



The Asia Foundation
Dalan Americo Thomas # 122
Mandarin, Dili
Timor Leste

DIREITO CONSTITUCIONAL À PROPRIEDADE

Preliminares

Existem alguns problemas em relação ao direito à propriedade, que devem ser considerados e esclarecidos antes que este assunto seja incorporado no projecto final da Constituição. Este texto traz de uma forma sumária e ilustrativa, alguns dos mais importantes artigos das constituições de vários países da Ásia - as Filipinas e a Malásia - e de recentes constituições (após 1990) da África - Lesoto, Malawi, Namíbia, a África do Sul e do Uganda.

Ponto 1. Qual o conteúdo das disposições sobre os direitos da propriedade?

Qual o conteúdo de cada artigo ou capítulo sobre este tema? Alguns dos exemplos dados limitam-se a artigos muito breves - as Filipinas, Malawi e a Malásia, enquanto os outros expõem capítulos inteiros sobre os aspectos da política de terra e a administração - Lesoto, a Malásia e o Uganda, colocando a África do Sul em uma posição intermédia. Embora breve, um artigo pode estabelecer uma distinção nítida entre uma definição negativa de direito e uma positiva, ou a garantia de direito. Contraste:

1. Cada pessoa poderá adquirir propriedade individualmente ou em associação com os outros [Art. 28º (1) - Constituição do Malawi]; e [Art. 26º (1) - Const. Do Uganda] - em muitos aspectos semelhante à anterior

em comparação com:

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de direitos da propriedade, salvaguardando se for de acordo com a Lei [Art. 13º (1) - Const. da Malásia]; e [Art. 25º(1)- Const. da África do Sul, e secção 9, Art. 3º da Const. das Filipinas, que se coadunam em muitos aspectos].

Do ponto de vista geral, os tribunais não fazem qualquer tipo de distinções em propiciar a propriedade privada, independentemente se o direito a ela for frisado de uma maneira positiva ou negativa. A opinião pública, no entanto fica sempre mais confortada por uma definição positiva.

Outro ponto deste assunto é a questão se o artigo contém o direito primário, formulado seja em que maneira for, mas que deverá igualmente conter quaisquer elaborações ou limitações no direito. Podemos contrastar aqui as constituições da Malásia e do Malawi com o artigo 1º do protocolo 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e da África do Sul:

- 1.) Não será estipulado pela lei a aquisição forçosa ou o abuso da propriedade [art. 28º(2) – Const. do Malawi];
- 2.) Nenhuma pessoa pode ser arbitrariamente privada da propriedade [art. 28º(2)- Const. do Malawi];
- 3.) Cada personalidade natural e jurídica tem direito de usufruir os seus bens. Ninguém será privado deles, excepto no caso de interesse público e sujeito às condições estipuladas na lei e nos princípios gerais do direito internacional.
- 4.) As disposições precedentes, não irão prejudicar o direito de o estado impor tais leis, se julgar necessário para o controlo da utilização de propriedade de acordo com o interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou penalidades. (Art. 1º Prot 1, CEDH).

O artigo 25º da Constituição sul- africana expõe uma série de circunstâncias nas quais a terra pode ser adquirida para remediar as injustiças feitas na era do apartheid; estas aparecem como medidas de restituição e redistribuição de terras e estipulando ao mesmo tempo segurança da posse para aqueles cujo direito de posse sobre as suas terras tinha sido rejeitado pelas leis anteriores.

O Tribunal Europeu para os direitos humanos (O Tribunal Europeu) têm consistentemente afirmado, que são três regras incorporadas no artigo anterior:

- *primeira regra:* a garantia de direito à propriedade;
- *segunda regra:* circunstâncias nas quais uma pessoa pode ficar destituída das suas possessões sem ser transgredida a primeira regra;

- *terceira regra:* circunstâncias nas quais o estado pode interferir com o usufrir dos bens individuais.

Nas constituições que estipulam a proteção ilimitada da propriedade, normalmente aparece um artigo que permite derogar ou limitar parcialmente da Constituição todos os direitos abrangidos no capítulo dos direitos humanos. Isto pratica-se no Malawi- art. 44º – e África do Sul- art. 36º .

