básica. Portanto, as normas de referência para a fiscalização dos regulamentos administrativos devem ser a Lei Básica e não outras leis.

Relativamente ao problema do resultado da fiscalização da conformidade com a Lei Básica ter força obrigatória dentro do processo ou força obrigatória geral, o modelo americano do sistema de fiscalização da constitucionalidade enfatiza a defesa dos direitos individuais e, em simultâneo, a defesa da ordem constitucional ; por conseguinte, a força da fiscalização da constitucionalidade é apenas relativa ao interessado que intentou a acção, não há força obrigatória geral. Todavia, através do princípio *stare decisis*, este tipo de sentença tem função de legislação substancial. O poder de fiscalização da conformidade com a Lei Básica da RAEM deriva do sistema do continente europeu, a sentença do tribunal não tem força obrigatória geral em relação às sentenças posteriores e, assim, não pode ser invalidada substancialmente a norma que viola a constituição através do princípio *stare decisis*, como acontece nos países anglo-americanos. Todavia, mesmo no sistema de fiscalização concreta, há sentença de invalidade literal; além disso, embora haja apenas força obrigatória dentro do processo, exige-se o pleno respeito pela sentença de fiscalização da inconstitucionalidade do Supremo Tribunal de Justiça por parte de outros órgãos estatais. Por conseguinte, isso deve ser considerado medida de esperança constitucional, nomeadamente, a Assembleia Nacional deve alterar rapidamente a lei que foi declarada inconstitucional ou revogá-la, o governo deve tomar medidas para impedir a sua execução, a procuradoria não deve intentar acção segundo esta lei²³. Considerando a

²³ Ashibe Nobuyoshi, *Dirieto Constitucional*, tradução: Lin Laifan, Lin Weici, Long Xunli, editora Universidade de Beijing, 2006, p.341.

garantia dos direitos individuais e a defesa da segurança do direito, e para a garantia dos efeitos da fiscalização judicial, essa sentença judicial deve ter força obrigatória geral e não apenas força obrigatória dentro do processo. Simultaneamente, deve ser evitada a declaração de invalidade dos regulamentos administrativos por causa da sua inconformidade com a Lei Básica; podem ser declarados contrários à Lei Básica e por conseguinte inválidos pelo Tribunal de Última Instância, mas, a situação pode ser mitigada por uma cláusula adicional, esperando que o Chefe do Executivo altere ou revogue este regulamento administrativo. Quanto aos regulamentos administrativos declarados inválidos, a revogação de todo o diploma legal não é sempre necessária; se a norma contrária à Constituição puder ser separada de outra parte, o tribunal pode revogar apenas aquela norma²⁴. O regulamento administrativo contrário à Lei Básica pode ser parcialmente inválido.

O regulamento administrativo é o produto inevitável da expansão do poder executivo e da administração social cada vez mais especializada da sociedade contemporânea, sobretudo, na RAEM de predominância da administração, cuja sobrevivência é indispensável. No entanto, o regulamento administrativo necessita de se sujeitar às restrições necessárias. O estatuto dos regulamentos administrativos na Região Administrativa Especial de Macau e a autonomia relativa das matérias disciplinadas determinam que os critérios principais de fiscalização dos regulamentos administrativos devam ser a sua conformidade com a Lei Básica; o órgão judicial como organismo menos perigoso é o organismo do poder mais adequado para a fiscalização da legalidade dos regulamentos administrativos, sobretudo a sua conformidade com a Lei Básica no sistema actual de separação de poderes. Nas futuras legislações e práticas judiciais, o estabelecimento gradual das funções e dos processos dos órgãos judiciais relativos à fiscalização dos regulamentos administrativos sobre a sua conformidade com a Lei Básica irá exercer uma grande influência sobre a normalização e a sistematização dos regulamentos administrativos.

²⁴ Jibong Lim, “*A Comparative Study of the Constitutional Adjudication Systems of the U.S., Germany and Korea*”, 6 *Tulsa J.Comp.&IntSection* 1 | L.150(1999).