

REVISTA Jurídica

FACULDADE DE DIREITO • 2025 JULHO • VOLUME VII



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

Título: Revista Jurídica Volume VII

(Edição Comemorativa dos 50 Anos do Curso de Direito)

@ 2025 Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane

Propriedade: Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane

A. Kenneth Kaunda, 960

C. P. 257 Maputo - Moçambique

Email: revistajuridicafduem@gmail.com | revistajuridicafduem@gmail.com

Editor-Chefe: Tomás Luís Timbane

Revisor: Henriques José Henriques

Concepção Gráfica: Alfredo Mário Uamusse (amario.uamusse@gmail.com)

Impressão: Imprensa Universitária

Endereço Web: <https://direito.uem.mz/revista-juridica-2025-1-vii/>

Os artigos publicados expressam a opinião dos autores.

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UEM

DIRECTOR

Carlos Manuel dos Santos Serra

COMITÉ EDITORIAL

Albano Macie

Carlos Pedro Mondlane

Eduardo Alexandre Chiziane

Fernando António Santos

Gildo Manuel Espada

Henriques José Henriques

Joaquim Miguel Castigo Fumo

Orquídea Massarongo-Jona

Paulo Daniel Comoane

Tomás Luís Timbane

Wilda Alberto Govene

CONSELHO CIENTÍFICO

Almeida Machava

Anselmo Samussone

Carlos Maria Feijó

Catarina Salgado

Dário Moura Vicente

Elísio Macamo

Esmeralda Mariano

Fredie Didier Júnior

José Augusto Fontoura e Costa

Jorge Carlos Almeida Fonseca

ÍNDICE

SECÇÃO I

EDITORIAL	V
NOTA DO DIRECTOR	VIII

SECÇÃO II

DOCTRINA

UM RELANCE SOBRE A TEORIA GERAL DA REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO MOÇAMBICANA

Doutor Albano MACIE	14
Introdução	16
I. Revisão da Constituição: delimitação teórica	18
II. O processo de revisão da Constituição em Moçambique, seus limites e consequências da sua não observância	25
III. Consequências de violação dos procedimentos e limites de revisão constitucional: irrefutabilidade da revisão constitucional	62
Conclusão	68
Bibliografia	70

ACÇÕES ENCOBERTAS EM MOÇAMBIQUE: BREVE ANÁLISE JURÍDICA

Mestre Alberto NKUTUMULA	74
Introdução	76
I. Contexto e aspectos preliminares	78
II. Acções encobertas no ordenamento jurídico moçambicano	85
Conclusões	99
Bibliografia	101

TAXA DE RADIODIFUSÃO: UM IMPOSTO?

Mestre David FERREIRA	104
Introdução	106
I. Da dicotomia entre Imposto e Taxa	107
II. Da Taxa de Radiodifusão	113
Conclusão	120
Bibliografia	121

OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL: ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO DOS ARTIGOS 201, 202 E 203 DO CÓDIGO PENAL

Mestre Elysa VIEIRA	124
Introdução	126
I. O (ainda) “direito penal do bem jurídico”	127
II. Desafios na interpretação e aplicação dos artigos 201, 202 e 203 do Código Penal	131
Conclusão	144
Bibliografia	145

ALGUMAS NOTAS SOBRE OS TRIBUNAIS MARÍTIMOS EM MOÇAMBIQUE E O DIREITO INTERNACIONAL DO MAR

Prof. Doutor Fernando Loureiro BASTOS	148
Introdução	150
I. A distinção entre Direito Internacional do Mar e Direito Marítimo	154
II. As fontes do Direito Internacional do Mar como parte do ordenamento jurídico de Moçambique	158
III. O espaço marítimo de Moçambique e os poderes que podem ser exercidos em cada uma das zonas marítimas que o integram	164
IV. Crimes marítimos e contravenções marítimas	174

Conclusões	179
Bibliografia	183

EFEITOS JURÍDICOS DA RATIFICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM MOÇAMBIQUE: A QUESTÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA

Mestre Luís BITONE	186
Introdução	188
I. Os artigos 12 CDPcD e 7 do PCADHPDPcD sobre a personalidade, capacidade jurídicas das pessoas com deficiência	190
II. O regime jurídico da personalidade e capacidade jurídicas das pessoas com deficiência na CDPcD e no PCADHPDPcD	193
III. O regime jurídico moçambicano sobre personalidade jurídica e capacidade jurídica das pessoas com deficiência e sua conformidade com os padrões internacionais	198
Notas conclusivas	204
Bibliografia	206

O JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL NA ACTUAL REFORMA LEGISLATIVA PROCESSUAL PENAL

Doutor Manuel CASTIANO	208
Introdução	210
I. O Juiz na Instrução no sistema processual penal do acusatório formal de 1929	213
II. O Juiz de Instrução Criminal no sistema do acusatório mitigado pelo princípio da investigação de 1945	215
III. O Juiz da Instrução Criminal na Lei n.º 2/93, de 24 de Junho	217
IV. O Juiz de Instrução Criminal no Código de Processo Penal de 2019	219
Conclusão	226
Bibliografia	227

RECURSO DE AMPARO EM MOÇAMBIQUE: FUNDAMENTOS E POSSIBILIDADES PARA A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE ACTOS LESIVOS DO PODER PÚBLICO

Doutor Mateus SAIZE e dr. João CHICOTE	228
Introdução	230
I. Horizonte do problema	231
II. Modelo de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique	236
III. As razões de uma resposta	238
IV. Um sistema com défice significativo de protecção dos direitos fundamentais	239
V. Um sistema de fiscalização concreta que institucionaliza a sua manipulação como instrumento dilatatório	241
VI. Um sistema deficitário na protecção jusfundamental	242
VII. Um sistema de fronteiras móveis, difusas e manipuláveis	243
VIII. Que recurso de amparo?	244
IX. O amparo espanhol	245
Conclusão	247
Bibliografia	249

UMA PROPOSTA DE APROFUNDAMENTO E HARMONIZAÇÃO DA TRAMITAÇÃO DE RECURSOS DE REVISÃO NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA MOÇAMBIcana

Doutor Nelson Osman JEQUE	252
Introdução	254
I. Fundamentos, prazo, legitimidade, competência e efeito do recurso de revisão	256
II. Tramitação	267
Conclusão	274
Bibliografia	276

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O DISCURSO DO ÓDIO E ATAQUES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA LEITURA A PARTIR DE DWORKIN

Doutor Yduan de Oliveira MAY e dra. Amanda Sebastião DAL PONT

	280
Introdução	282
I. A liberdade de expressão na Constituição Federal Brasileira	283
II. Ronald Dworkin: acerca da liberdade de expressão	285
III. Os discursos odiosos que atacam a democracia	289
IV. Estado Democrático de Direito brasileiro ameaçado?	295
V. Ataques à democracia brasileira e o inquérito 4781	299
Conclusão	305
Referências Bibliográficas	306

SECÇÃO III

VARIEDADES

DESAFIOS DO ENSINO DO DIREITO EM MOÇAMBIQUE

Doutor Adelino Manuel MUCHANGA	314
Introdução	316
I. Breve contextualização	318
II. Os desafios do ensino do Direito	319
Conclusão	326
Bibliografia	327

O ENSINO DE DIREITO DO AMBIENTE EM MOÇAMBIQUE – BALANÇO, IMPACTOS E DESAFIOS

Doutor Carlos Manuel SERRA	328
Introdução	330
I. Génese	332

II.	A evolução do Direito do Ambiente no ensino em Moçambique	335
III.	Os desafios de adequação a uma realidade ambiental e climática em ebulição	344
	Conclusões e recomendações	353
	Bibliografia	355

A EFICÁCIA DA LEI DOS TRIBUNAIS DE TRABALHO DE 2018: ALGUNS PROBLEMAS PRÁTICOS

	Prof. Doutor Tomás TIMBANE	358
	Introdução	360
I.	A organização hierárquica dos tribunais de trabalho. A competência transitória dos tribunais judiciais em matéria laboral	364
II.	O duplo grau de jurisdição	367
III.	A aplicação da Lei dos Tribunais de Trabalho no tempo	370
	Notas conclusivas	382
	Bibliografia	384

SECÇÃO IV

REGULAMENTO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

388

SECÇÃO I

EDITORIAL

EDITORIAL

É com renovado entusiasmo e profundo sentido de missão que apresentamos esta edição especial da Revista da *Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (FDUEM)*, assinalando os 50 anos da criação do Curso de Direito. Esta publicação marca não apenas uma celebração histórica, mas também um novo ciclo de reflexão, produção científica e diálogo académico. Tendo em conta o entusiasmo e adesão de interessados em publicar, houve necessidade de dividir esta edição especial em dois volumes, um dedicado, essencialmente, ao Direito Público e outro ao Direito Privado, Direito Processual e Direito Internacional.

