



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Naldemar Miguel Lourenço

ATIVISMO JUDICIAL EM ANGOLA

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

Orientador: Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves
Moniz

Abril de 2014

Ao meu pai (in memoriam) e a minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho científico não se constrói individualmente, varias são as pessoas que fazem parte dessa trajetória de pesquisa. Sendo impossível nomear todos os que contribuíram nessa trajetória, tentarei nomear alguns dos responsáveis, dos quais não poderia deixar de citar.

Agradeço a Deus, em primeiro lugar;

À Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz, minha orientadora nesta dissertação, por ter despertado em mim o gosto e o interesse pelo tema, pelo seu apoio intelectual fornecido, pelas construtivas críticas aos escritos, pela disposição demonstrada em ler e ajudar no andamento do trabalho, pelo rigor, pelos ensinamentos transmitidos nas aulas, pelo meu crescimento académico, agradeço imenso.

À Professora Doutora Maria Benedita Urbano, pelas linhas orientadoras, por fazer crescer em mim o gosto e o interesse pelo tema, pelos vários escritos que possuí sobre o tema;

Aos meus pais, alicerces da minha vida, aos quais me faltam palavras para agradecer por tudo;

Aos meus queridos irmãos, pelos exemplos e ensinamentos que sempre me passaram;

À todos os meus tios, em especial António Salvador Lourenço, Luzia António Mateus Lourenço Benge e João Garcia;

À Esperança de Almeida Eduardo (em especial).

À toda minha família pelo carinho e pela torcida;

Aos meus velhos e novos amigos e colegas que muito contribuíram para edificação deste trabalho, em especial Ricardo Freire, Procuradora Eugenia dos Santos, Juiz Baltazar Irineu da Costa, a Juíza Maria Luísa Tembo, Adolpho José Ribeiro, Moreira Lopes, Norberto Capeça, Eugénio Salesso Ribeiro e Dorivaldo da Costa.

A todos, o meu muito obrigado.

Será que os juízes estão *metamorfoseando*, conforme outrora escreveu Franz Kafka, o seu comportamento! Será que suas decisões são conforme Mia Couto escreveu *remédios do diabo*!

KAFKA, Franz. A metamorfose. Tradução: João Crisóstomo Gasco. Bis editora,2013.

COUTO, Mia. Venenos de deus, remédios do diabo. Editora Caminho, 7 ed.,2008.

ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRA – Constituição da República de Angola

CRP – Constituição da República Portuguesa

FAF- Federação Angolana de Futebol

LCRPA- Lei Constitucional da República Popular de Angola

LC- Lei Constitucional

LOPC – Lei Orgânica do Processo Constitucional

PGR- Procurador-Geral da Republica

PR- Presidente da Republica

STF – Supremo Tribuna Federal

TC- Tribunal Constitucional

TS- Tribunal Supremo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPITULO I - A CRIAÇÃO DE DIREITO PELO JUIZ CONSTITUCIONAL.....	10
1.1. Criação de direito pelo juiz constitucional.....	10
1.1.1. Criação legítima.....	12
1.1.2. Criação ilegítima.....	19
1.2. O fenómeno do Ativismo Judicial.....	21
1.2.1. Conceito	24
1.2.2. Os argumentos contra e a favor	26
CAPITULO II - ATIVISMO JUDICIAL EM ANGOLA	31
2.1. Processos de fiscalização em Angola.....	31
2.1.1. História/ evolução dos modelos de fiscalização.	31
2.1.2. Atual Sistema Angolano de fiscalização.	32
2.1.2.1. Fiscalização Abstrata Preventiva.....	34
2.1.2.2. Fiscalização Abstrata Sucessiva.....	36
2.1.2.3. Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.....	37
2.1.2.4. Fiscalização Concreta.....	38
2.2. Caracterização do Ativismo judicial Angolano	40
2.2.1. Análise do Art. 231º n.º 4 da Constituição.	40
2.2.2. Os Diversos Casos.....	43

2.2.2.1.	Case Study I – Tribunal Constitucional Angolano (Ac. de 21.12.1998)	43
2.2.2.2.	Case Study II- Autonomia das associações desportivas na ordem jurídico-constitucional angolana (FAF v. Ministro da Juventude e Desporto) Ac. de 30.03.2007, proc. N° 10/2005.	44
2.2.2.3.	Case Study III- Tribunal Constitucional, Ac. n° 111/2010, proc. N° 152/2010.	46
2.2.2.4.	Case Study IV- Principio da igualdade de tratamento (Rui A. G. Neto v. Angola) Ac. N.° 121/2010. Proc. N.° 161/2010.	47
2.2.3.	Enquadramento dos casos nos tipos de sentenças intermedias.	49
2.2.4.	Tipos de criatividade.	51
2.2.5.	A figura do Assento.	55
2.2.5.1.	Sua admissibilidade ou não hodiernamente.	57
CAPITULO III - OS LIMITES A ATUAÇÃO CRIATIVA DOS JUÍZES		57
3.1.	O princípio da separação de poderes.	57
3.2.	Autocontenção judicial (judicial self-restraint).	62
CONCLUSÕES		65
BIBLIOGRAFIA		68

INTRODUÇÃO

Diante da existência dos três poderes, o constitucionalismo moderno nos apresenta a problemática de dois deles, nomeadamente o facto de o poder judicial através de tribunais superiores¹, que no desempenho da função de fiscalização da constitucionalidade da lei invadir as competências do poder legislativo².

O fenómeno do ativismo judicial é atual e muitas ordens jurídicas a nível mundial já se preocupam em abordar esta questão, tais como Estados Unidos da América, Brasil, Portugal, Itália, Alemanha, França³, a regional vizinha Africa do Sul⁴, põe-se a questão de saber se em Angola este fenómeno também existirá? E se existir em que proporções? Como se manifesta este ativismo? Quais as suas características? Qual a metodologia a ser adotada pelos juízes constitucionais no âmbito da atividade de controlo da constitucionalidade das normas?

Estas são apenas algumas questões que tentaremos responder ao longo deste trabalho, que possivelmente nos darão algumas respostas para o entendimento da questão de saber quais os limites que a justiça constitucional deve respeitar de modos a garantir os direitos individuais, e ao mesmo tempo não suplantar as competências dos outros poderes do Estado?

¹ TC e TS

² REIS, Sérgio Cabral dos. Ativismo Judicial, efetividade dos direitos sociais e desenvolvimento da democracia no Brasil. In: revista jurídica Cognitio Júris, ano 2, n 4, abril 2012. P 33, O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo CANOTILHO, J.J. Gomes na obra Direito Fundamentais Sociais, direito dos pobres no ativismo judicial, p. 35 chama a atenção de que “ as normas jurídicas não são declarações de amor”, pois os juízes constitucionais na tentativa de garantir direitos fundamentais acabam por ser ativistas, criam normas de forma a defender os direitos fundamentais, expressando assim as suas convicções pessoais, as tais “declarações de amor”.

³ OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos; colab. George Marmelstein... [el al.]; [pref.] J.J. Gomes Canotilho. Ativismo judicial, Juruá Editora, Curitiba 2010.p. 265-285

⁴ EK Quansah e CM Fombad. Judicial activism in Africa: possible defence against authoritarian esurgence? Rede africana de juristas constitucionais, <http://www.ancl-radc.org.za>. p. 15

Para tanto, não versaremos apenas um sistema jurídico em específico, visto que a questão da ingerência do poder judicial nas competências do poder legislativo, se apresenta como sendo universal. Apresentaremos Cases Studies que servirão de laboratório a reflexão proposta.

Sendo assim dividimos a nossa doutrina em três capítulos, no primeiro deles abordaremos a questão da criação de direito pelo juiz constitucional, abordaremos os temas da criação legítima e ilegítima de direito pelo juiz em seguida entraremos no tema: o fenómeno do ativismo judicial.

Por conseguinte, no segundo capítulo, falaremos sobre o ativismo judicial em Angola, abordaremos temas como: Processos de fiscalização em Angola (de modos a termos um melhor entendimento do ordenamento a tratar); Caracterização do Ativismo judicial Angolano e abordaremos também a questão dos Assentos que ainda existem na ordem jurídica Angolana.

No terceiro e último capítulo falaremos sobre os limites ao ativismo judicial, abordaremos a questão da separação de poderes, e da judicial self-restrain.

CAPITULO I - A CRIAÇÃO DE DIREITO PELO JUIZ CONSTITUCIONAL

1.1. Criação de direito pelo juiz constitucional

No moderno constitucionalismo a competência legiferante dos estados de direito democrático-constitucional é atribuída ao poder político, será apenas o legislador ordinário o único com essas competências? Ao Judiciário competiria, somente, aplicar a lei? Os juízes constitucionais podem criar direito? Essas são apenas algumas indagações que nos propomos abordar neste ponto.

Gomes Canotilho reconhece a faculdade de os juízes criarem direito, quando nos diz: *“direito dos juízes, direito judicial – parece ser hoje indiscutida”*, os juízes constroem normas de decisões para solução de casos concretos constituindo desse modo um dos momentos mais importantes na pluralização das fontes de direito⁵.

O sistema jurídico não é só o que da lei se extrai, mas, antes o modo de ver de quem o interpreta, daí a necessidade de um esforço integrador permanente que é pedido à magistratura, fazendo com que esta altere de forma inevitável e profundamente a missão do juiz e, conseqüentemente, sua forma de pensar, sendo que em redor dele, para além da norma a interpretar, está toda a complexidade da sociedade que ele deve estar igualmente em condições de interpretar. A propósito Castanheira Neves⁶ nos diz que: *“ao juiz há que «dar-se-lhe o poder e o papel que exige a nossa modernidade» ... o poder judicial, a função judicial e, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e uma problemática centrais no universo jurídico dos nossos dias... pelo que é*

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 7ª edição, Almedina, 14ª reimpressão, Coimbra, 2003.p. 704 e 705, o autor apresenta como referência o direito judicial com força de lei ou com força de acto normativo, CRP 279.º e ss, já na CRA olhamos para os Art. 229.º ss. Nesse sentido também vai CURZIO FILHO, Walter Grunewald. O ativismo judicial e sua ameaça ao ordenamento jurídico. In: Revista direito Mackenzie v. 5, n. 1, p. 219-228, George Marmelstein. Na obra de OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos; colab... [el al.]; [pref.] J.J. Gomes Canotilho. Ativismo judicial, Juruá Editora, Curitiba 2010.p48-80 nos fala sobre a transformação da ética em direito pelo judiciário.

⁶ NEVES, A. Castanheira. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. A. 130, nº 3883 (1998), p. 290,292

fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo... o positivismo jurídico está definitivamente morto – devemos dar substância a uma razão jurídica alargada”.

Dai António Manuel Hespanha nos dizer que: *“depois de 200 anos de alegada supremacia da lei – com a conseqüente remissão da jurisprudência (e da doutrina) para o papel de fontes apenas mediatas do direito-, eis que hoje se assiste a uma submersão do legislador como agente de regulação e se procede a identificação de um leque muito mais vasto de polos de criação ou concretização do direito, leque em que a jurisprudência (e logo os juízes) aparece num lugar de destaque”*⁷.

Hoje não há mais espaço para um juiz que seja um passivo aplicador da lei. No plano da interpretação do direito o juiz assume papel cada vez mais ativo e criativo, sendo assim *“Completamente posto de parte estão os ensinamentos de Montesquieu sobre o papel neutral dos juízes – “meras bocas que pronunciam as palavras da lei”, sem que lhe pudesse moderar a força e o rigor*⁸. Também é posta de parte a ideia de Alexander Hamilton de que o poder judicial é o poder menos perigoso ⁹. Reconhece-se aos juízes enquanto aplicadores e intérpretes de normas, margem de manobra na tomada de decisões interpretativas.

Essa margem de manobra é facilitada pelo facto de as constituições apresentarem uma característica que auxilia, uma atitude mais proactiva dos juízes constitucionais, sendo que as *normas constitucionais, ou uma parte bastante significativa delas, são normas tendencialmente mais abertas (open texture) do que as restantes normas,*

⁷ HESPANHA, António Manuel. Terão os juízes voltado ao centro do Direito? In: Scientia Iuridica, n 322, tomo LIX, abril-junho de 2010.p.226, FILHO, Willis Santiago Guerra. Poder judiciário, hermenêutica constitucional e princípio da proporcionalidade. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda, vol. III, Faculdade de direito da universidade de lisboa. p. 897 também partilha desta ideia.

⁸ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p.66

⁹ HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. The Federalist, or the new constitution, London : Everyman, 1996, Paper 78.p.398-399 *“In 1962 Alexander Bickel called the u.s. supreme court the least dangerous branch because of the inevitable limitations it accepted as part of its mandate. Bickel analysis no longer holds. The court has taken on an increasingly large role in influencing american public policy”* . POWERS, Stephen P. e ROTHMAN, Stanley. The least dangerous branch?: consequences of judicial activism, Praeger, Westport , 2002.p. ix

*designadamente as legais, havendo um indesmentível espaço de manobra, para os intérpretes constitucionais*¹⁰.

O catedrático Miguel A. Garcia Herrera também nos mostra o carácter de normas abertas quando nos diz: *la elasticidad de nuestra constitución*, este autor faz um estudo sobre a flexibilidade e a rigidez da constituição espanhola, mais antes disso faz um estudo de direito comparado aonde se verifica o carácter flexível das constituições¹¹.

Outro fator que aumentou a margem de manobra é o facto de os juízes constitucionais se apresentarem como sendo guardiões da constituição e defensores dos direitos fundamentais¹², pois são nestas vestes que se verifica uma atitude mais proactiva dos juízes constitucionais¹³.

Para uma melhor compreensão da criação de direito pelo juiz constitucional vamos agora abordar os temas da criação legítima e da criação ilegítima (ativismo judicial).

1.1.1. Criação legítima

Por criação legítima de direito pelo juiz devemos entender como sendo aqueles casos em que o juiz cria direito a luz (dentro) dos parâmetros legais, há como que uma autorização do ordenamento jurídico a legitimar os juízes a criarem direito.

De entre esses casos nos podemos citar as situações em que o juiz faz uma interpretação¹⁴, nos casos de lacunas da lei, podemos também chamar aqui as sumulas

¹⁰ Idem, p.67

¹¹ Cfr. HERRERA, Miguel A. Garcia. Rigidez constitucional y estado social. In: Cuadernos de derecho judicial, la experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho, Madrid, 1999.p.65-76, nesse sentido também vai CANOTILHO, J.J. Gomes. Este autor entende a constituição como sendo um sistema aberto de regras e princípios. Op. Cit., p. 1159-1187

¹² RAMOS, António José da Ascensão. Ativismo Judicial, ww.verbojuridico.com/doutrina/2012/Antonioramos_ativismojudicial.pdf p. 20-22, acedido em 17 de novembro de 2013, 22:03:59

¹³Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit. p. 68-9

¹⁴ Quer seja teleológica, corretiva, extensiva

vinculantes do Brasil¹⁵ e no caso particular de Angola os Assentos, pois estes estão previstos no ordenamento jurídico¹⁶. Afirmo Benedita Urbano que: *nestes casos trata-se sempre de uma criação de direito subordinada a lei ou nos limites da lei, e respeitadora do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático*¹⁷. Já não estamos assim tão certo quanto a figura dos Assentos respeitarem o princípio da separação de poderes¹⁸, por agora fiquemos por aqui, pois esta questão será abordada no II Capítulo, no ponto 2.2.5.

Conforme aludimos acima as normas constitucionais têm um carácter de “open texture.” Diante desta abertura verifica-se um alto teor abstrato de inúmeras normas inseridas na constituição, que são revelados através de vocábulos vagos e palavras imprecisas usadas pelo constituinte, vocábulos esses que claramente vão necessitar de um preenchimento ou integração para se tornarem compreensíveis e aplicáveis¹⁹.

A interpretação jurídica conforme nos mostra Castanheira Neves²⁰, tem como objeto *um texto jurídico*²¹, e exigira mais do que simplesmente uma análise da linguagem jurídico-legislativa²².

Podemos já avançar que, a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade.

¹⁵ Que foram introduzidas no Brasil pela emenda constitucional 45, de 2004 que introduziu o artigo 103-Aº, OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p. 152-163

¹⁶ Artigos 763º a 770º do C.P.C e artigo 2º do C.C

¹⁷ URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 73-74

¹⁸ Visto que em Portugal estes foram revogados pela Decreto-lei 329-A/95, de 12/12

¹⁹ VIANA, Leilson Soares. Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais, Coimbra, Dissertação de mestrado, 2010.p.38. *não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito.* NEVES, A. Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica, Coimbra Editora, 2003.p.11

²⁰ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. In: boletim da faculdade de direito Studia Iuridica, Coimbra editora. 2013(reimpressão).p. 85

²¹ O autor, atenta para que não haja confusão entre objeto da interpretação e objetivo da interpretação, pois que como bem mostra no objetivo surge a teoria subjetiva (que afirma ser objetivo da interpretação a vontade do legislador, visando reconstruir a real vontade do legislador (mens legislatoris) já a teoria objetivista (acha que a interpretação deve ser orientada para o próprio texto da lei, desligada do seu autor real), o ponto comum é a consideração do texto como objeto de interpretação. Cfr. NEVES, A. Castanheira. Idem. p.85,98,99

²² Cfr. Ibidem. p. 128

É claro que o intérprete, jamais poderá atuar contra a norma escrita na Constituição, mas certamente encontrará margem de atuação própria, decorrente da incompletude linguística da Constituição²³.

Leilson Soares Viana, nos apresenta a interpretação criativa como sendo um instrumento do ativismo judicial, ele nos diz que, os tribunais adotaram uma interpretação criativa que é resultado da criatividade do interprete na aplicação da norma jurídica, sendo que fazendo uso de regras hermenêuticas validas o interprete atribui criativamente, significados ou sentidos as regras de direito emanadas pelo legislador, pois que estas são diferentes daquelas que até então aceites pelo senso jurídico comum. Essa interpretação criativa é uma atividade legítima do órgão jurisprudencial no processo de aplicação e reconhecimento do direito, sendo que não devemos vê-la como um procedimento situado a margem da lei, nem aplicado segundo uma vontade subjetiva e individualizada do juiz. Acrescenta o autor que esse ativismo judicial, nesse sentido não é incompatível com o sistema jurídico do Estado, e nem contrario ao regime democrático²⁴.