Ponto 2. A natureza do direito à propriedade

Por detrás das fórmulas diferentes contidas nas constituições da Malásia e do Malawi e da CEDH encontra-se um assunto mais pertinente que se deve salientar. Trata-se da diferença entre os pontos da abordagem dos assuntos constitucionais nos países da Commonwealth cuja inspiração foram a definição de direitos de início do século XVIII fundamentadas nas noções dos direitos naturais de propriedade, sobretudo as definições da Declaração Francesa dos Direitos Humanos e a Constituição dos Estados Unidos, e as definições após a segunda guerra mundial baseadas na função social da propriedade (devemos destacar aqui o Duguit como sendo provavelmente o teórico não- marxista mais conhecido que aderiu a esta tese) e ainda mais a definição na Lei fundamental alemã (Constituição) de 1949.

A primeira abordagem define a propriedade como um dos três valores fundamentais da sociedade, juntamente com a vida e a liberdade. É da máxima importância expressar o direito à propriedade em termos ilimitados; quaisquer limitações são solucionadas pelos tribunais. Esta abordagem foi fortemente realçada em países da Europa Oriental pelos conselheiros americanos. Os dados do Supremo Tribunal dos Estados Unidos mostram uma tendência em proteger a propriedade privada contra qualquer controlo social. Segundo este ponto, as obrigações sociais são estruturadas em uma ampla definição dos direitos da propriedade, o exemplo visível na CEDH e na Lei fundamental alemã:

- 1) A propriedade e o direito à herança serão garantidos. O seu sentido e as restrições serão definidos pela Lei.
- 2) A propriedade vincula às obrigações. O seu uso servirá igualmente para o interesse público.
- 3) A desapropriação será permitida unicamente em casos do interesse público. Esta só poderá ser ordenada por ou de acordo com a lei que define a natureza e amplitude de indemnização. A indemnização deve reflectir um balanço justo entre o interesse público e o dos afectados. No caso de disputa, em relação ao

montante de indemnização, está previsto o recurso a tribunais comuns (art. 14º, Lei fundamental).

É relevante mencionar que a divisão entre as constituições costuma ser entre aquelas com a tradição da Lei comum, que proporciona direitos à propriedade ilimitados; e aquelas com a tradição do direito civil, segundo as quais os direitos à propriedade implicam obrigações sociais. O exemplo da África do Sul é significativo devido à sua herança dual do Direito romano- holandês derivado do direito civil, mas fortemente influenciado pelo direito comum, derivado da sua ligação colonial com a Grã- Bretanha, e o qual contém dentro da uma mesma cláusula ambas as afirmações, a teoria "absolutista" da propriedade e ao mesmo tempo um número considerável de deveres sociais específicos que limitam esses direitos absolutos. Este poderia ser o caso de Timor Leste onde o direito consuetudinário sobre a posse de terra é tão importante e implica deveres sociais como parte integrante de direito da utilização de terras, e onde a lei relacionada com este assunto foi herdada do período colonial português e baseada no direito civil, e por isso a maneira de abordagem da CEDH, alemã ou sul- africana seria uma opção mais preferível a adoptar.

Ponto 3. A natureza da propriedade

A teoria referida sob o ponto anterior, leva-nos a seguir uma determinada lógica que nos traz até o assunto a seguir: a natureza da propriedade. O que engloba o artigo sobre a proteção de propriedade? Supõe-se que protege a terra e esta suposição é reforçada se se reparar na existência de muitas cláusulas de disposições sobre a aquisição forçosa de propriedade e o dever que isto implica em pagar uma compensação. O significado da propriedade é, no entretanto mais amplo do que o assunto da terra. Encontra-se em ele uma mais clara distinção entre o Direito civil e o Direito comum. A Lei alemã da propriedade privada seria o melhor exemplo para expôr esta matéria. O Direito civil coloca a propriedade em termos de posse sobre a coisa, o que é certamente o caso da Lei alemã sobre a propriedade privada. O Tribunal Constitucional federal alemão tem adoptado o significado constitucional da propriedade mais abrangente do que aquele a estender-se ao significado do Direito privado, o qual inclui menos as coisas, direitos e intereses imaterias do que a posse.

O Direito comum por outro lado, tem sempre tido uma concepção muito larga da propriedade, derivada da sua abordagem em vê-la como um pacote de direitos; muitas pessoas podem ter a propriedade ou direitos da posse sobre a mesma coisa. Podemos rever o exemplo mais conhecido do Direito civil a considerar que só pode haver um único proprietário sobre um pedaço de terra, enquanto o Direito comum permite a várias pessoas, sem quaisquer obstáculos possuírem diferentes direitos sobre um pedaço de