Sob o lema “FDUEM – 50 anos contribuindo para a construção do Estado de Direito”, esta edição reúne contribuições de autores moçambicanos, brasileiros e portugueses, refletindo a riqueza da cooperação interuniversitária e a diversidade de olhares sobre os desafios contemporâneos do Direito. A pluralidade de perspectivas aqui reunidas é, por si só, um testemunho do papel que a FDUEM tem desempenhado como espaço de encontro e de pensamento crítico no contexto lusófono.

Por se tratar de uma edição comemorativa, optou-se por uma estrutura editorial distinta, que não contempla todas as rubricas regulamentares da revista. Em particular, não se inclui, nesta edição, a secção dedicada à legislação e jurisprudência. Contudo, reconhecendo a crescente importância da análise das decisões judiciais - num tempo em que compreender o sentido e o alcance da jurisprudência é essencial para a prática jurídica e para a cidadania—, esperamos incluir, nas próximas edições, o comentário sistemático à jurisprudência nacional e internacional.

Entre os temas abordados, destacam-se os estudos sobre a revisão de importantes diplomas legislativos, nomeadamente o Código Comercial e o Código de Processo Penal, esperando-se que proximamente sejam publicados estudos sobre a revisão dos Código de Processo Civil, Código de Processo do Trabalho e da Lei da Arbitragem, Mediação e Conciliação, os quais se encontram em curso. Com o intuito de fomentar o debate académico e contribuir para o processo legislativo em curso, serão publicadas em próximas edições, não só os relatórios preliminares relativos à revisão dos códigos de processo, como, também, as propostas que vierem a ser apresentadas, oferecendo aos leitores uma base sólida para reflexão e crítica construtiva.

Outro desafio que se impõe ao ensino e à prática do Direito é o impacto crescente da inteligência artificial. A transformação digital e a emergência de novas tecnologias colocam questões jurídicas complexas e urgentes, que exigem uma abordagem multidisciplinar e inovadora. Acreditamos que este será um dos temas centrais das próximas edições da revista, e deixamos aqui o

convite à comunidade académica e profissional para que se junte a este debate.

Esta revista, que será no sistema de revisão de pares, está aberta à participação de todos, devendo apresentar os seus textos de acordo com as regras que constam deste número. Esta revista é, acima de tudo, um espaço de construção coletiva do saber jurídico. Que esta edição especial inspire novas investigações, promova o diálogo entre gerações e geografias, e reforce o compromisso da FDUEM com a excelência académica e com a consolidação do Estado de Direito em Moçambique e no mundo.

Boa leitura!

A Direcção da Revista

NOTAS DO DIRECTOR

NOTAS DO DIRECTOR

É com grande entusiasmo que a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane anuncia o relançamento da sua prestigiada revista académica. Criada em 1997, a revista teve edições que enriqueceram o debate jurídico nacional e internacional. Agora, em comemoração aos 50 anos do ensino do Direito na nossa instituição, retomamos esta publicação com o objectivo de continuar a promover a reflexão crítica e a disseminação do conhecimento jurídico.

Nesta edição especial, reunimos estudos de renomados autores nacionais e estrangeiros, que abordam uma ampla gama de temas. Desde discussões sobre a importância e os desafios do ensino do Direito, até análises aprofundadas de questões jurídicas específicas, esta revista reflete a diversidade e a riqueza do pensamento jurídico contemporâneo.

Acreditamos que a retomada da Revista da Faculdade de Direito da UEM não só celebra o nosso passado, mas também aponta para um futuro de contínua excelência académica e contribuição significativa para o desenvolvimento do Direito em Moçambique e além-fronteiras. Convidamos todos os leitores a mergulharem nas páginas desta edição e a se envolverem com os debates e reflexões aqui apresentados.

Gostariamos, pois, de agradecer à coordenação desta edição e a todos os autores que contribuíram com os seus artigos científicos. Esta publicação estimula o processo de transformação da Faculdade de Direito como uma unidade académica de investigação em particular e da UEM, no geral.

Sejam bem-vindos a esta nova fase da nossa revista. Que ela inspire, informe e contribua para o avanço do conhecimento jurídico.