A interpretação das normas pelos juízes constitucionais devem obedecer a determinados princípios, sendo que estes se apresentam como ponto inicial para o exercício da atividade interpretativa, pois estes são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins, princípios estes que hoje se apresentam com status de norma jurídica, sendo inquestionável a sua aplicabilidade direta e imediata, tendo assim força normativa²⁵.

Sobre a classificação desses princípios Gomes Canotilho²⁶ faz um catálogo e apelida esses princípios de *princípios tópicos da interpretação constitucional*, e este nos apresenta o princípio da unidade da Constituição²⁷, o princípio do efeito integrador²⁸,

²³ VIANA, Leilson Soares. Idem

²⁴ Cfr. Ibidem., p. 98-100

²⁵ Cfr. Idem., p 53. Reconhecimento da normatividade dos princípios de interpretação constitucional é atual.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p. 1223-1227

²⁷ As normas devem ser interpretadas como um todo, sendo normas integradas em um sistema unitário de princípios e regras.

princípio da máxima efetividade²⁹, princípio da justeza ou da conformidade funcional³⁰, princípio da concordância pratica ou da harmonização³¹, o princípio da força normativa da Constituição³², Canotilho autonomiza o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição³³, Willis Santiago Guerra Filho usa a mesma classificação dando mas ênfase e chegando mesmo a considerar o princípio da unidade constitucional como sendo o mais importante³⁴, já Leilson Soares Viana, segue a mesma classificação mas não considera o princípio da justeza ou da conformação funcional³⁵.

Benedita Urbano nos diz que no caso das sentenças interpretativas, em que opera o princípio da interpretação conforme com a Constituição a criatividade dos juízes supremos incide normalmente sobre direito legal preexistente³⁶. Ana Carolina³⁷ nos mostra que até Dworkin achava que a interpretação jurídica é uma interpretação criativa.

Os casos de lacuna da lei³⁸ caracterizam-se como sendo situações em que existe ausência de solução normativa, o juiz tem dificuldades em encontrar uma resposta

²⁸ Princípio que está ligado ao primeiro, dita que na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se valorize a integração social, reforçando desta forma a unidade política.

²⁹ Pretende-se escolher o sentido que atribua maior eficácia a norma, visando assim aumentar o desempenho concreto da função social da norma.

³⁰ Visa impedir a alteração de repartição de funções estabelecidas constitucionalmente.

³¹ Visa confrontar os bens e valores jurídicos que estão em conflitos de modos a averiguar qual deles ira prevalecer.

³² Segundo este principio deve-se dar primazia as soluções hermenêuticas, que de acordo com a historia das estruturas constitucionais, viabilizam atualizações normativa, garantindo do mesmo modo a sua permanência.

³³ Visa afastar interpretações contrarias a constituição, esse principio também determina a conservação das normas quando os seus fins se harmonizam com os preceitos constitucionais, e determina que deve-se dar –se preferência a interpretação que dê um sentido em conformidade com a constituição.

³⁴ FILHO, Willis Santiago Guerra. Op. Cit., p. 904-906

³⁵ VIANA, Leilson Soares. Op. Cit., p. 53-57

³⁶ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a constituição e ativismo judicial: associação lógica ou ativismo judicial? In: Revista da faculdade de direito da universidade do porto, ano VII- especial (terceiro encontro de professores de direito publico), 2010.p. 413

³⁷ SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. Casos fáceis e casos difíceis, algumas abordagens contemporâneas possíveis e seus diferentes pressupostos de inteligibilidade. Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra, janeiro 2008.p.39

³⁸ Castanheira Neves nos fala do espaço livre do direito, “ *espaço livre do direito, espaço vazio do direito, campo livre de vinculação jurídica, ou o caso esta decidido no direito positivo... ou situa-se no espaço live do direito... e do mesmo modo e coerentemente «o direito positivo não tem qualquer lacunas»... se deste modo o fenómeno das lacunas – ou seja, a insuficiência do direito positivo constituído para dar respostas ás exigências da realização concreta da juridicidade passou a ser indiscutido*”. NEVES, A. Castanheira. Op. Cit., p.206,207,213,214

adequando ao problema que lhe foi submetido, conforme nos diz Castanheira Neves³⁹, “*não é lícito abster-se de julgar invocando a falta de um critério legal*”, sendo que estes podem ser responsabilizados pela denegação de justiça⁴⁰.

“Portanto, ainda que o legislador se esforce para prever em abstrato, numa linguagem genérica, todas as hipóteses de ocorrência fática possíveis, esse esforço seria em vão, pois a riqueza da realidade social está sempre a produzir novas situações as vezes ate impensáveis (a isto Castanheira Neves chama de mutações inevitáveis)⁴¹, nesse campo, portanto, a criatividade do juiz, quando se depara por uma situação de fato cujas características não estão previstas total ou parcialmente na lei, é inevitável. Pois, ainda que se oriente pelos princípios gerais de direito, analogia e o costume, fontes de interpretação aceites na maioria dos ordenamentos (para alguns aqui não haveria então a atividade criativa, pois o próprio legislador previu essas fontes de interpretação), o julgador emite para o caso concreto, a regra aplicável. Cria o direito”⁴². Pretende-se “que essa integração seja realizada pelo julgador «como se fora legislador»... o julgador orientar-se-á pelas intenções políticas do legislador... é a atribuição ao legislador das interações e modos políticos- jurídicos próprios do legislador”⁴³. Para o caso de Angola⁴⁴, o legislador recomenda recorrer a analogia⁴⁵, caso não se encontre caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio interprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema⁴⁶.

“Por isso o juiz não pode ser como o asno de Buridano⁴⁷, que apesar de estar com muita sede e com muita fome, morreu indeciso, diante da água e da comida que lhe forneceram, o sistema jurídico não aceita mais esse tipo de indecisão por parte do juiz.

³⁹ Ibidem.p.205

⁴⁰ Os tribunais têm o dever de administrar a justiça (Art.174.º da CRA e 156.º do CPC), sendo que estão obrigados a julgar (Art.8.º CC) não podendo denegar justiça (Art. 29.º nº 1 in fine da CRA), sob pena de serem responsabilizados (Art.1083.º nº 1 alinha c e nº 2, Art. 1093.º ambos do CPC)

⁴¹ Cfr. NEVES, A. Castanheira. Op. Cit., p.228

⁴² OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit.p.21. também partilha desta ideia KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.p.173

⁴³ NEVES, A. Castanheira. Op. Cit., p.284,285

⁴⁴ Artigo 10º do C.C

⁴⁵Consultar NEVES, A. Castanheira. Op. Cit., p.238-276

⁴⁶ NEVES, A. Castanheira. Op. Cit., p.222, 223

⁴⁷ George Marmelstein na obra de OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p.71

*Ele tem que proferir sua sentença de qualquer maneira, ainda que não esteja convencido plenamente sobre a justeza do resultado*⁴⁸.

Dai a justificação da proibição do non liquet, sendo que a sua utilidade prática é inegável, pois que se não há lei é papel do juiz suprir a lacuna, tendo de encontrar a solução mais justa, tal como o legislador o faria, a doutrina chama a isto de caso difícil (Hard Case)⁴⁹, o caso pode ser considerado difícil quando existe incerteza, seja esta estabelecida pela existência de diversas normas que determinam decisões diferentes, seja porque não existe uma norma aplicável de forma precisa ao caso. A isto Dworkin chama de tarefa de Hercules⁵⁰, Juiz hipotético de Dworkin, o Hércules, tido como o intérprete e julgador ideal, que se baseia numa interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais existentes na prática jurídica de sua comunidade e não nos seus princípios de conduta pessoal⁵¹.

Dworkin afirma que, *“mesmo quando nenhuma regra regula o caso uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais os direitos das partes”*⁵².

Relativamente as sumulas vinculantes Brasileiras, atualmente muito se tem escrito sobre elas, considera-se como um ativismo judicial plasmado na lei⁵³, o que deixa os juristas quase sem meios nenhuns para reagir contra elas.

As sumulas são muito semelhantes aos assentos, inclusive no Brasil os assentos são antecessor das sumulas⁵⁴.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Suscitou polémica entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes, 3ª edição. Título original: The Concept of Law., p. 335, DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a serio. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes. 2002. Título original: Taking Rights Seriuosly.p.127

⁵⁰Dizia Dworkin *eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência, e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei hércules*. DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 165

⁵¹ LEAO, Anabela Costa. Em torno dos conceitos de regra e de princípio: a polémica entre Hart e Dworkin. In: Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1 (2008), p. 66

⁵² DWORKIN, Ronald. Ibidem.p.127

⁵³ OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p. 163

As sumulas visam a uniformização de jurisprudência, a semelhança das leis as sumulas também são normas jurídicas dotadas de generalidade e abstração, tanto a norma emanada do órgão legislativo quanto as sumulas vinculantes, provenientes do judiciário, têm como destinatário os cidadãos (as pessoas em geral), sendo aptas para regular condutas endereçadas a qualquer hipótese presente e futura⁵⁵.

Diferentemente das normas jurídicas emanadas pelo legislativo, as sumulas vinculantes não são passíveis de controlo de constitucionalidade difuso, os demais órgãos do judiciário não podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do enunciado sumular, no julgamento de casos concretos⁵⁶.

Relativamente a mateia da criação de direito pelo juiz constitucional Benedita Urbano⁵⁷ faz um estudo sobre o assunto na sua obra Curso de Justiça Constitucional, está faz uma classificação que mostra as varias formas de manifestação do criativismo judicial, apresenta em primeiro lugar um criativismo tradicional, ortodoxo ou soft, neste criativismo enquadram-se os casos de lacunas da lei, e de interpretação de normas quer seja uma interpretação corretiva, quer seja redução teleológica ou ate mesmo uma extensão teleológica, acrescenta a autora que este criativismo tradicional esta ligado a figura de Hans Kelsen, concretamente a figura do juiz-legislador negativo, intimamente ligada com as decisões de simples acolhimento ou de simples rejeição da inconstitucionalidade, pois que para Kelsen que entendia que *ao anular uma lei o Tribunal Constitucional legifera, na medida em que, de certa forma, cria uma lei de sinal contrario*. Dentro desta classificação a autora fala com alguma ressalva sobre a possibilidade de inserir nesta classificação os casos de nulidade parcial e os de modulação/limitação temporal dos efeitos da decisão.

Em segundo lugar temos o criativismo limítrofe, de fronteira ou borderline, nesta classificação a atuação criativa dos juízes é duvidosa, normalmente pode existir o

⁵⁴ Ibidem. p. 153

⁵⁵ Cfr. Ibidem. p. 161

⁵⁶ Cfr. Ibidem. p. 162

⁵⁷ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p. 71-85

questionamento, será que os juízes ainda estão a atuar nos limites da sua competência ou já a extravasaram?

“Podemos incluir aqui aquelas situações em que os juízes constitucionais definem linhas de orientação ou recomendações acerca da política legislativa, ou em que declaram uma norma inconstitucional mas deferem para um momento ulterior a sua expulsão da ordem jurídica, permitindo ao legislador elaborar uma nova norma de acordo com o estabelecido ou sugerido na decisão judicial”. A autora apresenta como exemplos as decisões de admoestações, com convite a atuação do Legislador, da jurisprudência italiana, e as decisões de incompatibilidade sem nulidade e as decisões exortativas ou apelativas da jurisprudência constitucional alemã.

Podemos dizer que, quer no criativismo tradicional, ortodoxo ou soft ou quer no criativismo limítrofe, de fronteira ou borderline, ainda estamos diante de uma criação legítima.

Em último e terceiro lugar teremos o criativismo patológico, heterodoxo ou hard, esta terceira classificação abre caminho para o segundo ponto do trabalho, o da criação ilegítima.

1.1.2. Criação ilegítima

Benedita Urbano nesta classificação diz que já podemos considerar como existente o verdadeiro e autêntico ativismo judicial, aqui já existe um confronto claro entre o poder judicial e o poder legislativo, *“no mínimo corrigem direito existente, no máximo criam ou produzem novo direito”*, deste modo *“afrentando o legítimo titular do poder legislativo e usurpando as suas funções”*.

A autora nos fala ainda das novas técnicas decisórias do juiz constitucional, que ganham o nome de sentenças intermedias, *“são designadas de sentenças intermedias, dado que a decisão judicial se situa entre o considerar e o não considerar inconstitucional uma norma, e, nos casos em que é admissível, entre rejeitar a norma considerada inconstitucional e concomitantemente expulsá-la do ordenamento jurídico,*

e não a considerar inconstitucional e mantê-la”. As sentenças intermedias são diferentes das sentenças tradicionais⁵⁸, pois estas apresentam uma maior complexidade e implicam uma atuação criativa dos juízes, deixando estes de ser meros legisladores negativos, produzindo sentenças que certamente não foram previstas por Kelsen, acrescenta a autora que o *“que esta em causa não é só a questão dos efeitos (interpretativos, ampliativos, modificativos ou substitutivos), mas, de igual forma, o modus operandi do juiz constitucional e os dispositivos destas novas sentenças*”. Maria Lúcia Amaral⁵⁹, também partilha dessas ideias.

Integram a categoria de sentenças intermedias, as sentenças interpretativas⁶⁰, as sentenças apelativas ou exortativas e sentenças de aviso⁶¹, a declaração de incompatibilidade sem nulidade ou mera declaração de incompatibilidade⁶² e as decisões manipulativas⁶³.

Jorge Miranda⁶⁴ inclui as sentenças de declaração de incompatibilidade sem nulidade, dentro do que ele chama de decisões limitativas.

⁵⁸ Sentenças simples de rejeição e de admissão ou acolhimento da inconstitucionalidade.

⁵⁹ AMARAL, Maria Lúcia. Colóquio luso-italiano de direito constitucional, www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf.p. 1-2

⁶⁰ Os juízes pronunciam-se não propriamente sobre o enunciado da lei, mas sobre as normas que dele se pode extrair mediante o recurso a ferramentas hermenêuticas, as sentenças interpretativas classificam-se em sentenças interpretativas de rejeição (o juiz não considera uma norma inconstitucional se mediante interpretação verificar-se que um dos sentidos é conforme com a constituição) e sentenças interpretativas de acolhimento (uma norma deve ser considerada inconstitucional se todos os seus sentidos possíveis e razoáveis forem desrespeitadores da constituição) a criação de direito é patente nas sentenças de rejeição.

⁶¹ Figuras bem conhecidas da jurisprudência constitucional alemã, nas sentenças apelativas considera-se que a norma em análise ainda é constitucional no momento em que é prolatada a sentença, se bem que poderá ser inconstitucional no futuro, de formas a resolver a questão o tribunal dirige um apelo ao legislador para que este evite atempadamente a inconstitucionalidade. Nas de aviso não se verifica o apelo ao legislador.

⁶² O Tribunal declara a incompatibilidade de uma determinada norma com a lei fundamental sem ditar a sua nulidade, pois acha que a nulidade seria mais danoso, permitindo assim o legislador corrigir o direito existente. Esta figura está positivada no direito alemão desde 1971, em defesa dessas sentenças temos Gilmar Ferreira Mendes que aponta a existência de um dever de legislar e a não reconstituição do direito anterior, pois que a não aplicação da norma nos levaria a um vazio jurídico intolerável para a ordem jurídico-constitucional.

⁶³ Estas sentenças podem classificar-se em aditivas e substitutivas, demonstram menor respeito pelo legislador, são de difícil aceitação, aqui os juízes vão mais longe alterando o texto do preceito legal, transformam o significado do conteúdo normativo, acrescentam um elemento sem o qual ele seria considerado inconstitucional (sentenças aditivas), ou substituindo o regime jurídico que o legislador tinha previsto por um outro, pelo menos em parte (sentenças substitutivas), os juízes constitucionais ao emitirem esse tipo de sentença entram em choque com o princípio da maioria e com a repartição de funções entre o legislador e o juiz constitucional.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI, 4ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2013.p. 88-90

Pedro Cruz e Silva⁶⁵, utiliza a mesma classificação que a Benedita Urbano, sentenças manipulativas, sendo estas aditivas ou substitutivas.

Como exemplo de criativismo hard em primeiro lugar temos as sentenças manipulativas, aditivas ou substitutivas (aqui os juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de declara-las inconstitucionais), em segundo lugar teremos situações em que os juízes criam ou editam normas gerais, ocupando por vezes vazios deixados pelo legislador, neste caso as decisões judiciais aparecem como fontes primárias de direito, a criação de direito assume claramente a feição de legislação judicial.

1.2. O fenómeno do Ativismo Judicial

O neoconstitucionalismo, a crise da democracia representativa e a judicialização dos factos da vida favorecem o aparecimento do ativismo judicial.

O neoconstitucionalismo, apresenta dois marcos teóricos, o primeiro é a descoberta de princípios constitucionais com valor normativo, o segundo é a revisão da teoria da interpretação, e teoria das fontes de direito.

Na busca de um novo modelo de Estado, tendo como propósito superar o modelo de Estado Clássico, marcado pela supremacia da lei, pelo positivismo jurídico e pelo princípio da legalidade, o constitucionalismo moderno nos apresenta um modelo onde os valores constitucionais, devem traçar uma linha de pensamento a ser seguida pela comunidade, pois que os princípios constitucionais se afirmaram, tendo estes força vinculativa no direito, permitindo que a leitura dos textos constitucionais seja feita, tendo em vista a defesa ou a máxima concretização dos direitos fundamentais.

As antigas técnicas de interpretação são substituídas por novos modelos hermenêuticos constitucionais e de argumentação jurídica, são introduzidos métodos de

⁶⁵ SILVA, Pedro e Cruz. Sentenças Aditivas do Tribunal Constitucional e o princípio da igualdade, in O direito, ano 140, v, 2008.p. 1113-1136

ponderação, que apresentam soluções mais justas ao mesmo tempo que podem fazer desaparecer as lacunas jurídicas e as contradições no ordenamento jurídico.

Afirma Marcelo Caon Pereira que o *“neoconstitucionalismo cria um discurso carregado de retórica, não sustentável do ponto de vista científico e, muitas vezes, atentatório contra o valor da segurança jurídica, não há como negarmos a sua influência no pensamento jurídico... por conseguinte, no surgimento do ativismo judicial. De facto...o neoconstitucionalismo idealizou um modelo de estado em que todas as promessas constitucionais de inclusão social, garantias de condições mínimas, solidariedade e justiça distributiva devem ser integralmente cumpridas de imediato, ainda que a custo de sacrifício de outras regras e valores”*⁶⁶.