terra. Uma vez mais, em relação à posse de terras precisamos de nos referir ao Direito consuetudinário: em muitos aspectos o Direito comum na sua concepção de direitos sobre a terra aproxima-se mais ao Direito consuetudinário do que o tem feito o Direito civil. (Tem que ser, porém dito que isto não facilitou o reconhecimento da posse de terra consuetudinária pelos juristas e funcionários jurídicos britânicos da época colonial, os quais talvez algo paradoxalmente tinham adoptado um ponto de vista mais semelhante com o Direito civil, rejeitando aos usufridores habituais os direitos da terra com a justificação que ninguém é proprietário. Desde a independência, os advogados em países onde o direito consuetudinário é o mais dominante, têm-se melhor preparado para aceitar o facto que os usufridores de terras, segundo as leis consuetudinárias têm direitos sobre elas). Se Timor Leste aplicar o Direito civil como o seu direito adoptado, será então necessário a Constituição especificar muito claramente as cláusulas dos direitos da propriedade, e que o sentido da propriedade no Direito constitucional é muito mais amplo do que o sentido no Direito privado. Isto poderá ser feito definindo o conteúdo das disposições sobre a propriedade de maneira como tinha sido feito na Constituição da Índia em 1950 e na Constituição de Nigéria em 1960.

Quanto mais amplo? Isto é um ponto que se tornou o objecto de debates constantes, sobretudo dentro de círculos jurídicos americanos. Não será provavelmente muito adequado entrar aqui neste debate, porém seja difícil de contorná-lo. Até no mundo do Direito comum existem as disputas relacionadas com o conteúdo do conceito da propriedade para os propósitos constitucionais. Um dos pontos de vista, o de controlo exclusivo é um requisito indispensável da propriedade privada e inclui no significado as possessões em termos físicos ou o controlo legal. A exclusividade, embora um teste crucial na matéria de propriedade, há uma outra abordagem da função social a qual tem incrementado a designação da abordagem comunitária que poderá ser utilizada para limitar o alcance de exclusividade; o controlo exclusivo poderá ser rejeitado quando é moral e socialmente indesejado. Outro teste usado é a remoção. Tal como já foi mencionado, os testes da exclusividade e remoção representam a teoria liberal dos direitos de propriedade, onde a propriedade privada é considerada como um baluarte de protecção contra a intervenção governamental com os cidadãos. Uma orientação social ou abordagem comunitária à propriedade não teria considerado estes testes tão importantes. Eles não assentam facilmente com o Direito consuetudinário da posse de terras. Poderá não se prestar a atenção para assegurar que o conceito da propriedade é inclusivo e que será respeitada a realidade de relações de propriedade em Timor Leste.

Apareceram no entretanto outros efeitos relacionados com o debate, os quais têm a ver com os benefícios do estado: reformas, segurança social, construção de casas. A questão que se coloca é, se são estes direitos de propriedade protegíveis pela constituição ou representam apenas os benefícios que podem ser retirados ou alterados em qualquer altura pelo estado para o prejuízo do beneficiário? A maioria dos sistemas jurídicos

ocidentais adoptaram essa última tese. A abordagem sul- africana no que diz respeito à habitação é digna de mencionar:

- 1) Cada pessoa tem direito de ter o acesso a uma habitação adequada;
- 2) O estado deve tomar medidas legislativas e outras de carácter moderado, dentro de recursos disponíveis para conseguir um cumprimento progressivo na realização desses direitos;
- 3) Ninguém deve ser desapropriado da sua habitação ou tê-la demolida sem a resolução do tribunal e isto só depois de considerar todas as circunstâncias relevantes...(art. 26º const. da África do Sul).

O terceiro sub- artigo é o mais importante visto que protege aqueles que moram em povoações urbanas não autorizadas e concentra-se antes no facto de ocupação do que rigorosamente em legalidade do direito de ocupar. Esta posição em relação à terra mantém todo o ímpeto da constituição sul- africana aquando este tema, que é usado para admitir que devido à história de relações em relação à terra, as possessões sem ou com pouco suporte legal são algo que todos os cidadãos podem reclamar de ter, de maneira que a Constituição deve ao mesmo tempo proteger essa posse e facilitar o desenvolvimento de uma base jurídica mais abrangente e inclusiva de direitos à terra e habitação. O modelo retratado poderia ser um muito bom exemplo e de importância particular para Timor Leste.

Ponto 4: Disposições especiais sobre terra?

O tópico final que surge da discussão da posição sul- africana sobre os direitos de propriedade e sobre a qual se deve falar é, quais disposições sobre terra devem ser colocadas na Constituição. Das constituições que podemos mencionar aqui sobre este assunto , quatro delas têm disposições específicas sobre a terra- O Lesoto, a Malásia, as Filipinas e o Uganda passando pelo artigo geral da proteção de propriedade na sul- africana que se refere à terra em grande parte.