O Director,
Eduardo Chiziane
Professor Auxiliar

SECÇÃO II

DOCTRINA

*Um Relance sobre a Teoria Geral
da Revisão da Constituição
Moçambicana*

Doutor Albano MACIE

Juiz Conselheiro do Conselho Constitucional e
Docente da Faculdade de Direito da Universidade
Eduardo Mondlane.

Resumo

O presente estudo, "Um relance sobre a teoria geral da revisão da Constituição moçambicana", dá continuidade ao nosso artigo intitulado "Formação da Primeira Constituição de Moçambique (1975)", isto é, o poder constituinte material originário, publicado no "O Guardião», Volume I, edição especial, 2020, do Conselho Constitucional". Com esta pesquisa, analisa-se a outra face da moeda, o poder constituinte derivado, ou melhor, o poder de rever a Constituição, como faculdade juridicamente enquadrada, subordinada e limitada pelo poder constituinte material originário, de actualizar a Constituição às mutações sociais, económicas e políticas que tenham ocorrido durante a vigência da Constituição. Com efeito, analisa-se a iniciativa, os procedimentos, os limites e as possibilidades constitucionais de controlo judicial do poder de rever a Constituição e as consequências da eventual violação dos pressupostos ou limites de actualização da Constituição, sabido que o poder constituinte material originário, quando exercido na circunstância da fundação do Estado, nos momentos revolucionários ou de rupturas não revolucionárias, permanece latente na vida da Constituição pronto a emergir em qualquer instante, embora travado pelos limites materiais de revisão da Constituição.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende ser um meio de diálogo académico, do qual se pretende comunicar com a comunidade estudantil, cultores de direito e, quiça, políticos. O tema escolhido para este artigo é, neste momento, de indiscutível relevância científica, técnica e política, pois foi recentemente revista a Constituição¹, continuando o debate sobre uma revisão mais profunda do sistema constitucional ora vigente. Este facto é consequência directa da inevitabilidade de permanência das Constituições, em particular, nos sistemas de rigidez constitucional, que se assegura através dos ajustamentos do texto escrito pelo Legislador Constituinte. Aliás, é lapidar nesta matéria o artigo do Antigo Presidente da República, Sua Excelência Joaquim Alberto Chissano, quando diz, em título, que *“As Constituições devem ser estáveis, mas não param no tempo”*².

Como se tem denunciado, o tema da presente pesquisa é *“Um relance sobre a teoria geral da revisão da Constituição moçambicana”*. Isto é, pretende-se fazer um rápido e sintético estudo da técnica ou do procedimento de não fazer parar no tempo as Constituições, apesar de serem estáveis. Pois, é preciso evitar uma rigidez constitucional tão acentuada que seja um convite às rupturas revolucionárias com o passado, como também é preciso que a Constituição não seja exageradamente flexível que se confunda com lei ou regulamento e, conseqüentemente, desvanecer a ideia de segurança jurídica do regime sob que se vive³.

O tema é continuidade da pesquisa que desenvolvida sobre o estudo do poder constituinte moçambicano. No Guardião 1, de 2020, colectânea científica do Conselho Constitucional, o autor estudou detidamente o poder constituinte originário moçambicano no longínquo ano de 1975, cognomado de *«Formação da Constituição de 1975»*. É chegado o momento de estudar o poder constituinte derivado, isto é, o poder de rever a Constituição.

-
- 1 Cfr. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Projecto de Lei de Revisão Pontual da Constituição da República*, apresentada pela Bancada Parlamentar da FRELIMO (Frente de Libertação de Moçambique), AR-IX/porj. Lei/213/03.05.2023. Este projecto foi aprovado pela Lei Constitucional n.º 11/2023, que altera o número 3, do artigo 311 da Constituição da República de 2004, alterada pela Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho, publicada no *Boletim da República* n.º 163, I Série, de 23 de Agosto de 2023.
 - 2 CHISSANO, Joaquim (2020) *“As Constituições devem ser estáveis, mas não param no tempo”*. *Guardião, Colectânea do Conselho Constitucional de Moçambique*. Maputo: Conselho Constitucional, Vol. 1, Edição Especial, pp. 87-108.
 - 3 Neste sentido, ver SAMPAIO, Néilson. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livr. Progresso, 1954, p. 66.