A quando do estudo sobre a concretização constitucional do princípio democrático no estado, Gomes Canotilho nos apresenta como uma das formas de concretização, o princípio da representação popular e o princípio da participação. Normalmente aos regimes democráticos elegem como modo de realização da vontade do povo a representação parlamentar. A representação democrática significa *a “autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. A representação (em geral parlamentar) assenta, assim, na soberania popular”*⁶⁷. A isto Gomes Canotilho⁶⁸ chama de representação democrática formal, a crise da democracia representativa encontra-se na chamada representação democrática material, pois que a representação democrática não se reduz a uma simples delegação da vontade do povo, é necessário que o povo se reencontre nos atos dos representantes, de modos que estimule uma participação significativa, visando intensificar a optimização da participação directa e

⁶⁶ PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. In: Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa, volume LII, N 1 e 2. Coimbra editora, Coimbra, 2011.p.325

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p.293

⁶⁸ *“O princípio da representação, como componente do princípio democrático, assenta nos seguintes postulados (1) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de «de funções de domínio», feito em nome do povo, por órgãos de soberania do estado;(2)derivação directa ou indirecta da legitimação de domínio do principio da soberania popular; (3) exercício do poder com vistas a prosseguir os fins ou interesses do povo. Nisto se resumia a tradicional ideia de Lincoln: «governo do povo, pelo povo, para o povo.»”* Idem.

ativa de homens e mulheres no processo de decisão⁶⁹. Nas sociedades atuais as pessoas parecem não ter tempo ou vontade de fiscalizar os seus governantes, intensifica-se cada vez mais uma ausência de identificação entre as decisões dos representantes políticos e as aspirações dos seus representados, em outras palavras o eleitor perde a identidade do voto, cria-se assim um distanciamento pós-eleitoral que resulta num evidente descrédito dos políticos perante os cidadãos. Com estes problemas os cidadãos procuram buscar noutras instâncias de poder, a solução dos seus problemas, dentre estas encontra-se o poder judiciário, verifica-se assim a judicialização dos factos da vida, pois que todo e qualquer facto da vida vêm a desaguar no poder judiciário⁷⁰. Conforme nos mostra Marcelo Caon Pereira, “*nesse sentido, Luís Roberto Barroso refere que sempre que uma questão da vida, seja um direito individual, uma prestação estatal, ou uma política pública, for disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de uma ação judicial*”. Essa é a essência da judicialização dos factos da vida, também conhecidos como judicialização da política⁷¹.

Judicialização da política, muitas questões políticas acabam por ser entregues ao poder judiciário, o funcionamento do Parlamento acaba passando pelos tribunais, algumas minorias vislumbram aí uma oportunidade para fazer oposição jurídica e para obstar o andamento de matérias que seriam de cunho político, nestes termos podemos ver o Parlamento a entregar parcela da sua competência a terceiros.

Diante do poder que é delegado aos tribunais, em quais moldes devem se pautar a atuação destes? Deve atuar de maneira ativista face as inúmeras questões, mesmo que signifique contrariar o princípio da separação de poderes, ou antes não intervir?

Em resposta a estas perguntas Lênio Streck⁷², afirma que “*em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um*

⁶⁹ Cfr. Ibidem.p.294,301

⁷⁰ PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p. 328-331

⁷¹ PEREIRA, Marcelo Caon. Ibidem.p.331

⁷²STRECK, Lênio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica

determinado ativismo judicial. Também é mais correto dizer que questões como essa que estamos alisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (Wille zur Macht) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia (Streck, 2009). Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?”

1.2.1. Conceito

Antes de falarmos sobre o conceito de ativismo judicial, vamos primeiro analisar a origem da expressão, para uma melhor compressão.

A expressão “ativismo judicial” foi usada pela primeira vez numa revista popular, *fortune*, em janeiro de 1947, por um não jurista Arthur Schlesinger Jr. Neste artigo Schlesinger analisava a postura dos juízes (justices) da Supreme Court Norte-Americana, demonstrava a aliança e a separação existente entre eles, classificando uns de ativistas judiciais (Judicial Activists) de entre eles Justices Black, Douglas, Murphy, e outros de campões da autocontenção (Champions of Self Restraint), de entre eles Justices Frankfurter, Jackson, and Burton, quanto aos justices Reed and Chief Justice Vinson ficaram classificados como moderados (a middle group)⁷³.

O fenómeno de criação ativista de direito pelos juízes anda ligada a história dos Estados Unidos da América e a atuação da Supreme Court, apesar disso este fenómeno transpôs fronteiras, universalizou-se⁷⁴.

e Teoria do Direito (RECHTD), v1,n (2), julho-dezembro 2009.p.77-78, no mesmo sentido vai PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p 345

⁷³ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. In: Califórnia Law review, vol. 92, 10-31-2004, p. 1445-1446. No mesmo sentido vai URBANO, Maria Benedita.op.cit.p.87, também vai PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p. 308-309, também vai nesse sentido Vladimir Santos Vitovsky na obra de OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos.op.cit.p91-92, também CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do supremo tribunal federal, in revista de direito público, número 6 de Julho, instituto de direito público, Almedina, Dezembro de 2011.p.248

⁷⁴ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 88-89

Arthur Schlesinger não definiu de modo coerente o ativismo judicial, este apresentou vários conceitos, sendo que conforme nos diz Keenan kmiec⁷⁵ nenhum deles vincou, e a medida que o termo ficou mais popular mais incerto se tornou o seu significado⁷⁶.

Benedita Urbano chegou a dizer que o conceito de ativismo judicial é um “Conceito não unívoco”, pois que para além da expressão ativismo judicial também é comum ouvir-se falar de governo dos juízes, ambas são expressões ambíguas, pois abarcam diversas realidades⁷⁷.

O conceito de ativismo judicial não é fácil de se obter, a sua ideia esta sempre ligada ao exercício de expansão do poder judiciário frente aos restantes poderes, este é um fenómeno que depende do ordenamento jurídico em questão, isto é do direito positivo, mais muito, muito mais das pré-compreensões hermenêuticas dos juízes, estamos diante de um fenómeno eminentemente comportamental, conforme afirma Carlos A. De Azevedo Campos⁷⁸ o “*ativismo judicial é daquelas coisas que melhor se demonstra do que se define*”. Não obstante dizer isto o autor elaborou uma proposta de definição de ativismo judicial, sendo que: “*ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes politico-normativos por parte de juízes e tribunais em face dos demais atores políticos e judicias, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentos dos limites ordinários do papel institucional do poder judiciário*”⁷⁹.

Marcelo Caon Pereira⁸⁰ também procurou conceituar este fenómeno e nos diz o seguinte: *comportamento de certos juízes que entregam a sua prestação jurisdicional*

⁷⁵ Meaning of the term has not prevailed in modem usage. KMIEC, Keenan D. op. Cit. p. 1451, já Benedita Urbano nos diz que Schlesinger não foi capaz de definir de forma conveniente URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 89, já Carlos Campos nos mostra que Schlesinger foi acusado de não ter definido de modo coerente CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. Cit., p.248

⁷⁶Ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear, KMIEC, Keenan D. Op. Cit., p. 1443

⁷⁷ URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 89

⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. Cit., p.242

⁷⁹ Ibidem., p. 250

⁸⁰ PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p. 323

com componentes fortemente aditivas e substitutivas ao ordenamento jurídico, excedendo-se na sua tarefa de interpretar o direito e passando a cria-lo segundo suas concepções hermenêuticas.

Ambas as concepções avançados, pese embora exista algumas diferenças, consideramos serem de fácil aceitação.

1.2.2. Os argumentos contra e a favor

Antes de apresentarmos os argumentos contra e a favor do ativismo judicial convém fazer algumas observações.

Em primeiro lugar, os juízes sempre criaram direito, ainda que nos termos limitados que foram assinalados, o problema a considerar não é tanto o da criação de direito pelos juízes mais o da proporção que este fenómeno vem tomando, e quais os limites a impor a esta atuação criativa⁸¹. Em segundo lugar, os sistemas jurídicos apresentam um catálogo de direitos fundamentais e instrumentos abrangentes de controlo da constitucionalidade nutridos pela crise da democracia representativa, gerando desta forma ativismo judicial em áreas antes restritas ao poder político⁸². E em ultimo lugar, o fenómeno do ativismo judicial verifica-se sobretudo a nível dos tribunais superiores, preferencialmente no domínio da justiça constitucional, e mais especificamente, no âmbito da aplicação dos direito fundamentais, sobretudo dos direitos sociais e económicos.

Os argumentos, quer os contra quer os a favor são vários, limitar-nos-emos a expor os mais esgrimidos pela doutrina.

Os argumentos contra: 1- Ofensa ao princípio da separação de poderes: uma das grandes conquistas das revoluções liberais da segunda metade do século XVIII, que ate hoje ainda é marco de todos os regimes democráticos, foi a retirada do poder das mãos

⁸¹ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 99

⁸²Cfr. PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p. 333

de um único soberano e a sua repartição em três órgãos estatais⁸³, o judiciário ao fazer uso da sua ferramenta mais poderosa⁸⁴ (controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, sente-se que como autorizada a fazer uma fiscalização ampla de constitucionalidade dos atos do executivo e do legislativo, questionamos se através delas não estaria havendo invasão de competências típicas desses órgãos, pois que a função dos juízes é a de interpretar e aplicar leis existentes, cabendo ao legislativo e executivo a função de policy-making, a policy-making judicial prejudica a independência, o prestígio e a neutralidade do poder judicial, pois que ao criarem direito partir de princípios gerais, os juízes atuam como legisladores ordinários e como constituintes, sem respeitar o respetivo processo de revisão⁸⁵.

Mauro Cappelletti⁸⁶ nos fala sobre uma *“possível incompetência institucional da magistratura pra agir com força criadora do direito. Segundo essa opinião, o juiz seria um caprichoso criador do direito, pessimamente equipado para a tarefa. Seria ele, enfim, na sarcástica definição de Lord Devlin, “um legislador aleijado”. Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessário instrumentos que não estão a disposição dos tribunais e “em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza. Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigação requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar as leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, económicos e políticos; não dispõe sequer dos recursos, inclusive financeiro, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos”*.

2- A falta de legitimidade: outra das grandes conquistas das revoluções liberais da segunda metade do século XVII, que também é marco de todos os regimes

⁸³Cfr. RIBEIRO, Adolpho José. As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea. Coimbra, 2012. Tese de mestrado da Universidade de Coimbra, p.45-51, 55-62

⁸⁴ BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. Tradução de J. M. Cardoso da Costa. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 56 (1980), p. 7

⁸⁵ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 100-101

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Sérgio António Fabris Editor, Porto Alegre, 1993. Título original: Giudici Legislatori? p. 86, 87

democráticos, foi a redefinição da origem da titularidade da soberania do Estado, abandonou-se a ideia de poder divino e acolheu-se a ideia de soberania popular, que no modelo de democracia representativa, delega aos representantes eleitos⁸⁷. Os juízes constitucionais ao atuarem como legisladores forçam uma transferência de poder, dos parlamentos eleitos para os juízes não eleitos, tratando-se de uma criação de direito não democrática, ademais os juízes não têm de prestar contas aos eleitores num ato eleitoral, e as normas por ele criada são insindicáveis⁸⁸, podemos verificar assim a violação do princípio majoritário.

Mauro Cappelletti⁸⁹ considera que provavelmente esta seja a mais forte das objeções contra a criatividade judiciária, ele nos diz que: *“a mais forte objeção contra tal criatividade, concerne ao seu alegado carácter não-majoritário e portanto antidemocrático... e tal afirmativa é considerada por alguns definitivamente “fatal”, no sentido de que ela, e “apenas ela”, seria a objeção decisiva porque constituiria impedimento absoluto para dita criação, em todo país desejoso de preservar seu carácter democrático”*.

3- O governo dos juízes: mesmo em 1921, Edouard Lambert⁹⁰, já alertava para a existência de um *“gouvernement des juges”*, em quanto juízes, estes devem concretizar a vontade do legislador, pois que a acumulação de todas as funções (legislativa, executiva e judicial) nas mãos dos juízes pode levar a tirania, o governo dos Juízes, é um fantasma que assombra os democratas e os defensores das liberdades públicas, os juízes governam porque dispõem de uma parte do poder legislativo, e aplicam princípios vagos⁹¹.

Os argumentos a favor: 1- Defendem que o princípio da separação de poderes não apresenta configurações uniforme em todos os estados, e a sua ofensa depende muito do alcance da sua arquitetura, ademais a passividade e letargia dos outros poderes, em

⁸⁷ Cfr. PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p.340

⁸⁸ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p.101, VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Coloquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, tema: legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Lisboa, 1993, Coimbra Editora. 1995, p. 87

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 91-93

⁹⁰ LAMBERT, Edouard, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois, Paris, M.Giard&Cie, 1921

⁹¹ DAZA, Germán Alfonso López. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: un gobierno de los jueces? In: revista mexicana de derecho constitucional, núm. 24, enero-junio 2011, p.182

especial do legislativo, comprometem a governação, não podemos falar aqui de usurpação de poderes pois este se limita a corrigir o falhanço do legislador em disciplinar determinadas matérias ou questões⁹².

A quem, negue a contradição existente entre o princípio da separação de poder e a autonomia interpretativa dos juízes, em relação a constituição, porque “*os princípios da separação de poderes e o da autonomia interpretativa estariam em planos diferentes o primeiro constituindo uma norma (plano normativo), e o segundo uma constatação de facto (plano cognitivo). Há até quem defenda que a autonomia normativa dos juízes pode exercer uma função de promoção da reflexividade do direito democrático e, com isto, facilitar uma desobstrução dos canais da mudança política (“cleaning the channels of political change”)*”⁹³.

2- Defendem que a falta de legitimidade democrática pode ser compensada por outros valores e considerações, como seja a sua autonomia profissional, fomentadora da independência judicial, também apresentam-se argumentos do tipo: o poder constituinte originário outorgou a tarefa de controlo de constitucionalidade aos juízes, pelo que as decisões dessa natureza estariam autorizadas pela vontade popular, nesta linha de pensamento Marcelo Caon Pereira⁹⁴ apresenta um argumento de Jorge Miranda, fazendo a devida advertência que este não é rotulado como ativista por dizer que: “*de fato, a justificação do exercício de parcela do poder democrático pelo judiciário encontra-se na constituição e o seu bom exercício é antes uma garantia para a democracia do que um risco*”.

Mauro Cappelletti⁹⁵ nos diz que: “*parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia...significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição a democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances em face do crescimento dos poderes*

⁹² Cfr. URBANO, Maria Benedita.op.cit.p100

⁹³ HESPANHA, António Manuel. Op. Cit.p.252

⁹⁴ PEREIRA, Marcelo Caon. Op. cit., p.342

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p.107

políticos e também controles adequados perante os outros centros de poder... tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”.

Dworkin acolhe a necessidade de salvaguarda de posições contra- maioritárias no contexto, de uma sociedade democrática, *“protecting individual rights when these are threatened is more important than giving effect to the majority's will”*⁹⁶.

3- O fortalecimento do poder judicial deve ser visto como uma tentativa de libertar a governação das vicissitudes do processo democrático, mais especificamente das vontades do governo em funções ou da influência clientelar dos grupos de interesse, também são aduzidos ideias como a necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais em particular aos direitos sociais, pois que a assunção por parte dos juizes constitucionais de um papel mais ativo não tem como finalidade impor os seus próprios desejos e pontos de vista, antes visa dar eficácia a constituição e garantir a sua supremacia, pois que os juizes constitucionais apenas procuram fazer aquilo que esta certo, dar uma melhor adequação da legislação a realidade⁹⁷.

Otto Bachof nos diz que: *não existe o risco de o tribunal constitucional, em lugar de controlar a aplicação da constituição, se transformar ele próprio no senhor da constituição? Uma tal amplitude do poder do tribunal constitucional não conduzirá necessariamente ao gouvernement des juges, tao justificadamente receado? Não será exacto o que uma vez disse um jurista tao competente como o antigo Chief Justice da Supreme Court, Hughes: «we are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is»*⁹⁸.

⁹⁶ Proteger os direitos individuais quando estes são ameaçados é mais importante do que dar efeito a vontade da maioria. (tradução livre) DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution: we the people in court. Alberta Law Review, vol. xxviii, no. 2.p. 326, também nós diz isso ESTEVES, Maria de Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário. In: Coloquio no 10º Aniversario do Tribunal Constitucional, tema: legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Lisboa, 1993, Coimbra Editora. 1995. p. 130

⁹⁷ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Idem.

⁹⁸ BACHOF, Otto. Op. Cit., p. 8, 9

CAPITULO II - ATIVISMO JUDICIAL EM ANGOLA

2.1. Processos de fiscalização em Angola.

De modo a uma melhor compreensão do ativismo judicial em Angola é oportuno conhecermos os processos de fiscalização da constitucionalidade, pois são nestes em que o ativismo ocorre⁹⁹. Faremos uma pequena incursão histórica sobre os processos de fiscalização.

2.1.1. História/ evolução dos modelos de fiscalização.

Desde o ano 2010 Angola encontra-se na Terceira República, com a aprovação da CRA. A Primeira República começa com a entrada em vigor da LCRPA¹⁰⁰, que curiosamente entrou em vigor no dia 11 de Novembro de 1975, tendo sido aprovada em 7 de janeiro de 1978¹⁰¹, não se verificando qualquer processo de fiscalização da constitucionalidade. É aprovada a lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (Lei do Sistema Unificado de Justiça), que eliminou a organização judiciária herdada de Portugal e instituiu o Sistema Unificado de Justiça, isto é, um sistema que procurou integrar, de forma lógica as diversas jurisdições (civil, criminal, administrativa, militar, etc.), até ali mais ou menos separados, numa organização judiciária única, fazendo nascer assim o Tribunal Popular Supremo (hoje TS) no topo da cadeia hierárquica dos tribunais em Angola¹⁰².

