

Sobre as “lacunas” da Lei de Terras de Macau^[1]

Tong Io Cheng

Professor da Faculdade de Direito de Universidade de Macau

[1] O presente trabalho corresponde basicamente aos vários textos em chinês publicados originalmente no Diário de Macau, entre 31 de Julho de 2015 e 3 de Agosto de 2015. Um agradecimento especial vai dedicado ao Dr. Hugo Luz dos Santos, pela revisão e sugestão de alteração do texto atinente à versão primitiva deste trabalho, bem como pela introdução e acrescento das notas de rodapé.

SUMÁRIO: I. Introdução: a importância da argumentação jurídica no Direito. II. Aproximação ao problema da insuficiência das disposições legais constantes na Lei das Terras para responder cabalmente ao magma fervilhante da realidade social da Região Administrativa Especial de Macau. III. Desconstrução das (erróneas) premissas em que assentam alguns pensamentos juridicamente falaciosos. IV. Da polaridade dialéctica entre as perguntas realizadas pela comunidade jurídica da Região Administrativa Especial de Macau e a necessidade de responder cabalmente às mesmas. V. Da periferia para o centro de gravidade: esboço de resposta cabal às inquietações jurídicas da comunidade da Região Administrativa Especial de Macau (algumas notas ao «correr da pena»). VI. Centro de gravidade: alguns pensamentos avulsos (*ergo*: ao “correr da pena”) sobre as lacunas causadas por interpretações juridicamente inconsistentes e sobre a obrigação de resultado de realização de uma interpretação conforme à Lei Básica de Macau. VII. Da necessidade ingente de se evitar a possibilidade (ainda que abstracta e académica) de contradição lógico-normativa através da aplicação da lei. VIII. O fulcro da questão: existem (realmente) lacunas na Lei de Terras de Macau? IX. Propostas *de iure condendo* para resolver as contradições valorativas e lacunas intra-sistemáticas iminentes à Lei de Terras de Macau. 1. Por que razão não é viável eliminar as contradições valorativas através de meios eminentemente administrativos. 2. Por que razão é que a intenção de deixar para as *calendas gregas* (*rectius*: a prolação de uma sentença no processo cível) a resolução das questões atinentes à Lei de Terras não se afigura viável. 3. Por que razão a regulamentação transitória das lacunas expressas e ocultas ínsitas na Lei de Terras de Macau é juridicamente viável. X. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA (BOA) ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO

a) Qualquer argumentação jurídica sólida^[2] (incluindo as que emergem de debates jurídicos ocorridos no decurso de processos legislativos e judiciais) deverá iniciar-se por uma vincada pretensão de correcção^[3]. Por um lado, o legislador não pode declarar peremptoriamente que vai criar uma lei injusta no início (no meio, ou mesmo no fim) de um processo legislativo^[4]. Por outro lado, os juízes também não podem declarar publicamente^[5], antes do julgamento dos pleitos submetidos a juízo^[6], que irão julgar os casos ao arrepio de um correcto entendimento jurídico da lei^[7]. O antigo direito romano (*ius est ars boni et aequi*) demonstrou

[2] Na doutrina espanhola, MANUEL ATIENZA, "Argumentación e Constitución", *Anuário de Filosofía del Derecho*, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política e Ministério de Justicia de Espanã, n.º 24, 2007, pp. 197-224.

[3] ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 39 e ss.

[4] Por essa razão, autorizada doutrina alemã alude expressamente a uma interpenetração entre o direito e a moral em sede da qual existe uma "necessary connection between law and morality by way of three theses: the "incorporation thesis"; "the morality thesis" and the "correctness thesis"; ROBERT ALEXY, *The Argument from Injustice, A Reply to Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 70.

[5] Afirma-se comumente que existem três funções pertinentes às cláusulas-gerais, a saber: a incorporação de normas sociais, a transformação de

normas sociais e a delegação (ou deferimento constitucional e/ou legal) do poder de conformação do direito nos juízes; GUNTHER TEUBNER, *Standards und Directiven in Generalklauseln: Möglichkeit und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten- Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971, pp. 89-110; ANNE RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp. 23-27.

[6] Na medida em que "a eficácia extraprocessual de uma decisão só se evidencia pela força de caso julgado material" que deve estar (tem de estar) recoberto pelo manto diáfano da tutela jurisdiccional efectiva e da primazia da tutela da materialidade subjacente; MARIA JOSÉ CAPELO/NUNO BRANDÃO, "A eficácia probatória das sentenças penais e das decisões finais contra-ordenacionais", *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, N.º 4006, Setembro-Outubro de 2017, pp. 27 e ss.; monograficamente, MARIA JOSÉ CAPELO, *A Sentença entre a Autoridade e a Prova*,

Coimbra: Almedina, 2016, pp. 145-149; RUI PINTO, "Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1158 e ss.

[7] Burlilar acuradamente esta questão levar-nos-ia muito longe. Por acinte, conspicuamente *fora* do perímetro argumentativo em que nos movemos neste pequeno opúsculo. Mas uma coisa parece certa: o juiz (ao decidir questões jurídicas complexas – os denominados *hard cases* –) deverá realizar um circunstanciado relance do olhar para a realidade social a que essa decisão judicial se destina. Ninguém ilustrou melhor esta questão do que um afamado juiz e professor universitário norte-americano; RICHARD A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1990, 18-98; RICHARD A. POSNER, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press,

esse pensamento com grande acuidade científica. O direito moderno seguiu esta linha de pensamento, no sentido de que se deverá previamente formatar a lei como uma lei essencialmente justa^[8] (*just law*).

b) Na maioria dos casos, o ordenamento jurídico pode dar uma solução justa (escorando-se em critérios de moralidade jurídica e de moralidade deontológica^[9] que se aplicam aos debates emergentes na sua arena) aos pleitos submetidos a juízo, apesar de às vezes ter um processo de representação jurídico-política mais tortuoso e, até, opaco. Contudo, existem circunstâncias em que nem as próprias disposições legais contidas num determinado sistema jurídico conseguem dar uma resposta justa aos pleitos submetidos a juízo e, logo, às exigências sociais de uma borbulhante realidade social, como a da Região Administrativa Especial de Macau^[10]. Vejamos, pois.

II. APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA DA INSUFICIÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS CONSTANTES NA LEI DAS TERRAS PARA RESPONDER CABALMENTE AO MAGMA FERVILHANTE DA REALIDADE SOCIAL DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

a) Tendo como escopo primacial a ilustração da insusceptibilidade de certas disposições legais constantes da Lei das Terras para

Belknap Press, 1999, 78-109; RICHARD A. POSNER, *How Judges Think*, Pims - Polity Immigration and Society Series, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, 1-400 (1-34) («When conventional legal materials enable judges to ascertain the true facts of a case and apply clear pre-existing legal rules to them, Posner argues, they do so straightforwardly; that is the domain of legalist reasoning»).

[8] Por essa razão se afirma que “se uma lei for injusta haverá obrigação moral de a incumprir”, H. L. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71, 4, 1958, pp. 593 e ss.

[9] Na filosofia do direito, ALEKSANDER PECZENIK, “Law, Morality, Coherence and Truth”, *Ratio Juris*, Volume 7, Number 2, July 1994, 1994, p. 161 (que fala numa interligação

necessária entre o direito e a moral, uma moral deontológica).

[10] Na doutrina alemã, ROBERT ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4.ª edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, pp. 64-70 (por essa razão, o reputado filósofo do Direito alemão alude à necessidade de as decisões político-legislativas (ou seja, as leis) serem o mais racionais possível).