Procura-se explicar juridicamente as diferentes formas de manifestação do fenómeno «revisão constitucional» no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, com a teoria geral prececer-se-á à delimitação do poder de rever a Constituição em relação ao poder de editar uma nova Constituição, os limites teóricos e legais deste poder de rever a Constituição, a iniciativa, os limites de revisão e as consequências de sua violação, no geral, e, especialmente, os materiais e suas consequências, tendo como ponto de análise a inexistência, em Moçambique, de normas constitucionais inconstitucionais.

O estudo⁴ procura responder a uma questão de natureza teórica de saber quais são os limites do poder de rever a Constituição em Moçambique, para que de uma pretensa emenda constitucional não se desague no exercício de um poder constituinte, ao qual o Legislador estaria limitado por uma consulta referendária, fora, então, os casos de rupturas revolucionárias.

Para dar resposta a uma questão como esta, a pesquisa, com base na doutrina e na experiência do seu autor, vai delimitar conceitualmente o poder de rever a Constituição e situá-lo. Em segundo momento, analisar-se-ão os procedimentos de revisão e seus limites, incluindo as consequências em caso de sua violação. Em terceiro lugar, aprecia-se a questão da irrefutabilidade da revisão e a impossibilidade de controlo externo dos poderes de revisão, quer por via de veto presidencial, e quer por via da fiscalização da inconstitucionalidade da lei de revisão constitucional.

4 Sobre a matéria de revisão constitucional em Moçambique pode anotar-se os textos de GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) *Direito Constitucional de Moçambique* (Parte geral e parte especial). Lisboa: IdIL, pp. 652-668. MONDLANE, Carlos Pedro. "Os limites na revisão constitucional em Moçambique". Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3644, 23 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24761>. Acesso em: 30 Março de 2024; RODRIGUES, Filomeno Eugénio dos Santos (2013) "A próxima revisão da Constituição: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento" (Dissertação de Mestrado). Nampula, Universidade Católica de Moçambique;; MACUACUA, Edson da Graça Francisco (2019) "O sistema de revisão constitucional em Moçambique": Julgar on line, Novembro de 2019.

I. REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO: DELIMITAÇÃO TEÓRICA

A. A terminologia

É comum em vários lugares da doutrina a utilização das expressões «revisão, emenda⁵, reforma constitucional⁶ ou poder constituinte derivado, reformador, do segundo grau, instituído ou “decorrente?”⁷» para designar o procedimento de alteração ou adequação da Constituição com vista a sua racionalização, eliminando-se todos os aspectos considerados desajustados no campo político, económico e social, bem como a integração na Constituição das novidades operadas naqueles campos, para que ela não seja simplesmente uma «folha de papel» (LASSALE), isto é, uma Constituição semântica que não se ajusta à realidade existencial das forças vivas da sociedade. Em Moçambique, a técnica de mudanças na Constituição tem sido designada, sem contestações, de «revisão constitucional»⁸, relegando-se para a querela doutrinária as restantes designações, por exemplo, «poder constituinte derivado, decorrente, constituído ou instituído».

A revisão constitucional é umas das várias formas de mutação⁹ ou adaptação constitucional, entre escritas e não escritas¹⁰. Entre as escritas, a

5 No Brasil, a emenda constitucional é uma alteração casuística, pontual e extraordinária da Constituição, mas permanente (art.º 60 da Constituição Brasileira) e a revisão constitucional tem um sentido mais amplo e obrigatório, mas não ordinário e não permanente (art.º 3.º do Acto das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT).

6 A reforma constitucional pode ser total (*changément*) ou parcial (revisão). A reforma total embora possível não está regulada pela Constituição, diferente da reforma parcial (revisão) que é juridicamente enquadrada e regulada pela Constituição, tomando em consideração o carácter unitário da Constituição como norma jurídica superior e a natureza basicamente política da norma constitucional, precedida da ideia do carácter funcional da Constituição.

7 A expressão poder constituinte decorrente faz carreira nos Estados Federais, onde o poder constituinte federal outorga o poder de os Estados Federados elaborarem as suas próprias constituições subordinadas à Constituição Federal. Portanto, não visa rever a Constituição, sendo, por isso, incorrecto utilizar esta expressão como sinónimo de poder constituinte derivado (Ver. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreir (205) *Curso de Direito Constitucional*, 31.ª ed, São Paulo: Saraiva, p. 28).