A Segunda República¹⁰³ começa com a Lei nº 12/91, de 6 de Março, para Adérito Correia e Bornito de Sousa, surgiu uma nova constituição, já que, entre a LC que até a altura vigorava e a que passou a vigorar existia uma nítida descontinuidade, que veio a

⁹⁹Gostaríamos de chamar a atenção de que a potencial conflitualidade entre o TC, enquanto juiz da constitucionalidade da legislação, e o Legislador (sobretudo o Legislador Parlamentar) não se manifesta de modo uniforme nos diferentes processos de fiscalização da constitucionalidade. ANDRADE, José Carlos Viera de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.p.76

¹⁰⁰Cfr. MACHADO, Jonatas E. M., Costa, Paulo Nogueira da e Hilario, Esteves Carlos. Direito Constitucional Angolano, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.p. 36

¹⁰¹ LCRPA. Artigo 66º

¹⁰² Art. 116º, 117º e 6º da lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (lei do sistema unificado de justiça)

¹⁰³ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit., p.41-43

ser aprofundada com a lei de Revisão constitucional nº 23/92, deixando de estar em vigor a LC de 1975, com as suas diversas alterações¹⁰⁴.

A lei nº 23/92 cria o TC¹⁰⁵, ao mesmo tempo que atribui ao TS o exercício dos poderes do TC enquanto este não for instituído¹⁰⁶.

Diferente da primeira, aqui já existiam processos de fiscalização, o Capítulo I do Título V da LC, tinha como epígrafe *Da Fiscalização da Inconstitucionalidade*. Tínhamos assim a fiscalização por ação, dentro da fiscalização por ação tínhamos a fiscalização preventiva (Art. 154º da LC), fiscalização sucessiva (155º), fora desta classificação tínhamos a fiscalização por omissão (156º).

Quanto a fiscalização concreta fica difícil classificar ela como tal, devido a má técnica legislativa, pois que está não consta do Capítulo I do Título V da LC, acabamos por encontrar situações que caracterizam-se como sendo fiscalização concreta, no Art. 134º alínea d) e e) da LC, este artigo nos fala das competências do TC, competência esta que atribuiremos a qual dos tipos de fiscalização previsto na LC? Uma vez que a fiscalização concreta não foi prevista como um dos processos de fiscalização da inconstitucionalidade.

Ainda durante a Segunda República foi aprovada a Lei n.º 2/08, de 17 de Junho – Lei Orgânica do TC e a Lei n.º 3/08, de 17 de Junho – LOPC, estavam reunidos os pressupostos legais para a criação do TC. Assim, no dia 25 de Junho de 2008, foi institucionalizado o TC.

2.1.2. Atual Sistema Angolano de fiscalização.

O atual sistema de fiscalização angolano enquadra-se, na Terceira República, teve início com a aprovação da CRA em 2010, nasce assim a atual *judicial review*¹⁰⁷

¹⁰⁴ CORREIA, Adérito e SOUSA, Bornito. Angola: História Constitucional, livreria Almedina, Coimbra, 1996.p.31, no mesmo sentido vai André Thomashausen, quando nos diz: “*na realidade uma constituição inteiramente nova*”. THOMASHAUSEN, André. O desenvolvimento, contexto e apreço da constituição de Angola de 2010. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. I- direito constitucional e justiça Constitucional., p. 329

¹⁰⁵ Art. 125 nº 1 da lei constitucional da república de Angola (publicada ao abrigo da lei nº 23/92 de 16 de setembro)

¹⁰⁶ Art. 6º da lei nº 23/92 de 16 de setembro

¹⁰⁷ “*Judicial review ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis*”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.898, “*Já no sistema de controle jurisdicional, tal atribuição é ofertada, de forma precípua, ao Judiciário. Compete assim ao magistrado decidir sobre as questões envolvendo a constitucionalidade dos atos normativos, portando-se como verdadeiro garantidor dos*

Angolana, falamos em atual pois que a ideia de *judicial review* foi implementada pela primeira vez na Segunda República, através da lei de Revisão constitucional nº 23/92, que fez publicar a LC, no Art. 153º da LC.

*“A fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais actos normativos do estado constitui, nos modernos estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controlo do cumprimento e observância das normas constitucional”*¹⁰⁸. Pois que é de vital importância a responsabilização dos titulares de cargos públicos e o controlo do exercício do poder por maiorias democraticamente legitimadas¹⁰⁹.

Se olharmos para os modelos de justiça constitucional, no que toca ao controlo da constitucionalidade Angola acaba por adotar os dois modelos. (*modelo da separação e modelo unitário*)¹¹⁰.

Modelo da separação segundo Gomes Canotilho¹¹¹ a justiça constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, confiada a um Tribunal especificamente competente para as questões constitucionais e institucionalmente separado dos outros tribunais, a este modelo Jorge Miranda chama de fiscalização jurisdicional concentrada¹¹².

Angola possui um Tribunal especificamente competente, o TC, competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, artigo 180º da CRA.

Modelo unitário neste modelo considera-se que todos os tribunais têm o direito e o dever de, no âmbito das suas ações e recursos submetidos a decisão do juiz, aferir da conformidade constitucional do acto normativo aplicável ao feito submetido a decisão

direitos fundamentais e dos princípios constitucionais”. MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak Form of Judicial Review – apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, nova Zelândia, Israel e Inglaterra. In: Revista Eletrónica do ministério público do estado de Goiás. Nº 3, 2012.p.42, acedido em www.dialnet.unirioja.es.

¹⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.889

¹⁰⁹ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.329

¹¹⁰ Existem autores que dizem que o modelo adotado por Angola é o modelo da separação, nomeadamente, Jonatas Machado, Paulo Nogueira da Costa e Esteves Carlos Hilario. Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.335, Benedita Urbano nos apresenta a fórmula de modelos mistos, integrando alguns aspetos quer do controlo difuso quer do controlo concentrado, diz esta que é irrealista hoje falar-se hoje em dia modelo difuso e modelo concentrado unicamente. Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit.,p.20-23

¹¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.896, também conhecido como modelo Kelsen (modelo austríaco)

¹¹²MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição, Coimbra editora, 2002.p.761

judicial¹¹³, este modelo também é conhecido como modelo de fiscalização judicial (judicial review)¹¹⁴.

Sendo assim os processos de fiscalização existentes em Angola são: a fiscalização abstrata preventiva (Art. 228º da CRA), fiscalização abstrata sucessiva (Art. 230º da CRA), fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (Art. 232º da CRA), quanto a fiscalização concreta esta continua nos mesmos moldes da Segunda República, apenas mudou o Art. 180º N.º 2 alíneas d), e).

2.1.2.1. Fiscalização Abstrata Preventiva.

A fiscalização preventiva é uma das modalidades de fiscalização abstrata ao lado da fiscalização sucessiva. Jorge Miranda¹¹⁵ nos fala sobre o sentido do pedido de fiscalização abstrata sendo que está é um poder funcional, e não direito de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos ou frações de titulares de órgãos do poder político, por isso se justifica falar em ação de inconstitucionalidade como ação pública e não de modo algum, como ação *stricto sensu*. Não há partes na fiscalização abstrata. A fiscalização preventiva é frequentemente referido como *ecografia da norma ou controlo pré-natal da norma*¹¹⁶, pois tem lugar no processo de perfeição da norma, o mesmo inspira-se no modelo francês de controlo da constitucionalidade, orientado para prevenir a entrada em vigor de normas imperfeitas¹¹⁷. A existência da fiscalização preventiva pretende evitar a consumação de situações de inconstitucionalidades e, mais especificamente de violação de direitos fundamentais.

A fiscalização é preventiva na medida em que ocorre antes de a norma ser promulgada e publicada, é abstrata por não depender de qualquer caso concreto. Também podemos classificar esta fiscalização como sendo concentrada, na medida em que é realizada apenas pelo TC. Quanto a legitimidade processual esta é atribuída ao PR e a 1/10 dos Deputados da Assembleia Nacional Art. 228.º da CRA, e os particulares,

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. Idem

¹¹⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI, 4ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2013.p.295-298

¹¹⁶ Por controlo de normas entende-se o processo constitucional dirigido a fiscalização e decisão com força obrigatória geral (com força de lei) da validade formal ou material de uma norma jurídica. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.1005

¹¹⁷ MACHADO, Jonatas E. M Op. Cit., p. 344

estes têm legitimidade? Os particulares têm acesso direto a fiscalização abstrata preventiva e um acesso não direto, acesso não direto: é o acesso em que os particulares podem exercer o seu direito de petição perante qualquer órgão de soberania, seja para defesa dos seus direitos, seja para defesa da constituição¹¹⁸. (Art. 73.º da CRA).

Acesso direto: faz-se através da chamada *ação popular*, que encontra a sua origem no direito Romano ¹¹⁹, em Angola esta figura goza do estatuto de direito fundamental, é introduzida pela LC de 1991 Art. 30.º em termos muito restrito, na LC de 1992 esta figura mantém-se nos mesmos termos, apenas passando do Art. 30º para o Art. 43.º, na Constituição de 2010 esta figura aparece no Art. 74.º, este artigo em termos de legitimidade ativa, consagra dois modelos de ação popular, temos, por um lado a ação popular desencadeada em termos pessoais, representando aquilo que se pode chamar de *ação popular individual*, expressa um verdadeiro direito fundamental que permite a quem é titular de interesses pessoal e direto, o acesso aos tribunais visando a defesa de certos interesses de toda a coletividade; reconhece por outro lado, a possibilidade de associações de defesa de certos interesses, poderem desencadear a ação popular, caso este que se reconduz a uma *ação popular coletiva*¹²⁰ o legislador ainda tentou limitar os bens tutelados pela ação popular, mas ao dizer *e demais interesses colectivos* acabou por ampliar as áreas de atuação da ação popular para tudo que seja interesse coletivo. Acrescido a ação popular o cidadão tem ainda o direito a participação da vida pública (*todo o cidadão tem o direito de participar na vida politica e na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por intermédio de representante livremente eleito...* Art. 52º da CRA)

O prazo para requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade é de 20 dias a contar da data de receção do diploma legal pelo PR (Art. 228º, 3 da CRA), o Tribunal deve pronunciar-se no prazo de 45 dias, o qual pode ser encurtado por motivo de urgência mediante solicitação de quem tem legitimidade (Art. 228º, 4 da CRA).

¹¹⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.298

¹¹⁹ “A *ação popular*, sendo sempre uma *ação judicial* e neste sentido, a expressão do direito fundamental de acesso aos tribunais, distingue-se de todas as demais modalidades de acções pela amplitude dos critérios determinativos da legitimidade para a respectiva propositura”. OTERO, Paulo. A *ação popular*: configuração e valor no actual Direito português. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 59,3 (1999).p. 871-872

¹²⁰Cfr. OTERO, Paulo. Op. Cit.,p.876

2.1.2.2. Fiscalização Abstrata Sucessiva.

Fiscalização abstrata sucessiva a semelhança da fiscalização preventiva não se configura como sendo um processo de partes em que existe um autor e uma entidade demandada, sujeitos ao princípio da igualdade de armas e do contraditório¹²¹. O controlo abstrato sucessivo, também chamado *controlo em via principal*, existe independentemente de um caso concreto, se averigua da conformidade de quaisquer normas com o parâmetro normativo-constitucional¹²². Trata-se de um controlo sucessivo na medida em que acontece depois da entrada em vigor das normas; abstrato na medida em que é realizado independentemente da decisão de qualquer caso concreto; concentrado uma vez que é feito apenas pelo TC¹²³.

“A fiscalização sucessiva abstracta, concentrada e por via principal é o elemento característico por excelência do modelo austríaco de garantia, mas encontra-se ou tem-se encontrado em países de sistemas diferentes, com maior ou menor variação de sujeitos ou entidades titulares do poder de iniciativa”. A iniciativa em Angola cabe segundo o Art. 230º, 2 da CRA, ao PR, 1/10 dos Deputados, aos Grupos Parlamentares, ao Procurador-Geral da República, ao Provedor de Justiça, a Ordem dos Advogados de Angola, voltando a questão da ação popular, Jónatas Machado, Paulo Costa e Esteves Hilário nos dizem que, nos termos da CRA, a legitimidade processual ativa para desencadear o processo de fiscalização abstrata sucessiva é restrito, não havendo qualquer ação popular de impugnação de normas com fundamento na respectiva inconstitucionalidade¹²⁴, não partilhamos dessa ideia, cremos que em Angola pode existir ação popular em fiscalização sucessiva, pelos fundamentos já aduzidos supra.

A fiscalização sucessiva pode ser apresentada a todo tempo, Art. 28º LOPC.

A sentença ou decisão do TC em processo de fiscalização abstrata produz efeitos jurídicos-materiais e efeitos jurídico-processuais, que vão desde a vinculação da decisão (pois estas podem ter força de caso julgado (material e formal); força obrigatória geral;

¹²¹ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.354

¹²² CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem

¹²³ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.354

¹²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.353-354

vinculam o legislador; vinculam o próprio TC e todos os tribunais) ate a repristinação da norma¹²⁵.

2.1.2.3. Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o chamado *silêncio legislativo*¹²⁶, foi introduzido pela LC de 1992, no seu Art. 156º, e se mantém nos mesmos termos atualmente, Art. 232 da CRA. *O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples «não fazer» a um simples «conceito de negação». Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado*¹²⁷. Também podemos entender a omissão legislativa como: *a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial*¹²⁸. A CRA circunscreveu a inconstitucionalidade por omissão as omissões legislativas suscetíveis de afetar a execução das normas constitucionais, podendo considerar-se inconstitucionais as omissões em que o legislador se abstém de densificar normas constitucionais que careçam dessa densificação para se tornarem exequíveis ou que o legislador se abstém de atualizar ou aperfeiçoar as normas¹²⁹.

Dispõem de legitimidade processual ativa para requerer a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão: O PR; 1/5 dos Deputados em efetividade de funções; o Procurador-Geral da Republica segundo o Art. 323º, 1 da CRA. A fiscalização por omissão pode ser requerida a todo tempo, Art. 33º da LOPC.

Relativamente aos efeitos dessa fiscalização o Art. 232º, 2 nos mostra que havendo uma decisão positiva de inconstitucionalidade, o TC da conhecimento da existência de uma omissão inconstitucional ao órgão legislativo competente, tendo em vista a supressão da lacuna¹³⁰. A LOPC alarga esses efeitos ao estabelecer que para além de dar a conhecer ao órgão competente o TC deve indicar um prazo razoável para a supressão da lacuna ou inércia, Art. 35º. O TC não pode substituir o legislador de

¹²⁵ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.1009-1023

¹²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.1033

¹²⁷ Idem

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.365

¹²⁹ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.358-359

¹³⁰ Como também nos mostra MACHADO, Jónatas E. M. Ibidem., p. 360

forma temporária, de modos a suprir imediatamente a omissão verificada. Esta solução advém da obediência ao princípio da separação de poderes¹³¹, questiona-se, será que a LOTC ao estabelecer que o Tribunal deve fixar um prazo, não está já a violar o princípio da separação de poder? Ou a criar uma forma de sentenças apelativas? Jónatas Machado¹³² entre outros, nos dizem que algumas orientações mais extremas, típicas do chamado novo processo legal (new legal process¹³³), defendem que da primazia da Constituição decorre, para o órgão de jurisdição constitucional, um dever de fixar um prazo ao Legislador para suprir a omissão inconstitucional (ate aqui enquadra-se na perfeição com o ordenamento angolano) e, uma vez transcorrido esse prazo substituir-se ao Legislador e adotar as medidas legislativas necessárias, no caso de o Legislador se manter inerte, quanto a este ultimo ponto a legislação angolana não nos diz nada, se o TC adotar as referidas medidas com certeza estará a atuar como Legislador positivo visto que o Tribunal substituiria o Legislador, estaríamos assim em presença de ativismo judicial.

2.1.2.4. Fiscalização Concreta.

Sem descurar a crítica avançada supra¹³⁴, da combinação dos artigos 177º, nº 1 e o Art. 180º, nº 2, alíneas, d) e e), ambos da CRA, olhando em especial para as alíneas d), e e), reparamos que estas usam a mesma referência “*decisões dos demais tribunais*”, esta referência é um elemento estruturante do controlo concreto da constitucionalidade, que se apresenta como sendo um controle sucessivo, na medida em que é feito depois da entrada da norma em vigor; controlo incidental na medida em que a questão de inconstitucionalidade surge a título de incidente processual; controlo difuso¹³⁵, ou seja

¹³¹ Idem

¹³² Ibidem.p.361

¹³³ Ver RONALD J. Krotoszynski Jr. *The New Legal Process: Games People Play and the Quest for Legitimate Judicial Decision Making*. In: Washington University Law Review. V.77, Issue 4 (1999). Available at: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol77/iss4/1>

¹³⁴ Reiteramos a crítica e acrescentamos que no texto de apoio do TC, intitulado *os recursos de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional*, mostra que a fonte da fiscalização concreta não é a constituição mas sim a LOPC (lei nº 3/08 de 17 de junho, Art. 36º ss.), essa lei que era apenas para regular os processos de fiscalizações existente, acaba por criar uma nova forma de fiscalização, tanto é que neste texto de apoio a nenhum momento é citada a constituição como fonte da fiscalização concreta. Sem descurar as criticas feitas a fiscalização concreta, está, inclui o recurso ordinário (artigo 36º ss. LOPC) e o recurso extraordinário de inconstitucionalidade (Art. 49º ss LOPC),

¹³⁵ *Os recursos de inconstitucionalidade (ordinário e extraordinário) revestem de uma importância particular pelo facto de:... concretizarem a componente difusa do nosso sistema misto de controlo da*

levado a cabo por todos os tribunais, renuncia-se, portanto, a atribuição ao TC do monopólio da competência de rejeição de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade no sistema de controlo previsto na CRA, os juízes têm competência para decidirem sobre a questão da constitucionalidade, solução que difere da adotada noutros quadrantes (v.g. Espanha, Itália, Alemanha) em que aos juízes cabe apenas uma apreciação preliminar sobre o reenvio da questão da constitucionalidade para o TC. A solução adotada segue, contudo, de perto as regras consagradas na Constituição portuguesa e brasileira. Em Angola a questão da inconstitucionalidade chega ao TC por via de recurso, que é da iniciativa das partes ou do Ministério Público Art. 37º LOPC¹³⁶.