O Lesoto em três artigos que ocupam uma página, traz as disposições específicas para empossar todas as terras na Nação Basoto; produzidas para quem pode distribuir essas terras; e autoriza o Parlamento a fazer leis que regulem os princípios e práticas de qualquer divisão. *A Malásia* em oito artigos que ocupam onze páginas faz disposições detalhadas de transações entre o governo federal e os estados; produz para a continuação de existência da reserva do Malai e estabelece o Conselho Nacional de terra cuja função é de definir políticas do uso de terra por toda a Federação.

As Filipinas em três secções que ocupam uma página produz especificamente para a reforma agrária e urbana, concentrando-se nos sem terra nas áreas rurais e habitações para os sem abrigo em áreas urbanas.

O Uganda em sete artigos a ocuparem quatro páginas, estabelece direitos dos cidadãos à posse de terra sob as diferentes formas do direito de posse, incluindo o direito consuetudinário; estabelece uma forma descentralizada da administração de terra; estabelece a Comissão da terra com o propósito de agir como representante e administrador do governo; e provisiona para a implementação dos tribunais especializados de terra para ouvir todos os casos relacionados com os assuntos de terra. Em cada caso, as disposições específicas podem ser esclarecidas com a história de relações da terra no país em questão.

Todos estes factores mencionados indicam uma larga série de matérias que podem ser englobadas por disposições que regulam a matéria da terra dentro da própria constituição, e as razões para a sua existência. As questões da terra são um assunto de grande importância em Timor Leste, e por esta razão seria inteiramente adequado reconhecê-la quando abordar esta matéria como um capítulo individual da Constituição. Aquilo que no entanto preciso sublinhar é a necessidade em se manter fiel a princípios fundamentais que regulam as relações de terra e instituições que administram a terra, por isso quem ficar envolvido no assunto, é melhor não tentar escrever o direito de terra como parte da Constituição. Uma disposição interessante no capítulo sobre a terra no Uganda foi o limite de tempo predeterminado para decretar uma lei de maneira que dê um efeito pormenorizado aos princípios abrangidos na Constituição. O limite de tempo foi adquirido na prática.

Conclusões

Os assuntos debatidos não serão os únicos que precisam de ser discutidos no contexto de elaboração das disposições constitucionais sobre a propriedade e terra. Porém, são eles fundamentais na elaboração de disposições convenientes à situação em Timor Leste. Outros quatro pontos que devem ser mencionados, embora não sejam discutidos aqui:

- A igualdade dos direitos para as mulheres no acesso e na posse de terra. Nenhuma das constituições aqui referidas faz alguma referência especial à esta matéria, embora as Constituições da Namíbia, a África do Sul e do Uganda façam uma referência geral aos deveres do estado para emendar a situação geral desfavorável das mulheres em relação ao desenvolvimento social e económico.

- A quantidade da indemnização quando a terra e outra propriedade é coercivamente adquirida pelo estado. Curiosamente, em nenhuma das Constituições aqui discutidas se menciona o valor do mercado a pagar.
- Se os estrangeiros podem possuir a terra ou obter o mesmo tipo de direito de ocupar e utilizá-la que os cidadãos nacionais têm. Mais uma vez, nenhuma das Constituições mencionadas aqui adverte especificamente a isso.
- As ocasiões e finalidades nas quais a terra e outra propriedade pode ser adquirida por meios coercivos. A maioria das constituições revistas oferecem uma fórmula genérica para a cobertura deste tópico.

Esta matéria final é exactamente uma para a qual teremos de olhar com atenção. Há necessidade de respeitar convenções e direitos internacionais quando forem desenhadas as disposições sobre os direitos humanos. Na área da terra e habitação, a convenção internacional de maior importância é a Declaração de Istambul e o Programa de Habitação adoptadas na Conferência das Nações Unidas sobre as Povoações Humanas (Habitat II) em Istambul em Junho de 1996. Reduzir um documento de importância maior em uma frase não é uma tarefa fácil, mas no que toca a assuntos de terra os cometimentos principais são a segurança jurídica do direito à propriedade e o acesso à terra igual para todos, sobretudo para as mulheres e aqueles que vivem na pobreza aos quais deve ser dada atenção especial; e as disposições de sistema transparente, acessível e compreensível para a transferência de direitos da terra e assegurar o direito de posse. É desejável que estas matérias sejam previstas em qualquer capítulo sobre a terra na Constituição.

Patrick McAuslan
Professor de Direito; UNCHS/ Consultor da Fundação Ásia