8 OTítulo XV, tratando das «*Garantias da Constituição*», incorpora no seu Capítulo II, a epígrafe com o tema «Revisão da Constituição». É também assim tratado o tema no Regimento da Assembleia da República, na secção II do procedimento legislativo especial, com a epígrafe «Revisão Constitucional» (artigos 145 a 150).

9 Cfr ZANDONADE, Adriana. “Mutação Constitucional”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 35:194, 2001.

10 São, designadamente, as seguintes as mutações/actualizações constitucionais: a mutação

revisão constitucional é o modo formal, solene e rigorosamente disciplinado pelo Legislador Constituinte de cada País que detenha Constituição escrita, levado a cabo pelo Legislador.

B. Poder de rever a Constituição (Poder constituinte derivado) e Poder constituinte originário

O poder constituinte originário ou o poder de fazer uma nova Constituição foi objecto da nossa abordagem no «Guardião 1», onde se explicou os fundamentos deste poder e o modo do seu exercício, tendo em conta a realidade moçambicana prevalecte até 1975¹¹ e sua projecção futura. Ora, qual é a sua diferença com o poder de rever a Constituição?

O poder constituinte originário é a faculdade de instaurar uma nova ideia de direito, um novo Estado, no caso moçambicano em 1975; uma nova ordem jurídica - em suma, de o povo se auto-dotar de uma nova Constituição, rompendo por completo com a ordem jurídica anterior, no caso, o regime colonial-fascista português; ou responder a novos valores que se impõem, substituindo-se *in toto* a Constituição anterior (é o caso da substituição da Constituição de 1975 pela de 1990, designado por transição constitucional).

Conforme adjectivado, o poder constituinte é «originário» porque outorga ao povo a faculdade de escolher o seu rumo ou destino político - é a faculdade de criar a Constituição *ex novo*. Mas este poder não é uma faculdade qualquer; é, desde logo, um poder político e jurídico, porquanto rompe com uma certa ordem política e jurídica de um Estado e institui, como fundador, uma nova ordem, uma nova ideia de direito quanto à organização do Estado e da sociedade¹².

O poder constituinte caracteriza-se por ser permanente, supremo e ilimitado, o que vale dizer que, depois de exercido, permanece latente em toda a vida do Estado, prestes a emergir a todo o momento, o que implica a possibilidade de substituição incondicional da Constituição¹³. Mas eis a questão de fundo: em que momentos da vigência da Constituição se pode operar a sua

através da interpretação constitucional e o costume constitucional.

11 Cfr. MACIE, Albano. "Formação da Primeira Constituição de Moçambique (1975)", *Guardião*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 218-298.

12 *Idem*, p. 223.

13 Cfr. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional - Teoria da Constituição* (2018). Coimbra: Almedina, pp. 184-185.

substituição incondicional¹⁴?

A primeira hipótese de ressurgimento do poder constituinte originário é nos momentos de viragem histórica e de ruptura política, ou momentos revolucionários, que não sejam necessariamente de fundação do Estado, mas de mudança de um regime político, de reforma política ou de esgotamento constitucional. O caso da transição constitucional de 1975 a 1990, embora não tenha a ver com processos revolucionários, nem com a criação de um novo Estado, consistiu no exercício de um poder constituinte, que visou a mudança de regime político e institucionalização de uma nova ideia de direito, resultante do esgotamento constitucional, por isso, houve um verdadeiro exercício do poder constituinte originário, dando lugar a *uma verdadeira substituição da Constituição de 1975*.

A elaboração da Constituição de 1975 foi consequência da vitória revolucionária do povo contra o colonialismo português, fundando-se uma nova Nação. Já em 1990, a nova Constituição, substituindo a anterior, é consequência de impulsos externos e internos, movidos pela alteração da geopolítica internacional, caracterizada pela iminente queda dos regimes socialistas (o fim da guerra fria), particularmente, a União Soviética e a situação da guerra que se vivia internamente. Estes factores conduziram à superação do *status quo* anterior que justificou a legitimidade da Constituição de 1975, respectivamente.

Em relação à Constituição de 1990 a de 2004, a classificação do processo ocorrido é complexa, por duas ordens de razão.

1.^a – Quando se lê o preâmbulo da Constituição de 2004, adiante CRM, revela-se logo à partida o princípio de continuidade constitucional, atestado pelas seguintes palavras:

“A presente Constituição reafirma, desenvolve e aprofunda os princípios fundamentais do Estado moçambicano, consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático, baseado no pluralismo de expressão, organização partidária e no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos”, estabelecidos na Constituição de 1990.