Estes recursos incidem sobre normas, sentenças e atos administrativos, diferente do ordenamento jurídico português como nos mostra Gomes Canotilho *O processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, designado também por processo incidental ou acção de inconstitucionalidade (Richterklage¹³⁷) traduz a consagração do direito (e dever) de fiscalização dos juízes (judicial review) relativamente a norma a aplicar a um caso concreto¹³⁸*. Sendo que o *objecto do recurso não é a decisão judicial em si mesma, mas apenas a parte dessa decisão em que o juiz a quo recusou a aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma cuja constitucionalidade foi impugnada¹³⁹*.

Para alguma doutrina está e a melhor maneira de proceder ao controle da constitucionalidade das normas, na medida em que o confronto de um caso concreto, com a inerente complexidade fáctica e normativa, permite uma melhor compreensão do sentido e do alcance de uma norma, bem como das respetivas falhas ou debilidades normativas diante dos problemas da vida¹⁴⁰.

O controlo concreto, pela aura de legitimidade de que gozam diante dos cidadãos, acaba por constituir o meio mais eficaz de protecção dos direitos humanos;

constitucionalidade (envolvência de todos tribunais). Tribunal Constitucional. Os recursos de inconstitucionalidade para o tribunal constitucional (texto de apoio). Edijuris.2013.p.9

¹³⁶ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.347-349

¹³⁷ Judicatura, Tradução livre

¹³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.983

¹³⁹ Idem., p. 989, no mesmo sentido vai Jorge Miranda ao dizer que: *o objecto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial*. MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.260

¹⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.346

Têm legitimidade para interpor recurso ordinário o Ministério Público e as pessoas com legitimidade para interpor o recurso, no recurso extraordinário no caso de sentenças o Ministério Público e as pessoas com legitimidade para interpor recurso ordinário, no caso de atos administrativos as pessoas com legitimidade para impugna-los contenciosamente. Os prazos para interposição dos recursos, são de 8 dias depois da notificação da decisão judicial para o recurso ordinário, é de 8 dias depois de notificado o Acórdão do Tribunal superior que incide sobre o ato administrativo.

Relativamente aos efeitos no recurso ordinário temos como efeito de interposição do recurso o efeito suspensivo, e quanto aos efeitos da decisão está faz caso julgado material. Quanto aos efeitos do recurso extraordinário os efeitos da interposição do recurso são suspensivos tratando-se de sentenças e devolutivos tratando-se de acto administrativo, quanto aos efeitos da decisão, este também configura um caso julgado material.

2.2. Caracterização do Ativismo judicial Angolano

2.2.1. Análise do Art. 231º N.º 4 da Constituição.

A CRA prevê no âmbito da fiscalização sucessiva o Art. 231.º, 4, artigo este que abre espaço para a modulação temporal dos efeitos¹⁴¹ das decisões em fiscalização sucessiva, assim *admite-se a recusa de efeitos retroativos (total ou parcialmente) e de efeitos ripristinatórios das decisões positivas de inconstitucionalidade do tribunal constitucional, no âmbito dos processos de fiscalização abstrata sucessiva*¹⁴². A modulação de efeito das decisões acaba por ser um criativismo jurisprudencial na medida em que se afasta das decisões tradicionais, quer sejam sentenças simples de rejeição ou de admissão, acolhimento da inconstitucionalidade, podemos enquadrá-las segundo Benedita Urbano¹⁴³ num criativismo tradicional, ortodoxo ou soft, pois que esse tipo de atuação judicial já não cabe no esquema tradicional da mera aplicação subsuntiva das normas.

¹⁴¹RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2ª tiragem, 2010.p. 200. O ordenamento jurídico português também prevê a modulação de efeitos no Art.282.º, 4 da CRP, também como o brasileiro nos termos do Art. 27 da Lei 9.868/99.

¹⁴² . MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.358

¹⁴³ Cfr. URBANO, Benedita. Op. Cit.,p.72

Neste artigo a CRA deixa claro, não só que o Tribunal pode dispor dos efeitos das suas decisões, modelando-as temporalmente mas também em que condição precisas o poderia fazer, nomeadamente segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo. A faculdade atribuída ao Tribunal pelo n.º 4 do Art. 231.º da CRA é uma das razões para que o tema geral das sentenças intermédias ou manipulativas – não tenha no direito Angolano o mesmo alcance que tem noutros direitos¹⁴⁴.

Sendo assim podemos afirmar que este artigo não é a favor do ativismo judicial, pois que nele existe um certo grau de criatividade que não atenta nem concorre com a criação de direito feita pelo legislador ademais a CRA limitou as situações em que a modelação poderia ocorrer, justamente para que ao juiz, não se desse um grande poder, o de modelar os efeitos de qualquer decisão a seu belo prazer. Ademais Jorge Miranda¹⁴⁵ nos diz que a ideia subjacente ao instrumento de modelação das decisões do TC, não é, contudo, sinónimo de delegação de poderes políticos no máximo órgão de Justiça Constitucional.

Elival da Silva Ramos¹⁴⁶ nos diz que não há na manipulação da eficácia temporal das decisões de controlo, manifestação de ativismo judicial. Cuida-se de técnica compreendida na Constituição, podendo o Tribunal utilizar em perfeita sintonia com o ordenamento positivo. Já Gomes Canotilho¹⁴⁷ nos diz que: *ao permitir-se ao TC a «manipulação» dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abre-se-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos*. Nós concordamos com a posição de Elival Ramos.

"A fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas é o ponto culminante do processo através do qual o constitucionalismo liberal moderno procurou submeter

¹⁴⁴Cfr. AMARAL, Maria Lúcia. Op. Cit.,p.3-4, noutros direitos teremos como exemplo, a *Unvereinbarkeit* do Direito alemão (às chamadas declarações de incompatibilidade sem declaração de nulidade), ou à figura das *Appellentscheidungen*, ou decisões de apelo ao legislador.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.355,356

¹⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit.,p.202

¹⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem., p. 1017

toda a atividade do Estado a um controlo jurisdicional¹⁴⁸, o controlo da constitucionalidade das normas assenta na afirmação da Constituição como lei superior e não apenas como declaração de intenções ou programas políticos¹⁴⁹.

Não obstante a restrição existente na modulação temporal, isto não nos leva a dizer que o ordenamento jurídico angolano é contra ou não favorece o ativismo judicial. A CRA consagra como objeto de controlo leis e atos (Art. 226º, 2), podendo desta forma serem fiscalizados os atos administrativos e as decisões judiciais a CRA também preocupou-se em incluir dentro do objeto os atos normativos (Art. 227º, alinha a)), o que fez com que não fosse necessário desenvolver-se como foi desenvolvido em Portugal o *conceito funcional de norma*¹⁵⁰.

Uma das figuras criadas pensando na fiscalização de atos v.g. sentenças e atos administrativos é o Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, recurso este que assemelha-se com a figura do *recurso de amparo*, como nos mostra Ana Espinosa Díaz¹⁵¹ *el recurso de amparo se configura como un recurso extraordinario, previsto para determinados derechos fundamentales, de carácter subsidiario y cuyo objetivo es remediar violaciones producidas por un poder público*. E é na tentativa de defesa dos direitos dos cidadãos em que os tribunais se mostram mais ativistas.

Em Angola tem-se como parâmetro de controlo a Constituição, nomeadamente a violação de normas e princípios consagrados na CRA.

O sistema de controlo da constitucionalidade Angolana favorece o aparecimento de ativismo judicial pois que a fiscalização não incide sobre normas mas sobre leis e atos nomeadamente decisões judiciais, segundo Maria Lúcia Amaral a incidência da

¹⁴⁸ MACHADO, Jónatas E. M. Idem.p.329, que conforme nos mostra Otto Bachof, *que sobre uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da Republica de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador*. BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais (tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa), Almedina, Coimbra, 2008. p. 12

¹⁴⁹ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.331

¹⁵⁰ De modos a obter um melhor entendimento da noção de norma para efeito de objeto de controlo da constitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência constitucionais desenvolveram o conceito funcional de norma. MACHADO, Jónatas E. M. Idem.p.338 ver também CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.932-943

¹⁵¹ DÍAZ, Ana Espinosa. El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. In: Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 2, 2010.p.3, acedido em <http://dialnet.unirioja.es>, sobre recurso de amparo ver também MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.288-295

fiscalização sobre leis e decisões judiciais faz com que se verifique o aparecimento de sentenças manipulativas, na medida em que facilitam o aparecimento de sentenças interpretativas¹⁵². Ademais o ordenamento jurídico angolano prevê a figura dos assentos, semelhante as súmulas vinculantes, que faz com que o Tribunal crie normas com força obrigatória geral, o Tribunal aparece nas vestes de legislador positivo concorrendo na feitura de normas com o legislador ordinário.

2.2.2. Os Diversos Casos.

2.2.2.1. Case Study I – Tribunal Constitucional Angolano (Ac. de 21.12.1998)

Precedentes: O Estado angolano encontrava-se em plena Segunda República, sob um sistema semipresidencialista. A aprovação do Protocolo de Lusaka em 1994, fez com que fosse aprovada a resolução 10/95 de 1 de setembro, nesta atribuía-se a chefia do executivo ao PR, tendo como coadjuvante o Primeiro-ministro, resolução que mais tarde, foi revogada pela resolução 14/96 de 14 de novembro.

Ficou assim instalada a dúvida sobre quem detinha a chefia do Governo. O PR requereu ao TS (nas vestes de TC) a aclaração da questão (de saber) se terá o PR preeminência na cadeia de comando do executivo, bem como o poder de direção e chefia do Governo.

O plenário do TS decidiu no sentido de que as competências do PR estabelecidas na LC lhe atribuem a preeminência na cadeia de comando do poder executivo, o poder de direção e chefia do Governo.

Um dos argumentos fortes do Acórdão foi o de que o ordenamento jurídico Angolano assemelha-se ao ordenamento jurídico francês, nomeadamente ao tipo de sistema político (semipresidencialismo).

Não concordamos com essa decisão. Pelo exposto, da para perceber que se trata de uma decisão que configura ativismo judicial, pois o TS atribui competências ao PR

¹⁵² Cfr. AMARAL, Maria Lúcia. Colóquio luso-italiano de direito constitucional, www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf. p. 4 ss

que não foram constitucionalmente previstas¹⁵³, nem atribuídas pelo Legislador, nomeadamente *poder de direcção e chefia do governo*, o TS aparece aqui como um Legislador positivo, ademais essa decisão foi proferida no âmbito de fiscalização sucessiva (declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral¹⁵⁴, tendo o Tribunal poderes de destruição maciça, dado que os efeitos das sentenças são, em regra, retroativos (e reprivatizatórios), com ressalva apenas dos casos julgados, mesmo quando os efeitos da sentença sejam menos devastadores, isso resulta de uma decisão do próprio Tribunal. A decisão de restringir os efeitos da sentença não se baseiam necessariamente em considerações de equidade ou de segurança, razões ainda típicas de uma função judicial, mas também em considerações de interesse público, isto é, em razões de carácter político¹⁵⁵.

Na realidade no sistema semipresidencialista – o modelo francês atribui-se ao PR poderes relevantes para prática de atos próprios, o Primeiro-ministro é o chefe do Governo, sendo responsável pela determinação e condução da política da nação, embora caiba ao PR o estatuto de chefe do executivo, pois o PR francês preside ao conselho de ministros dando desta forma lugar a um executivo bicéfalo, em que a liderança é partilhada entre o PR e o Primeiro-Ministro¹⁵⁶.

2.2.2.2. Case Study II- Autonomia das associações desportivas na ordem jurídico-constitucional angolana (FAF v. Ministro da Juventude e Desporto) Ac. de 30.03.2007, proc. Nº 10/2005.

Precedentes: A FAF com base no parecer jurídico elaborado pelo Dr. Rui Ferreira e pelo Dr. Teodoro de Almeida, sob o tema: Autonomia das Associações desportivas na ordem jurídico-constitucional angolana: O caso da Federação Angolana de Futebol, fez

¹⁵³ WEBBA, Mihaela Neto. Os poderes do presidente da república no sistema jurídico-constitucional e político angolano. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.p.33

¹⁵⁴ Conforme nos mostra a juíza Conselheira do Tribunal Constitucional no seu voto contra, Dra. Maria da Imaculada C. L. *Melo uma declaração de inconstitucionalidade resultante de um processo de fiscalização abstrata sucessiva tem carácter geral e abstrato, por isso se diz que tem carácter “normativo”. O que faz com que as entidades públicas e privadas fiquem sujeitos a certas obrigações de comportamento, conforme o artigo 231º, nº1 da CRA, pois tem eficácia erga omnes. Acórdão nº 130/2011, processo nº 166/2010-D.*

¹⁵⁵ Cfr. ANDRADE, José Carlos Viera de. Op. Cit.,p.79

¹⁵⁶ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.230-232

chegar a sua preocupação ao PGR, relativamente as normas questionadas no referido parecer jurídico. O PGR, depois de fazer uma abordagem sucinta de cada uma das questões levantadas, apoiou-se no parecer e requereu ao TS a apreciação da constitucionalidade dos seguintes preceitos legais:

Artigos 63º, 64º da Lei nº 10/98 de 9 de outubro; Decreto nº 87/03 de 3 de outubro e os despachos 245/04 e 246/04 de 26 de outubro do Ministro da Juventude e Desporto.

O TS decidiu no sentido de que todos os preceitos legais contestados eram constitucionais, não ficando por ai, decidiu também reparar uma remissão (desculpa o pleonasma) errada da lei n.º 10/98 de 9 de outubro.

O Tribunal fundamentou dizendo que: em matéria desportiva, o princípio geral a ter em conta é o de que as decisões e deliberações definitivas das entidades que integram o associativismo desportivo, são impugnáveis nos termos gerais do direito. As instituições desportivas se atuarem no estrito respeito dos princípios gerais do direito, não tem nada que recear o controlo jurisdicional das suas decisões. Porém as decisões e deliberações sobre questões estritamente desportivas entendidas estas como sendo aquelas que tenham por fundamento a violação de normas de natureza técnica ou de carácter disciplinar, não são impugnáveis nem suscetíveis de recurso fora das instâncias competentes na ordem desportiva, assim sendo não é conferida ao estado ou seus órgãos em matéria de desporto, interferência em questões estritamente desportivas.

Durante a análise da questão constatou-se que existia um erro na lei 10/98 o Art. 63º, 2 (*Das deliberações das federações cabe recurso em última instância para o órgão previsto no Art. 65.º*) fez uma remissão errada para o artigo 65º quando na realidade queria fazer para o Art. 64º, o *lapsus calami* foi reconhecido pelo Ministro quando este foi interpelado pelo TS para se pronunciar a respeito, o Ministro fez uma espécie de apelo aos Magistrados do Supremo dizendo o seguinte: *normas só são compreendidas e concretizados os seus conteúdos se forem interpretadas dentro do contexto em que estão inseridas... além disso é preciso que através do mecanismo hermenêutico se lance mão aos critérios defendidos pela doutrina moderna do direito.* O Ministro acabava

desta forma por apelar a interpretação criativa dos juízes, e certamente o apelo foi atendido.

Podemos considerar essa decisão do Tribunal como sendo ativista pois que o Tribunal corrigiu direito existente, estabeleceu que a partir daquele momento a remissão não seria feita para o Art. 65º mas sim para o Art. 64º, o processo ou a via mais indicada para que isto acontecesse tinha que ser através do parlamento (revisão da lei em questão), o Tribunal usurpou assim a função do legislativo.

2.2.2.3. Case Study III- Tribunal Constitucional, Ac. nº 111/2010, proc. Nº 152/2010.

Precedentes: Em 1991 foi iniciado o processo de transição constitucional, com a aprovação pela Assembleia do Povo da lei nº 12/91 que culminou com a aprovação da CRA em 2010.

Após aprovação da Constituição pela Assembleia da República, 52 Deputados pediram a fiscalização da referida Constituição. O TC pronunciou-se apenas, sobre a validade do procedimento constituinte e o respeito pelos limites matérias da nova Constituição acordados em 1991 no âmbito da transição constitucional plasmado no Art. 159º da LC.

Na sua decisão o TC declarou a inconstitucionalidade parcial da Constituição e mandou devolver a Constituição ora apreciada a Assembleia Nacional para que, esta Expurgue as normas, declaradas não conforme ao estatuído nas alíneas c) e d) do Art. 159º da LC.

O Tribunal argumentou no sentido de que os limites matérias não estavam conformes com a LC de 1992, nomeadamente com o disposto no Art. 159º, alíneas c) e d), questões atinentes ao estado de direito, democracia pluripartidária e a forma de eleição dos titulares dos órgãos de soberania, nomeadamente: No entendimento de que: A possibilidade de o Vice-Presidente tornar-se PR e exercer o respetivo mandato com a plenitude das suas funções, contraria o limite material da alínea d) do Art. 159º da LC. Também foi entendimento do TC que no Art. 109º da Constituição ora fiscalizada, por

conter uma omissão na previsão de indicação no boletim de voto do candidato a Presidência da República fragiliza a imediaticidade do voto e não salvaguarda o interesse da certeza jurídica próprio do estado democrático de direito tutelado pela alinha c) do Art.159º da LC.

Essa prerrogativa de expurgar a norma declara inconstitucional é uma obrigação imposta pela LC ao órgão legislativo (Art. 154.º,n.º 3), ou seja é uma obrigação criada pelo legislativo para o próprio legislativo, não é necessário o TC impor esta conduta ao órgão legislativo, ao faze-lo o Tribunal viola competências do legislativo.

2.2.2.4. Case Study IV- Princípio da igualdade de tratamento (Rui A. G. Neto v. Angola) Ac. N.º 121/2010. Proc. N.º 161/2010.

Com fundamento no tratamento desigual relativamente a situação carceraria estabelecida no Acórdão, proferido pelo meritíssimo Juiz da 5ª Secção da Sala dos Crimes Comuns do Tribunal Provincial de Luanda no âmbito dos processos 11.4582-C, 12.562-C e 12.694-C ou 1.765/07.4TPLDA. Nesses Acórdãos o requerente e o có-reu José Manuel Jacinto de Almeida foram condenados na pena única de 8 anos de prisão maior, tendo nele sido mantida a situação carceraria de prisão preventiva do requerente, enquanto se manteve o co-réu José Manuel Jacinto de Almeida em liberdade provisoria.