Aliás, a revisão da Constituição submeteu-se às regras e aos limites previstos na Constituição de 1990, nos artigos 198 e 199. Por isso, é defensável a ideia de uma revisão constitucional mais ampla, assente no prisma de *desenvolvimento constitucional*.

14 MACIE, Albano, “Formação da Primeira Constituição de Moçambique (1975)”, *op. cit.*, pp. 223-225.

2.^a – Apesar de as ideias defendidas anteriormente serem um facto, não se pode obscurecer uma outra circunstância de peso relevante que pode pôr em causa a conclusão anterior. É que a Constituição de 1990 foi aprovada por uma assembleia monopartidária, dominada por uma única ideologia política, sem debate de outras forças vivas da sociedade com o pensar político diverso. Já a Constituição de 2004 é aprovada por uma assembleia multipartidária, composta por várias sensibilidades e ideologias políticas, o que lhe confere uma legitimidade democrática superior em relação à de 1990.

Neste sentido, da conjugação destes elementos, pode concluir-se que a continuidade dos princípios fundamentais da Constituição de 1990 resultou de uma inequívoca vontade política multipartidária, o que legitima a Constituição de 1990 e a sua continuidade na república multipartidária.

Concludentemente, em 2004 ocorreu um *desenvolvimento constitucional na continuidade*, através de uma revisão constitucional.

Com efeito, no processo de revisão da Constituição de 1990, em sede da Comissão *Ad-Hoc* para a Revisão da Constituição, as Bancadas Parlamentares integrantes da Comissão, nomeadamente, a FRELIMO (Frente de Libertação de Moçambique) e a RENAMO-União Eleitoral (Resistência Nacional de Moçambique), acordaram o princípio de continuidade constitucional. Eis os posicionamentos¹⁵:

- Pela Bancada Parlamentar da FRELIMO (BPF):
*“O senhor deputado Eneas Comiche, em nome da BPF, procedeu a apresentação do documento da sua bancada, no qual se reiterava a necessidade de desbloquear o processo de revisão assente numa única metodologia aceitável, nomeadamente: **Afastar da revisão todas as propostas divergentes, mantendo-se, quanto ao seu objecto, a Constituição vigente, podendo ser aproveitado todo aquele articulado que não for contraditório ou incompatível com o actual sistema de governação, e que permita uma maior e mais efectiva responsabilização do Governo perante a Assembleia da República**”.*

- Pela Bancada Parlamentar da RENAMO-EU:
“O senhor deputado Francisco Rupansana disse que a sua bancada concordava, em princípio, com a metodologia proposta pela BPF que consistiria em “(...)”.
Foi deste modo desbloqueado o nó que estrangulava o começo e avanço

15 Síntese n.º 12/2002, de 18 de Novembro e Síntese n.º 13/2002, de 20 de Novembro, ambas da Comissão Ad-hoc para a Revisão da Constituição.

dos trabalhos da Comissão desde a sua constituição em 2000.

A segunda hipótese na qual se pode erguer o poder constituinte originário tem a ver com os casos em que, partindo de uma pretensa revisão da Constituição, que, por norma, deve respeitar os limites materiais de revisão (as chamadas «cláusulas pétreas»), o poder constituído ou poder constituinte derivado ultrapassa as cláusulas pétreas e realiza a revisão incluindo matérias vedadas pelos limites materiais de revisão do primeiro grau sem, no entanto, devolver a palavra ao titular do poder constituinte, o povo, através de consulta referendária¹⁶. Não obstante, este procedimento é enganoso e, por isso, haverá sempre uma fraude à Constituição e, eventualmente, uma remoção total da Constituição. Contudo, será a própria Constituição aprovada a vigorar, embora feita com fraude, pois não há, no caso moçambicano, normas constitucionais inconstitucionais - a Constituição não pode estar em contradição consigo mesma¹⁷.

A terceira hipótese é a que decorre das próprias opções do poder constituinte originário, que, através de normas contidas na própria Constituição, autoriza o poder constituído legislativo a fazer uma revisão global ou total da Constituição, seguindo um procedimento especial. Por exemplo, a Constituição espanhola, no seu artigo 168, dispõe:

“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1.ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

16 No caso moçambicano, é o que dispõe o artigo 300 da Constituição, colocando no n.º 1 os limites materiais e de revisão constitucional e, no n.º 2, as condições ou pressupostos de superação dos limites, nomeadamente a realização de um referendo popular.