Na decisão do TC, este acaba por declarar inconstitucional o Acórdão na parte em que mantém a situação carceraria do recorrente, mais não fica por aí, vai mais longe e determina que ao recorrente deve ser restituída a liberdade. No recurso extraordinário de inconstitucionalidade visa-se averiguar a constitucionalidade das sentenças e atos administrativos (Art. 49.º, alinhas. a) e b) da LOPC) e não a resolução do litígio, também nos mostra isso o Art. 47.º, 1 aplicado por força do 52.º, 1da LOPC, a decisão do recurso pelo TC faz caso julgado no processo **quanto a questão da inconstitucionalidade suscitada.**

O TC entendeu que o Acórdão recorrido, efetivamente, violou o princípio constitucional da igualdade de tratamento previsto no Art. 23º da CRA, pois apesar da igualdade de situações (mesmo processo, mesmo crime, mesma pena) manteve o

Requerente em prisão preventiva enquanto o co-reu José Manuel Jacinto de Almeida foi mantido em liberdade.

Uma vez admitido, o recurso ao TC, ainda que parcialmente, os autos baixam ao Tribunal de onde provieram, a fim de este reformular a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade, ou seja não cabe ao TC determinar a restituição da liberdade, pois esta é uma prerrogativa do Tribunal a quo (Art. 47 n.º2 aplicado por força do Art. 52º n.º1 ambos da LOTC)

Para além deste Acórdão também encontramos decisões semelhantes nos Acórdãos N.º 122/2010. Processos n.º158 e n.º 159/2010; Acórdão N.º 124/2011, processo n.º 174/2010-D; Acórdão n.º 312/2013, processo n.º 296-C/2012; Acórdão n.º 316/2013, processo n.º 382-A/2013, todos do TC.

Numa análise feita ao ordenamento jurídico português J. C. Viera de Andrade¹⁵⁷ acredita que o conflito entre Justiça Constitucional e a legitimidade da maioria legislante não é tao generalizado como poderia parecer a primeira vista, pois que para este autor só existe verdadeiro conflito na área de fiscalização abstrata sucessiva, quanto a fiscalização preventiva este diz que é nítida uma visão atenuada dos poderes do TC que resulta do facto de este apenas pronunciar-se pela existência ou inexistência de inconstitucionalidade, não tendo espaço para decisões intermedias, relativamente a fiscalização concreta este nos diz que aqui não existe verdadeiramente um conflito funcional entre Legislador e Tribunal, pois que o TC aparece nas vestes de defensor da lei (do Legislador ou das soluções legislativas) funcionando assim o Tribunal como potencial aliado do Legislador contra eventuais excessos fiscalizadores dos restantes Tribunais. O que nos parece, é que as ideias de Viera de Andrade não se aplicam ao caso angolano, pois que como podemos constatar nos casos supra mencionados, existe conflitos quer na fiscalização sucessiva (Case Study I e II), quer na fiscalização preventiva (Case Study III) bem como na fiscalização concreta (Case Study IV)¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cfr. ANDRADE, José Carlos Viera de. Op. Cit.,p.75-84

¹⁵⁸ para Umberto Machado Oliveira a identificação de ocorrência de ativismo judicial *nem tao pouco se refere exclusivamente ao exercício do controle de constitucionalidade abstrato ou incidental*. OLIVEIRA, Umberto Machado de, ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit.,p.228

2.2.3. Enquadramento dos casos nos tipos de sentenças intermedias.

As sentenças intermedias, conforme aludimos no ponto 1.1.2 cabem no seu âmbito as sentenças interpretativas, as sentenças apelativas ou exortativas e sentenças de aviso, a declaração de incompatibilidade sem nulidade ou mera declaração de incompatibilidade e as decisões manipulativas. Analisaremos se, de entre os casos supra citados existe algum que se encaixa nalgumas dessas sentenças¹⁵⁹.

As decisões intermedias constituem o núcleo duro dos poderes da jurisprudência suscetíveis de afetarem o domínio da decisão legislativa¹⁶⁰.

Antes de iniciarmos a análise das várias sentenças intermedias, convém alertar para uma certa indefinição ou falta conceptual e terminológica, patente em especial nas ditas sentenças manipulativas, Como exemplo da falta de consistência terminológica, basta mencionar que as sentenças aditivas também são designadas de ampliativas, extensivas ou integrativas. Como exemplo de falta de consistência conceptual, veja-se que Pizzorusso considera as sentenças interpretativas dentro das manipulativas, ao passo que outros autores autonomizam as duas figuras¹⁶¹, feita esta observação vejamos os casos que podem integrar a categoria de sentenças intermedias.

No case study-I, poderíamos estar fortemente inclinados a dizer que este se enquadra no âmbito das sentenças interpretativas¹⁶², pois nessas sentenças os juízes vão precisar e fixar o sentido normativo de uma lei, eles vão pronunciar-se não propriamente sobre o enunciado da lei, mas sobre a norma ou normas que dele se

¹⁵⁹ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Sentenças intermédias: Para além de kelsen mas ainda a quem de uma nova teoria da separação dos poderes. In: Studia Iuridica n° 103: Estudos em homenagem J.J Gomes Canotilho: constituição e estado: entre teoria e dogmática, vol. 2, Coimbra.p.697-714

¹⁶⁰ Cfr. ANDRADE, José Carlos Viera de. Op. Cit.,p.78

¹⁶¹ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p.78 ver também URBANO, Maria Benedita. Sentenças intermédias: Para além de kelsen mas ainda a quem de uma nova teoria da separação dos poderes. In: Studia Iuridica n° 103: Estudos em homenagem J.J Gomes Canotilho: constituição e estado: entre teoria e dogmática, vol. 2, Coimbra.p.695-696

¹⁶² Segundo Alegre Avila a administração da justiça e o exercício da função jurisdicional concretiza-se na interpretação e aplicação da lei. Cfr. ALEGRE A VILA, Juan Manuel. La independencia del juez. Reflexiones en torno a um libro reciente. In: Revista Española de derecho constitucional. Año. 5 N.º 14 mayo Agosto. 1985

podem extrair mediante o recurso a ferramentas hermenêuticas¹⁶³, efetivamente foi isso que o Presidente pediu ao Tribunal, mas ao fazê-lo o Tribunal, ao invés de interpretar acabou no fundo por criar novo direito, retirou a chefia do Governo ao Primeiro-ministro e atribuiu-a ao PR, em termos normais isso só poderia acontecer mediante revisão constitucional, levada a cabo pelo poder legislativo. A verdade é que o case study-I, não se enquadra em nenhuma das modalidades de sentenças intermedias.

Case study-II, podemos enquadrá-lo nas decisões manipulativas substitutivas, pois que nestas os juízes constitucionais alteram o conteúdo normativo do preceito sancionado substituindo o regime jurídico que o Legislador tinha previsto por um outro, pelo menos em parte, efetivamente como vimos o juiz acabou por declarar as normas constitucionais, corrigindo a remissão feita pelo Art. 63º, 2 da lei 10/98 ao Art. 65º, para o Art. 64º¹⁶⁴.

No case study-III, nos parece que os juízes constitucionais definiram uma linha de orientação ou recomendação acerca da política legislativa¹⁶⁵, esse tipo de decisão assemelha-se as sentenças apelativas ou exortativas, tendo o julgamento nesse caso o carácter de uma opinião de advertência para o Legislador¹⁶⁶. Conforme nos mostra Gomes Canotilho¹⁶⁷, *o apelo judicial não é, em rigor, obrigatório para o legislador, mas constitui um «aviso» ou «admoestação» dirigida a este, indiciador de que o Tribunal, no futuro, poderá não tolerar a inconstitucionalidade.*

Pensamos que o case study-IV, se enquadra na classificação de sentenças manipulativas de tipo substitutiva, pois que, neste caso o TC considerou inconstitucional a decisão do Tribunal a quo na parte que manteve a situação carcerária

¹⁶³Cfr. URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p.79

¹⁶⁴ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Ibidem.p.84, ver também CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.1019, Cfr. SILVA, Pedro e Cruz. Op. Cit.,p.1131

¹⁶⁵ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit.,p.75

¹⁶⁶ BURRIEZA, Ângela Figueruelo. La incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo. In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 81. Julio-Septiembre 1993.p. 51, acedido em <http://dialnet.unirioja.es>

¹⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem., p. 1018

do recorrente e em consequência altera a disciplina jurídica prevista mandando ser restituída a liberdade ao recorrente¹⁶⁸.

As novas técnicas decisórias dos juizes (sentenças intermedias) enquadram-se nas mais variadas e distintas formas de manifestações de criatividade judicial, Benedita Urbano¹⁶⁹ fez um estudo a respeito e classificou as sentenças intermedias nos respetivos grupos de criatividade judicial: criatividade tradicional, ortodoxo ou soft, aqui podemos encontrar as sentenças interpretativas; criatividade limítrofe de fronteira ou borderline, aqui encontramos as sentenças apelativas, sentenças de admoestação e decisões de incompatibilidade sem nulidade; criatividade hard, patológico ou heterodoxo, aqui encontramos sentenças manipulativas quer sejam aditivas ou substitutivas, também podemos enquadrar aqui as situações em que os juizes criam ou editam normas gerais.

2.2.4. Tipos de criatividade.

Para este ponto do trabalho, vamos servir-nos da classificação feita por Benedita Urbano, da qual já fizemos uma breve alusão nos pontos 1.1.1 e 1.1.2 deste trabalho, abarcando nesta classificação o criatividade tradicional ortodoxo ou soft, o criatividade limítrofe de fronteira ou borderline e o criatividade patológico, heterodoxo ou hard¹⁷⁰.

O ordenamento jurídico Angolano acolhe o criatividade tradicional pois que o ordenamento prevê situações em que o juiz vai ter uma margem de criatividade, desta feita o Legislador admitiu que este, nos casos de integração de vazios legais em particular nos casos e lacuna de lei possa ou tenha uma dose de criatividade. Também podemos encontrar situações em que o juiz usa da interpretação constitucional para de certa forma criar direito, ainda que em termos muito diminutos, conforme nos mostra José Manuel M. Cardoso da Costa¹⁷¹ os tribunais constitucionais, podem afastar-se do

¹⁶⁸ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit.,p.85 ver também CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem, Cfr. SILVA, Pedro e Cruz. Idem

¹⁶⁹ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Op. Cit.,p.73-77

¹⁷⁰URBANO, Maria Benedita. The law of judges, attempting against Montisquieus's legacy or a new configuration for an hold principle. In: Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra, volume LXXXVI, Coimbra, 2011.p. 630

¹⁷¹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. Algumas reflexões em torno da justiça constitucional. In: studia Iuridica nº 41, Coimbra Editora., p. 122

sentido e alcance das normas fiscalizadas nas situações que o TC italiano chama de *direito vivente* espelham o aparecimento, de determinadas técnicas ou tipos de decisão que fogem ao padrão de um puro e simples juízo de inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade, tais são os casos das decisões interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição. Como exemplo da aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição nós temos o Acórdão n.º 314/2013, processo n.º 385-D/2013, que não declarou inconstitucionais os artigos da lei de base das associações pública no ponto 7 e 8 do Acórdão¹⁷².

Também podemos verificar que no ordenamento jurídico angolano existe a possibilidade de modulação temporal dos efeitos prevista constitucionalmente no Art. 231.º, 4, de igual modo também podemos verificar que o Tribunal em varias Acórdãos faz uso das chamadas nulidades parciais¹⁷³, declarando inconstitucional a norma ou o ato apenas na parte em que fere a Constituição, temos como exemplo os acórdãos n.º 121/2010, processo 161/2010, n.º 314/2013, processo 385-d/2013, n.º 319/2013 processo 394-c/2013.

Acórdão 121/2010 o TC no sentido de restabelecer a igualdade de tratamento dos réus, declarou inconstitucional o acórdão na parte em que mantem a situação carceraria do recorrente. Acórdão 314/2013 no âmbito da fiscalização da lei de bases das associações públicas também se verificou a inconstitucionalidade parcial da lei nº 3/12 de 13 de janeiro-lei de bases das associações públicas. O Acórdão nº 319/2013 no âmbito da fiscalização do regimento interno da Assembleia da República também usou da mesma fórmula declarar a inconstitucionalidade parcial do regimento da Assembleia Nacional aprovado pela lei nº 13/12 de 2 de maio.

Não é fácil traçar uma linha divisória entre as várias funções do estado e isso reflete-se no facto de não se poder indicar com firmeza, muito menos de forma consensual, qual seja afinal o papel dos juízes enquanto aplicadores-criadores do

¹⁷² Francisco Fernandez Segado, nos mostra que o TC espanhol também usa da prática de sentenças interpretativas e nos mostra que através das sentenças interpretativas o TC pode vir a tornar-se num Legislador positivo. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Tribunal Constitucional Español: como legislador positivo. In: Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coord. Marcelo Rebelo de Sousa...[et al.]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. Vol. 1.p.780-781

¹⁷³ Sobre inconstitucionalidades parciais ver CANOTILHO, J.J. Gomes. Ibidem., p. 1020-1022

*direito, ou por outras palavras, quais são os limites a sua atuação criativa*¹⁷⁴. O criativismo limítrofe, de fronteira ou borderline no ordenamento angolano também pode ser encontrado, não nos mesmos termos que as decisões de incompatibilidade sem nulidade ou das decisões apelativas ou exortativas, o caso semelhante encontra-se no Acórdão nº 111/2010, processo nº 152/2010, este Acórdão enquadra-se naquelas situações em que o juízes constitucionais definem linhas de orientação ou recomendações acerca da política legislativa¹⁷⁵, neste Acórdão no sentido de respeitar os limites matérias previsto na LC de 1992, o TC não hesitou em envolver-se no procedimento legislativo, o TC da instruções demasiada positivas ao Legislador¹⁷⁶.

O criativismo patológico, heterodoxo ou hard, também é encontrado na ordem jurídica angolana no case study-I debruçava-se sobre o Acórdão de 21.12.1998, proc. Nº 17/1998; no case study II, sobre o Acórdão de 30.03.2007, proc. Nº 10/2005 e no case study IV Acórdão nº 121/2010. Processo nº 161/2010.

Case study I, o Tribunal criou uma norma geral, assumindo a feição de legislação judicial, configurando as decisões judiciais fontes primárias de direito, o Tribunal produziu novo direito afrontando assim o legítimo titular do poder legislativo e usurpando as suas funções, podendo ser registado um confronto nítido entre o poder judicial e o Legislador, com efeito os juízes já não se limitam a recusar ou destruir uma norma, aqui eles criam ou produzem novo direito¹⁷⁷, verificando-se um criativismo hard, os juízes do supremo nas vestes de juízes do TC ao atribuírem a chefia do Governo ao PR mudaram o sistema de governo de semipresidencialista para presidencialista, o que efetivamente veio a acontecer na Constituição de 2010, nesta verificou-se o carimbo da decisão do TC que como nos mostra Jónatas Machado et ali¹⁷⁸, o sistema de Governo proposto como presidencialista-parlamentar, apesar desta designação, como se disse, trata-se de um sistema presidencial, o qual, na realidade, se traduz num regime hiperpresidencialista, atentos aos amplos poderes que são conferidos pela CRA ao PR.

¹⁷⁴ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p.75

¹⁷⁵ Idem

¹⁷⁶ Idem

¹⁷⁷ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Ibidem.p.76-77

¹⁷⁸ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.242, no mesmo sentido vai WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit.,p.33, 77-114

Esta decisão enquadra-se nas sentenças manipulativa ¹⁷⁹, no que toca as sentenças manipulativas, as omissões do Legislador propiciaram que o TC, recorre-se a uma serie de decisões através do qual tentou acomodar o conteúdo ou a falta de conteúdo das disposições mediante a sua integração ou modificação, a doutrina italiana de modos a identificar esse tipo de decisões usa a expressão *sentenze manipolative*, dentro desta genérica categoria podemos distinguir dois tipos: aquelas decisões em que as manipulações se procedem através da declaração de inconstitucionalidade de uma disposição que tem um alcance normativo menor do que aquele que deveria ter constitucionalmente, e aquelas decisões em que a lei prevê uma determinada coisa, e o juiz constitucional entende que constitucionalmente deveria estar prevista outra coisa. Vezio Crisafulli, compreenderia estes dois tipos assinalando que nas decisões manipulativas acabam por dizer algo mais do que o que era o seu significado original¹⁸⁰.

O case study II, enquadra-se nas sentenças manipulativas de tipo substitutivo, nestas sentenças pressupõe-se que o Legislador deve prever uma coisa e acaba por prever coisa diversa, que se mostra desconforme com a Constituição, estas sentenças procedem a substituição do segmento normativo contrario a lei fundamental por outra que lhe seja afeiçoada, a fórmula mais comum deste tipo de sentenças é a declaração de inconstitucionalidade do preceito na parte em que prevê alguma coisa, verdadeiramente, este tipo de sentença acrescenta em substituição de uma parte ilegítima um critério de decisão diverso, sentenças substitutivas não respeitam o espirito do segmento normativo eliminado, antes adicionam um novo preceito portador de um pensamento jurídico alternativo¹⁸¹. Realmente neste caso o Tribunal acabou por substituir a remissão feita para um artigo em detrimento de outro.

As sentenças de tipo substitutivo verificam-se com maior intensidade na Itália, onde o recurso a este tipo de sentença tem sido mais comum, ai já se deu a substituição da moldura penal de certos crimes se deu também a substituição de uma medida administrativa por uma sanção penal. No caso das sentenças de tipo substitutivo, se, se operar uma decomposição da sentença, verifica-se que há uma ablação de uma parte da

¹⁷⁹HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. La función creadora del Tribunal Constitucional. In: Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 92 - enero-junio de 2011 • p.17-18 acedido em <http://dialnet.unirioja.es>

¹⁸⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. Cit., p.782

¹⁸¹ Cfr. SILVA, Pedro e Cruz. Op. Cit., p. 1131-1132

norma ou de uma ou mais normas, acrescido de uma reconstrução da norma, com vista a preencher o vazio aberto com a ablação.

Pensamos que de igual modo o case study IV, também se enquadra nas sentenças manipulativas de tipo substitutivas.

2.2.5. A figura do Assento.

Figura que foi importada do ordenamento jurídico português, quando Angola resolveu adotar os códigos CPC de 1961 e CC de 1966, as normas que constituem esta figura são: Art.º 2.º do CC e artigos 763.º a 770.º do CPC. O Art. 2º do CC veio atribuir à doutrina fixada pelos assentos força obrigatória geral, a fixação de doutrina com força obrigatória geral traduz a existência de uma norma jurídica com eficácia erga omnes. O carácter normativo dos assentos¹⁸² é, na verdade, irrecusável, face ao disposto no Art. 2º do CC, segundo o qual os tribunais podem fixar doutrina com força obrigatória geral, constituindo verdadeiras normas jurídicas com o valor de quaisquer outras normas do sistema, revestidas de carácter imperativo e força obrigatória geral, isto é, obrigando não apenas os tribunais, mas todas as restantes autoridades, a comunidade jurídica na sua expressão global¹⁸³.

Castanheira Neves, nos fala que a figura dos assentos¹⁸⁴ é uma figura original do direito português¹⁸⁵, figura que foi adotada noutros quadrantes como por exemplo Brasil, sendo que esta figura foi extinta do Brasil no ano de 1890, dando lugar, a posterior, a figura das sumulas vinculantes, sendo está, a segunda figura com carácter vinculante utilizada neste país¹⁸⁶.

¹⁸² MELO, A. Barbosa. Sobre a problemática da competência para assentar. Coimbra. 1988.p.17 ss

¹⁸³ CFR. ACÓRDÃO N° 743/96 do TC Português.

¹⁸⁴ PRATA, Ana. Dicionário Jurídico, direito civil, direito processual civil, organização judiciária, volume I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.p. 173-174

¹⁸⁵ Sobre a originalidade dos assentos ver NEVES, A. CASTANHEIRA. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra, 1983.p.1-22

¹⁸⁶ Cfr. Leonardo F. dos Anjos em Umberto Machado de, ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p. 152-154

Castanheira Neves¹⁸⁷, entende que os assentos Constituem "*uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou a eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte de direito*".

Já Leonardo F. dos Anjos¹⁸⁸, nos diz que em linhas gerais, que os assentos são prescrições jurídicas extraídas de Acórdãos, com o intuito de alcançar a uniformização de jurisprudencial entre decisões controversas.

Antunes Varela e Pires de Lima¹⁸⁹, entendem que o assento tanto pode fixar uma das várias interpretações possíveis da lei, bem como preencher uma lacuna do sistema, criando a norma correspondente, para depois fazer aplicação dela ao caso *sub iudice*, valendo o assento como fonte de direito.

Os assentos assim como as sumulas vinculantes apresentam difícil compatibilidade com o princípio da separação de poderes, pois que estas aspiram uma forma de *legislativo* com efeito vinculante geral e obrigatório. Os assentos por não estarem previstos na Constituição, em Angola podem levantar problemas, quanto a constitucionalidade dessa figura¹⁹⁰.

Diante da introdução, no ordenamento jurídico angolano dos assentos, estamos, diante de um ativismo judicial formal, não constitucionalmente consagrado. A adoção dos assentos traduz-se na institucionalização do ativismo judicial, pois há vinculação do poder executivo, em todos as esferas, consequentemente violação do princípio da separação de poder, desta feita o assento publicado na I serie – nº 62 de 7 de abril de 2010 no Diário da República, pode ser considerada hipótese de ativismo judicial, do ponto de vista formal.

¹⁸⁷ NEVES, A. CASTANHEIRA. Op. Cit., p. 315

¹⁸⁸ Umberto Machado de, ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p. 155

¹⁸⁹ LIMA, Pires de./VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2011.p.52-53

¹⁹⁰MELO, A. Barbosa. Op. Cit., p.1-7 LIMA, Pires de./VARELA, Antunes. Op. Cit., p.156

2.2.5.1. Sua admissibilidade ou não hodiernamente.

Quer Portugal quer o Brasil se desfizeram da figura dos assentos, o Brasil substituiu-o embora não de modo imediato (apenas em 2004) pelas sumulas vinculantes, já Portugal que tinha um regime de assentos igual ao nosso, pelo facto de partilharmos os mesmos códigos, também resolveu desfazer-se da figura, começando com uma declaração de inconstitucionalidade do Art. 2.º do CC português¹⁹¹. Pedido que só foi possível por se entender que os assentos são atos normativos para objeto de controlo¹⁹², e terminando com a revogação do Art. 2º do CC português, revogação feita pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

A solução encontrada baseou-se, no essencial, no regime da «revista ampliada», atual recurso ordinário para o Tribunal pleno: considera-se tal solução claramente vantajosa em termos de celeridade processual, eliminando uma «quarta instância» de recurso e propiciando, mais do que o remédio *a posteriori* de conflitos jurisprudenciais já surgidos, a sua prevenção¹⁹³, optou-se por esta alternativa, aditando-se ao CPC os artigos 732º-A e 732º-B¹⁹⁴.

Face ao exposto, será esta figura nos dias de hoje admissível, no ordenamento jurídico angolano?

CAPITULO III - OS LIMITES A ATUAÇÃO CRIATIVA DOS JUÍZES

3.1. O princípio da separação de poderes.

Mauro Cappelletti¹⁹⁵, reconhecendo que em todo o ato de interpretação existe um certo grau de criatividade, realça que a discricionariedade não deve ser confundida com a total liberdade do intérprete, discricionariedade não quer dizer necessariamente

¹⁹¹ MELO, A. Barbosa. Op. Cit., p. 46 ss

¹⁹² Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p.932-939

¹⁹³ CFR. ACÓRDÃO N° 743/96 do Tribunal Constitucional Português

¹⁹⁴ GONZÁLES, José Alberto. Código Civil Anotado, parte geral, vol. I, Editora Quid Juris, Lisboa, p.20

¹⁹⁵ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 23-24, 73-81

arbitrariedade, diz o autor, que na verdade todo sistema jurídico civilizado, procurou estabelecer e aplicar certos limites a liberdade judicial, para Cappelletti estes limites são substâncias (v.g. leis) e processuais (v.g. o juiz não decide qualquer relação que ele seja parte, baseado no brocardo latino *nemo iudex in causa propria*; diverso do processo legislativo e administrativo o *judicial process*, não pode ser iniciado *ex officio* pelo Tribunal. Hoje os argumentos sobre os limites da atuação judicial estão tendencialmente virados para o princípio da separação de poderes, princípio da maioria¹⁹⁶ e para a teoria da judicial self-restrain.

O tema sobre os limites da justiça constitucional está diretamente relacionado com o princípio da separação de poderes, isto porque a função de legislar na teoria tradicional da separação de poderes, é atribuída ao poder legislativo, enquanto ao poder judicial caberia unicamente a função de aplicar a lei criada pelo legislativo. No entanto é inegável que os juízes também criem direito ao decidir as controvérsias que lhes são submetidas¹⁹⁷.

A doutrina da separação de poderes tem origens¹⁹⁸ que remontam de Aristóteles com a teoria da Constituição mista¹⁹⁹, passando depois para a *rule of law*²⁰⁰, sem esquecer os quatro poderes de John Locke²⁰¹, aonde existia a separação de poderes e supremacia do legislativo, sem esquecermos também a teoria dos checks and balances²⁰², sem esquecermos essencialmente os três poderes de Montesquieu²⁰³, sem esquecermos ainda

¹⁹⁶ Não falaremos desse limite, sobre o mesmo ver MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, coloquio no 10º aniversário do tribunal constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.p.177-198

¹⁹⁷ GRECCO, Sibeles Regina Luz. Fenômeno do ativismo judicial: análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Tese de dissertação da universidade de Coimbra. Coimbra, 2010, p.78

¹⁹⁸ Sobre as origens do princípio da separação de poder ver também MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit., p.224-225, ver também FRANÇA, Adriano Bernardo de. Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira, dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra. 2013,p.14-40

¹⁹⁹ PIÇARRA, Nuno. Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra Editora, 1989,p. 33-34

²⁰⁰ Sobre o significado de The rule of law ver CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p. 93-94

²⁰¹ Os quatro poderes eram: legislativo, executivo, federativo, prerrogativa, sobre os quatro poderes ver Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p. 578-581, Cfr. PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 63-74

²⁰² PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 83

²⁰³ Legislativo, executivo, judicativo, Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p. 578-581, Cfr. PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 89-122

a separação orgânica-funcional apresentada por Rousseau²⁰⁴, passando depois pela judicial review²⁰⁵ até chegarmos ao Estado de direito contemporâneo, estados estes que, maioritariamente, adicionaram um novo órgão no que toca a separação de poderes: O TC. Também vai neste sentido Javier Pérez Royo²⁰⁶ nos diz que o Estado Constitucional desde as suas origens até aos nossos dias tem-se articulado em torno de uma divisão tripartida de poderes, divisão esta que introduziu uma nova instituição, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial: O TC.

O Estado Constitucional tem por base a ideia de que o poder não é exercido por um único órgão. A razão de ser do Estado Constitucional é instituir uma sociedade política de liberdade e para tal, era preciso separar o poder, pois estando o poder separado isto constituiria o travão de cada poder, representado num sistema de freios e contrapesos (checks and balances)²⁰⁷. O princípio da separação de poderes é tão importante na estrutura do estado democrático que a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798) proclama-o característica essencial e decisiva do conceito de Constituição²⁰⁸.

Tanto é que desde o século XX que a ideia de controlo, fiscalização e coordenação recíprocos dos órgãos de soberania de um Estado, tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação de poder. Dentre os vários tipos de controlo dentro do Estado avultam os controlos jurisdicionais, quer da legalidade da administração quer da constitucionalidade da legislação, evidenciando a ascensão nítida do poder judicial, *“tem-se mesmo considerado que os controlos de natureza jurídicos efetuados por um poder judicial independente, tendem a superar em importância, para efeitos da moderação e limitação do poder estadual, os controlos de natureza política entre os órgãos constitucionais de direcção política (parlamento e governo) o sistema de controlo jurídico constituirá o núcleo essencial do princípio da separação de poder no*

²⁰⁴ Cfr. PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 125-139

²⁰⁵ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p.202

²⁰⁶ PÉREZ ROYO, Javier. Tribunal Constitucional y division de poderes. In: Temas Clave de la Constitución Española, Madrid: Tecnos, 1988, primeira orelha.

²⁰⁷ Cfr. WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit., p. 24 sobre checks and balance Cfr. VASCONCELOS, Pedro C. Bacelar de. A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória. In: Studia jurídica, 4, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p.29-35

²⁰⁸ Artigo 16º, Cfr. VIANA, Leilson Soares. Op. Cit., p. 75, Cfr. WEBBA, Mihaela Neto. Idem

Estado de Direito contemporâneo”. O controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis levanta, pois, delicados problemas de delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial²⁰⁹, a validade da lei já não esta em si própria mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objetivos e os princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que a tutela dos princípios constitucionais e dos valores especificamente jurídicos em geral não possa caber, em ultima instância ao legislador mas aos tribunais (nomeadamente ao TC) os quais justamente nessa tarefa encontram o limite do seu poder, não estando de modo algum, “*legitimados a erigir-se em contra legisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa*”²¹⁰.

Javier Perez Royo²¹¹ nos diz que a relação legislador-TC constitui o ponto forte da justiça constitucional, sendo o lugar aonde mais dificuldades se apesentam, este autor acha que controlar os atos do Poder Legislativo é a única coisa que pertence à essência da justiça constitucional. A fiscalização Preventiva justamente por ser prévia, possibilita e quase convida o TC a invadir a esfera do Legislador, corrigir o Legislador e quase dar-lhe instruções para as suas atividades posteriores, podendo converter-se em uma tentação dificilmente resistível. Certamente o TC Angolano não conseguiu resistir, Acórdão nº 111/2010, processo nº 152/2010 (Case Study III).

“O princípio da separação de poderes não tem forte tradição no ordenamento jurídico angolano, tendo aparecido pela primeira vez somente no ano de 1991, com a revisão constitucional efectuada neste ano. Esta situação talvez explique ou possa explicar o facto do seu desrespeito pelo titular do órgão de soberania unipessoal, cuja tradição sempre foi a da concentração total de poderes na sua figura”²¹².

²⁰⁹ Também vai nesse sentido PÉREZ ROYO, Javier. Op. Cit., p. 72, Benedita Urbano acha que as sentenças intermedias não respeitam o princípio da separação de poderes, através delas os juízes constitucionais, assumem funções de outros órgãos. Cfr. URBANO, Maria Benedita. Sentenças intermédias: para além de kelsen mas ainda a quem de uma nova teoria da separação dos poderes. In: Studia Iuridica nº 103: Estudos em homenagem J.J Gomes Canotilho: constituição e estado: entre teoria e dogmática, vol. 2, Coimbra.p.709 e ss.

²¹⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 258, 259, 260, 261

²¹¹ PÉREZ ROYO, Javier. Op. Cit., p. 74

²¹² WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit., p. 27

Jonatas Machado, Paulo Nogueira e Esteves Hilario²¹³ abordavam a questão do significado jurídico-constitucional do princípio da separação de poderes em Angola, nos deram a conhecer que, tendo em conta o hiperpresidencialismo da Constituição Angolana, visível nos poderes de nomeação, direção política e normação detidos pelo PR, esta realidade propicia a criação de disfunções sistemáticas, do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais e da salvaguarda da democracia e do Estado de direito, cabendo ao TC o desempenho de um importante papel, visto que o sucesso da sua função de controlo do poder político executivo e legislativo depende, da sua capacidade para sintonizar a sua jurisprudência com os princípios de direitos humanos, democracia e Estado de Direito.

Não obstante o entendimento clássico do princípio da separação de poderes (a teoria de Montesquieu²¹⁴), a realidade hoje vivida se mostra diferente em alguns estados, dada a complexidade do mundo contemporâneo, exige-se um judiciário mais participativo, capaz de decidir os conflitos que surgem na sociedade, alteram-se as funções clássicas dos juízes, que se tornam também responsáveis pelas políticas de outros poderes estatais, estes têm o dever de orientar as suas atuações de formas a assegurar a integridade da Constituição e dos cidadãos nas democracias contemporâneas²¹⁵. Á respeito Helmut Simon²¹⁶ nos diz que se a própria Constituição introduziu uma jurisdição constitucional dotada de amplas competências, perde-se o sentido da duvidosa intenção de separar bruscamente direito e política.

*“A directa legitimidade democrática do legislador, que não é a dos tribunais, aponta para uma presunção de constitucionalidade das leis e o princípio da separação dos poderes aponta para uma judicial self-restraint”*²¹⁷.

²¹³ MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit., p. 225, 226 sobre o hiperpresidencialismo veja-se em termos gerais WEBBA, Mihaela Neto. Op. Cit. Ou THOMASHAUSEN, André. Op. Cit., p. 341-344

²¹⁴ Sobre a clássica separação dos poderes de Montesquieu Cfr. RIBEIRO, Adolpho José. Op. Cit., p. 55 ss

²¹⁵ Cfr. VIANA, Leilson Soares. Op. Cit., p.76

²¹⁶ SIMON, Helmut, la jurisdicción constitucional. In: Manual de derecho constitucional, BENDA et alii, traducción de Antonio Lopez Pina, Madrid, 2002.p. 849

²¹⁷ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 261 Benedita Urbano nos afirma que a autocontenção judicial está ligada ao princípio da separação de poderes URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p.104

3.2. Autocontenção judicial (judicial self-restraint)

Helmut Simon²¹⁸ nos diz que dado que não é possível deduzir da relação entre direito e política critérios rigorosos de delimitação, a doutrina tende a contentar-se com a recomendação geral de que o Tribunal exerça uma judicial self-restrain.

Conforme nos mostra Benedita Urbano²¹⁹ a expressão é em geral atribuída ao chief justice Stone, que a terá utilizado no seu voto de vencido...no caso United State v. Butler (1936). *“Nas palavras de Stone, “ o poder dos tribunais de declarar uma lei inconstitucional está subordinado a dois princípios decisórios básicos, que nunca devem estar ausente da consciência judicial”*. Um é o de que os tribunais estão comprometidos com a aplicação das leis, não com a sua sabedoria. O outro é o de que, a atuação inconstitucional dos outros poderes está sujeita ao controlo judicial, o único controlo que existe sobre o nosso próprio poder é o nosso sentido pessoal de autocontenção.

Convém destacar que a tarefa de conceituar a autocontenção judicial apresenta dificuldades quase do mesmo nível que a de conceituar ativismo judicial²²⁰. Richard Posner²²¹ nos diz que o conceito de Judicial self-restrain é um camaleão, a respeito Benedita Urbano²²² nos diz que: *“a semelhança do que sucede com o conceito de “ativismo judicial”, o conceito (inverso) de “autocontenção judicial” também acolhe vários sentidos possíveis. Não obstante, no que se refere este último, a diversidade de sentidos é bem mais limitada”*.

Luís Roberto Barroso²²³, enumera algumas situações que considera ser autocontenção judicial, ele nos diz o seguinte: *O “oposto do ativismo é a auto-*

²¹⁸ SIMON, Helmut. Idem.

²¹⁹ URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 102 também vai nesse sentido FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op. Cit., p.96

²²⁰ Cfr. FRANÇA, Adriano Bernardo de. Idem

²²¹ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. In: Califórnia Law Review, Vol. 100, No. 3, June 2012

²²² URBANO, Maria Benedita. Idem

²²³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Eletrónica: revista da atualidade jurídica, edição numero 4, janeiro-fevereiro-09, www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017421

contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”. A respeito Benedita Urbano²²⁴ procurou não definir mas sim explicar o que significa este fenómeno em termos gerais, admitindo a aplicação mais criativa do direito por parte dos juízes, significando “*que essa aplicação mais criativa se deve manter nos limites do razoável e aceitável, ou seja ela não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos (basicamente, dos poderes legislativo e executivo, que cabem, respetivamente, ao parlamento e ao governo)*”. Já Otto Bachof²²⁵ entende a autocontenção como sendo uma *atitude de reserva*, os juízes ao interpretarem a Constituição devem permanecer consciente que são servidores dela, e não senhores dela, são chamados a desenvolver o seu sentido e não a modifica-lo devendo valer o princípio *rule of law, not rule of men*.

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e frequentes na esfera do Legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (self-restraint), fortemente presente nos Estados Unidos. Na dúvida, prevalece a opção do Legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislator*, esta doutrina adota uma conceção modesta do papel do Judiciário, o que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política, anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as melhores soluções²²⁶.

8181901.pdf,p.7, também nos apresenta esta tentativa de definição FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op.cit.p.97

²²⁴ URBANO, Maria Benedita. Idem, ver também FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op.cit.p.97

²²⁵ BACHOF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. Tradução de J. M. Cardoso da Costa. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 56 (1980), p. 12

²²⁶ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controlo da constitucionalidade, acedido em <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>.p.468, 469

Desde logo, afirma-se entender que esta forma de os juízes e tribunais atuarem, pode ser em muitos casos benéfica. Isso, pois, tem o potencial de naturalmente criar uma tendência a preservação do núcleo das funções dos outros poderes, o que consequentemente privilegiaria o princípio da separação dos poderes; além disso, tem o condão de diminuir as chances de desrespeito ao texto constitucional e ao princípio democrático; e poderia evitar tensões ligadas a assuntos que dizem respeito a legitimidade que os poderes têm para decidir sobre determinados temas, como questões políticas e/ou políticas públicas²²⁷. Ao lado destes benefícios surgem a semelhança ao ativismo judicial respetivas críticas, Benedita Urbano²²⁸ nos mostra algumas dentre as quais podemos encontrar a imprecisão conceitual desta figura o que faz ser inidóneo como modelo argumentativo eficiente; existência de uma ligação da doutrina da autocontenção ao princípio democrática, dando assim uma importância máxima a vontade do parlamento, a última crítica esta relacionada ao carácter antidemocrático dos tribunais, nomeadamente dos superiores, não passar de um mito.

²²⁷FRANÇA, Adriano Bernardo de. Op. Cit., p. 98-99

²²⁸URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 106

CONCLUSÕES

Em face das investigações realizadas, e das considerações expostas, terminado o percurso que no presente estudo se propôs fazer, importa nesta altura apresentar uma síntese das conclusões a que se chegou, lembrando desde já que não é possível fazer uma abordagem completamente neutra de fenómenos comportais como o ativismo judicial.

Primeiramente, no tocante a criação de direito pelo juiz constitucional, ficou claro que os juízes podem criar direito, embora em termos limitados, faculdade reconhecida por vários doutrinários tais como Gomes Canotilho, Castanheira Neves, António Manuel Hespanha entre outros, desta feita é Completamente posto de parte os ensinamentos de Montesquieu sobre o papel neutral dos juízes – meras bocas que pronunciam as palavras da lei, também é posta de parte a ideia de Alexander Hamilton, de que o poder judicial, é o poder menos perigoso (The Least Dangerous Branch).

Verificamos que a criação de direito pelos juízes pode ser: uma criação legítima (tratando-se sempre de uma criação de direito subordinada a lei ou nos limites da lei, e respeitadora do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, não sendo uma criação de direito ativista) ou uma criação ilegítima (aqui já existe um confronto claro entre o poder judicial e o poder legislativo, no mínimo corrigem direito existente, no máximo criam ou produzem novo direito, afrontando o legítimo titular do poder legislativo e usurpando as suas funções, é da criação ilegítima que surge o ativismo judicial).

Conclui-se também que o fenómeno do ativismo judicial sofre influencia de fatores externos que favorecem o aparecimento do mesmo, dentre eles o neoconstitucionalismo, a crise da democracia representativa e a judicialização dos factos da vida.

Da abordagem do conceito de ativismo judicial, viu-se que quer a expressão quer o fenómeno tem origem nos Estados Unidos da América. Devido a forma como foi

introduzida a expressão, fez com que o ativismo judicial manifestasse dificuldades de conceituação. Podemos afirmar que se trata de um termo polissémico.

Mostrou-se ainda que o ativismo judicial como fenómeno que é, é capaz de ter quem simpatize com ele e conseqüentemente o defenda e ter quem não simpatize com ele, e o critique.

Na abordagem do ativismo judicial em Angola, no que concerne ao sistema de fiscalização angolano, viu-se que é nos processos de fiscalização aonde ocorrem o ativismo judicial.

Ao trabalhar a caracterização do ativismo judicial angolano, evidenciou-se que o ordenamento jurídico angolano favorece o ativismo judicial, o legislador constitucional preocupou-se em criar figuras que limitassem o aparecimento de ativismo (modulação temporal dos efeitos) limitação que por si só não trava as ondas do ativismo judicial, pois que as outras figuras do ordenamento angolano aparecem em maior numero e com maior força.

Diante disso, conclui-se que, em Angola, o ativismo judicial apresenta mais desvantagens do que, vantagens e é mais prejudicial do que benéfico, pois coloca em risco o princípio da separação de poderes que é de vital importância para o funcionamento do Estado Constitucional de Direito.

Demonstrou-se que nos casos utilizados para ilustrar o fenómeno do ativismo judicial em Angola, ficou perceptível a relação deste com a violação do princípio da separação de poderes.

No que diz respeito ao enquadramento dos casos nos tipos de sentenças intermedias, arremata-se no presente estudo o ponto de vista de que sentenças intermedias também ganham o nome de sentenças manipulativas, sendo que alguns dos casos enquadraram-se nos subtipos de sentenças manipulativas.

Mostrou-se ainda que em Angola encontramos todos os níveis de criatividade, abrangendo, quer o criatividade tradicional ortodoxo ou soft, quer o criatividade limítrofe de fronteira ou borderline e o criatividade patológico, heterodoxo ou hard.

Na abordagem da temática dos Assentos, viu-se que diante da introdução, no ordenamento jurídico angolano dos assentos, estaríamos frente a um ativismo judicial formal, não constitucionalmente consagrado, que levanta problemas quanto a sua constitucionalidade, capaz de por em causa a sua admissibilidade nos dias de hoje.

Ao se trabalhar a temática dos limites da atuação criativa dos juízes, evidenciou-se que os limites podem ser de várias ordens, como nos mostrou Cappelletti, mas atualmente dá-se mais importância ao princípio da separação de poderes e a judicial self-restrain como formas de limitar a atuação criativa dos juízes. Pois que enquanto o poder judiciário não respeitar a liberdade de conformação do legislador, adotando uma atuação não autocontida, conseqüentemente o respeito pelo princípio da separação de poderes, as constituições dos estados não passarão de simples folha de papel, perdendo estas, a força normativa, podendo os cidadãos ficarem vulneráveis ao arbítrio dos juízes, o que poderá por em risco a garantia dos seus direitos individuais no futuro.

Por fim vale ressaltar que, como se pode notar, o estudo do tema ativismo judicial em Angola apresenta interessantes questionamentos e, pelo menos a nosso ver, merece mais atenção dos constitucionalistas e não só, em especial na realidade angolana. Neste cenário, serve o presente estudo como meio de chamar atenção para o tema do ativismo judicial, contribuindo nas pesquisas dessa problemática, e, também como ponto de partida para estudos e para desenvolvimento de futuros trabalhos.

BIBLIOGRAFIA

ALEGRE A VILA, Juan Manuel.

- La independencia del juez. Reflexiones en torno a um libro reciente. In: Revista Española de derecho constitucional. Año. 5 N°. 14 mayo Agosto. 1985.

AMARAL, Maria Lúcia.

- Colóquio luso-italiano de direito constitucional, www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf.

ANDRADE, José Carlos Viera de.

- Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

BACHOF, Otto.

- Normas constitucionais inconstitucionais (tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa), Almedina, Coimbra, 2008.

- Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. Tradução de J. M. Cardoso da Costa. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 56 (1980).

BARROSO, Luís Roberto.

- Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista eletrónica: Revista da atualidade jurídica, edição numero 4 ,janeiro-fevereiro-09 www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf

BENVINDO, Juliano Zaiden.

- On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism, Springer, New York, 2010.

BICKEL, Alexandre M.

- The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics. New haven: Yale university press, 1962.

BURRIEZA, Ângela Figueruelo.

- La incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo. In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 81. Julio-Septiembre 1993.p. 51, acedido em <http://dialnet.unirioja.es>

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo.

- As dimensões do ativismo judicial do supremo tribunal federal, in revista de direito público, número 6 de Julho, instituto de direito público, Almedina, Dezembro de 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes.

- Direito constitucional e teoria da constituição, 7ª edição, Almedina, 14ª reimpressão, Coimbra, 2003.

- Direito dos pobres no activismo judicial. In: Direito Fundamentais Sociais, Editora Saraiva, 2010.

- Um olhar jurídico-constitucional sobre a judiciarização da política e a politicização da justiça; www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf

CAPPELLETTI, Mauro.

- Juízes legisladores? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Sérgio António Fabris Editor, porto alegre, 1993. Título original: Giudici Legislatori?

CARILHO, Fernanda.

- Dicionário de latim jurídico, 2ª edição, Almedina, 2010.

CORREIA, Adérito e SOUSA, Bornito.

- Angola: Historia Constitucional, livraria Almedina, Coimbra, 1996.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da.

- Algumas reflexões em torno da justiça constitucional. In: Studia Iuridica nº 41, Coimbra Editora.

CURZIO FILHO, Walter Grunewald.

- O ativismo judicial e sua ameaça ao ordenamento jurídico. In: Revista direito Mackenzie, v. 5, n. 1.

DAZA, Germán Alfonso López.

- El juez constitucional colombiano como legislador positivo: Un gobierno de los jueces? In: Revista mexicana de derecho constitucional, núm. 24, enero-junio 2011.

DÍAZ, Ana Espinosa.

- El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. In: Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 2, 2010.p.3, accedido em <http://dialnet.unirioja.es>

DWORKIN, Ronald.

- Levando os direitos a serio. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes. 2002. Título original: Taking Rights Seriously.

- Equality, democracy, and constitution: we the people in court. Alberta Law Review, vol. xxviii, no. 2.

EK Quansah e CM Fombad.

- Judicial activism in Africa: Possible defence against authoritarian esurgence? rede africana de juristas constitucionais, <http://www.ancl-radc.org.za>.

ENGELMANN, Fabiano.

- Internacionalização e ativismo judicial: As causas coletivas. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, nº 69, 2006.

ESTEVEVES, Maria de Assunção.

- Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário. In: coloquio no 10º aniversário do tribunal constitucional, tema: legitimidade e legitimação da justiça constitucional, lisboa, 1993, Coimbra Editora. 1995.

FAVOREU, Louis.

- La legitimité de lá justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. In: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

FRANÇA, Adriano Bernardo de.

- Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenómeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira, dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra. 2013.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.

- El Tribunal Constitucional Español: Como legislador positivo. In: Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda / coord. Marcelo Rebelo de Sousa...[et al.]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. Vol. 1.

FILHO, Willis Santiago Guerra.

- Poder judiciário, hermenêutica constitucional e princípio da proporcionalidade. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda, vol. III, Faculdade de direito da universidade de lisboa.

GRECCO, Sibeles Regina Luz.

- Fenômeno do ativismo judicial: Análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Tese de mestrado, Coimbra, 2010.

GONZALES BEILFUSS, Markus.

- Delimitacion de competencias entre el tribunal constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley. In: Revista española de derecho constitucional. Año 14, n 42, septiembre-diciembre, 1994.

GONZÁLES, José Alberto.

- Código Civil Anotado, parte geral, vol I, Editora Quid Juris, Lisboa.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John.

- The Federalist, or the new constitution, London : Everyman, 1996

HART, H. L. A.

- O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes, 3ª edição. Título original: The Concept of Law.

HERRERA, Miguel A. Garcia.

- Rigidez constitucional y estado social. In: Cuadernos de derecho judicial, la experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho, Madrid, 1999.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas.

- La función creadora del Tribunal Constitucional. In: Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 92 - enero-junio de 2011.

HESPANHA, António Manuel.

- Terão os juízes voltado ao centro do Direito? In: Scientia Iuridica, n 322, tomo LIX, abril-junho de 2010.

- Governo da lei ou governo dos juizes?: O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. In: Revista Electrónica de Historia Constitucional, Nº. 12, 2011.

KELSEN, Hans.

- Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan D.

- The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. In: California Law review, vol. 92, 10-31-2004.

LAMBERT, Edouard.

- Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois, Paris, M.Giard&Cie,1921.

LEAO, Anabela Costa.

- Em torno dos conceitos de regra e de princípio: A polémica entre Hart e Dworkin. In: Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. 1 (2008).

LIMA, Pires de./VARELA, Antunes.

- Código Civil Anotado. Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2011.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa.

- Weak Form of Judicial review – apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, nova Zelândia, Israel e Inglaterra. In: Revista Eletrónica do ministério público do estado de Goiás. Nº 3, 2012, acessado em www.dialnet.unirioja.es

MACHADO, Jonatas E. M., Costa, Paulo Nogueira da e Hilario, Esteves Carlos.

- Direito Constitucional Angolano, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

MELO, A. Barbosa.

- Sobre a problemática da competência para assentar. Coimbra. 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira.

- Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1998.
- A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão. In: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/49/26

MIRANDA, Jorge.

- Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI, 4ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2013.
- Teoria do estado e da constituição, Coimbra editora, 2002.

MORAIS, Carlos Blanco de.

- Justiça constitucional, Tomo I (garantia da constituição e controlo da constitucionalidade), Coimbra, 2002.
- Justiça constitucional, Tomo II, Coimbra, 2005.

MOREIRA, Eduardo.

- Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 16, nº 63 (Abr-Jun 2008) São Paulo.

MOREIRA, Vital.

- Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: Legitimidade e limites da justiça constitucional. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, coloquio no 10º aniversário do tribunal constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

NEVES, A. Castanheira.

- O actual problema metodológico da interpretação jurídica, Coimbra Editora, 2003.
- Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. A. 130, nº 3883 (1998).
- Metodologia jurídica: Problemas fundamentais. In: boletim da faculdade de direito Studia Iuridica, Coimbra editora. 2013(reimpressão).
- O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra, 1983.

OTERO, Paulo.

- A acção popular: Configuração e valor no actual Direito português. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 59,3 (1999).

OLIVEIRA, Umberto Machado de, Anjos, Leonardo Fernandes dos; colab. George Marmelstein... [el al.]; [pref.] J.J. Gomes Canotilho.
- Ativismo judicial, Juruá Editora, Curitiba 2010.

PRATA, Ana.

- Dicionário Jurídico, direito civil, direito processual civil, organização judiciária, volume I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

PEREIRA, Marcelo Caon.

- O ativismo judicial e a democracia. In: Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa, volume LII, N 1e 2, Coimbra editora, Coimbra, 2011.

PÉREZ ROYO, Javier.

- Tribunal Constitucional y division de poderes. In: Temas Clave de la Constitución Española, Madrid: Tecnos, 1988.

PIÇARRA, Nuno.

- Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra Editora, 1989.

POSNER, Richard A.

- The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. In: California Law Review, Vol. 100, No. 3, June 2012.

POWERS, Stephen P. e ROTHMAN, Stanley.

- The least dangerous branch? : Consequences of judicial activism, Praeger, Westport , 2002.

RAMOS, António José da Ascensão.

- Ativismo judicial, www.verbojuridico.com/doutrina/2012/Antonioramos_ativismojudicial.pdf

RAMOS, Elival da Silva.

- Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos, Editora Saraiva, 1ª edição, 2ª tiragem, 2010.

REIS, Sérgio Cabral dos.

- Ativismo judicial, efetividade dos direitos sociais e desenvolvimento da democracia no Brasil. In: revista jurídica Cognitio Júris, ano 2, n 4, abril 2012.

RIBEIRO, Adolpho José.

- As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea. Coimbra, 2012. Tese de mestrado da Universidade de Coimbra.

RONALD J. Krotoszynski Jr.

- The New Legal Process: Games People Play and the Quest for Legitimate Judicial Decision Making. In: Washington University Law Review. V.77, Issue 4 (1999). Available at: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol77/iss4/1>

RUBIO LLORENTE, Francisco.

- La igualdad en la jurisprudência del tribunal constitucional. Introduccion. In: Revista española de derecho constitucional. Año 11 n 31 enero-abril 1991.

SAFFON, Maria Paula, VILLEGAS, Mauricio García.

- Derechos sociales y activismo judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. In: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 13, Nº. 1, 2011.

SCHETTINO, José Gomes Roberto.

- Controle judicial de constitucionalidade e ativismo judicial processual, dissertação de mestrado da pontifícia Universidade Católica do rio de Janeiro.

SILVA, Pedro e Cruz.

- Sentenças aditivas do tribunal constitucional e o princípio da igualdade, in O direito, ano 140, v, 2008.

SIMON, Helmut.

- La jurisdicción constitucional. In: Manual de derecho constitucional, BENDA et alii, traducción de Antonio Lopez Pina, Madrid, 1996.

SILVESTRE, Ana Carolina de Faria.

- Casos fáceis e casos difíceis, algumas abordagens contemporâneas possíveis e seus diferentes pressupostos de inteligibilidade. Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra, janeiro 2008.

STRECK, Lênio Luiz.

- Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v1,n (2):pp75-83 julho-dezembro 2009.

THOMASHAUSEN, André.

- O desenvolvimento, contexto e apreço da constituição de Angola de 2010. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. I- direito constitucional e justiça constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- Os recursos de inconstitucionalidade para o tribunal constitucional (texto de apoio). Edijuris.2013.

URBANO, Maria Benedita.

- Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.

- Interpretação conforme com a constituição e ativismo judicial: associação lógica ou ativismo judicial? In: Revista da faculdade de direito da universidade do porto, ano VII- especial (terceiro encontro de professores de direito publico), 2010.

- Sentenças intermédias: para além de kelsen mas ainda a quem de uma nova teoria da separação dos poderes. In: Studia Iuridica n° 103: Estudos em homenagem J.J Gomes Canotilho: constituição e estado: entre teoria e dogmática, vol. 2, Coimbra.

- Criação judicial e ativismo judicial, as duas faces de uma mesma função? in 35º aniversário da constituição de 1976 (obra organizada pelo tribunal constitucional), vol. II, Coimbra, 2011.

- The law of judges, attempting against Montisquieus's legacy or a new configuration for an hold principle, In: Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra, volume LXXXVI, Coimbra, 2011.

VASCONCELOS, Pedro C. Bacelar de.

- A separação dos poderes na constituição americana: Do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória. In: Studia jurídica, 4, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

VIANA, Leilson Soares.

-Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais, Coimbra, Dissertação de mestrado -2010.

VILLALÓN, Pedro Cruz.

- Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Coloquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, tema: legitimidade e legitimação da justiça constitucional, lisboa, 1993, Coimbra Editora. 1995.

WEBBA, Mihaela Neto.

- Os poderes do presidente da república no sistema jurídico-constitucional e político angolano. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.