17 Cabe afirmar que «se uma alteração da Constituição, apesar da sua “inconstitucionalidade” (formal ou material), se impõe, se o direito assim produzido adquire, portanto, positividade, e se também à sua obrigatoriedade se não levantam dúvidas, provenientes da infracção de direito suprapositivo, então o novo direito ter-se-á tornado ele próprio, daí em diante, direito constitucional vigente. Já se não trata nesse caso de uma revisão, mas de uma remoção [...] da Constituição que até aí existia; já não se trata de um acto, regulado pela lei constitucional e, portanto, fundamentalmente limitado, do pouvoir constituído, mas de um acto originário do pouvoir constituint, ainda que porventura praticado externamente regulamentada (in BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? *Op. cit.*, p. 53).

Ora, o poder de rever a Constituição procede de modo diverso.

C. Caracterização teórica do poder de rever a Constituição

O poder constituinte derivado ou o poder de rever a Constituição é fruto do poder constituinte originário, com a função de actualizar e adaptar a Constituição, partindo do pressuposto de que as Constituições são feitas para viverem mais tempo e, portanto, atravessarem várias gerações e ligando-as uma às outras, mantendo o espírito constituinte sempre vivo, isto é, o fervor e a mobilização popular vividos na época da feitura da Constituição.

Com feito, a defesa da estabilidade e adaptabilidade da Constituição envolvem sempre o equilíbrio entre a previsão expressa nas Constituições da possibilidade de sua modificabilidade ou alteração, por um lado. Por outro, a regulação expressa dos procedimentos especiais de revisão constitucional mais agravados que os de feitura das leis ordinárias. É nisto que se caracteriza a rigidez da Constituição moçambicana, que se funda sobre a premissa de que a Constituição é uma *Lex suprema* “expressão de uma vontade que não se confunde com as deliberações ordinárias do Parlamento”¹⁸. É por seu intermédio que se procede à separação clara entre política constitucional e política legislativa”¹⁹.

É deste modo que se diz que o poder de rever a Constituição, porque criado e legitimado pelo poder constituinte originário, é²⁰:

- Juridicamente, regulado pela Constituição, encontrando a sua previsão e regulação bastante na própria Constituição;
- Corolário ou fruto do poder constituinte originário, pois é por ele criado e regulado. Portanto, estabelece-se aqui a relação entre o criador e a criatura;
- Limitado ou subordinado porque tem como fundamento e limite a própria Constituição. Em caso de superação dos limites materiais de revisão da Constituição, haverá fraude à Constituição e/ou eventualmente uma remoção constitucional. Têm sido impostos, pelo menos, quatro limites de revisão, nomeadamente, temporais, circunstanciais, formais e

18 Cfr. n.º 4 do art.º 2 da CRM.

19 BARROSO, Luís Roberto, (2021), *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.ª tiragem, p. 155.

20 MACIE, Albano, (2021), “Formação da Primeira Constituição de Moçambique (1975)”, *op. cit.*, p. 223-225; BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, pp. 157-158.

materiais;

- Condicionado na medida em que o seu exercício é expresso e totalmente prescrito pela própria Constituição. A propositura das propostas ou projectos de revisão da Constituição, sua elaboração, debate e procedimento de aprovação são determinados pela Constituição (artigos 299 a 303) e pelo Regimento da Assembleia da República – RAR (artigos 145 a 150).
- Um poder vinculado à Constituição, o que conseqüentemente lhe sujeita à fiscalização da constitucionalidade do seu exercício, isto é, em certos ordenamentos jurídicos, que não o nosso e tantos outros, é controlável a constitucionalidade da lei de revisão constitucional²¹.
- Em Moçambique, particularmente, o produto de uma revisão constitucional nunca pode constituir um texto de Constituição autónoma, a estilo de uma revisão total, pois colocaria em causa a identidade constitucional. Dai que todas as alterações da Constituição aprovadas são reunidas numa única lei de revisão; são inseridas no lugar próprio da Constituição (seja no lugar do preceito alterado), mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários e a Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão²².

Esta imposição constitucional visa reafirmar a identidade constitucional que não pode ser bulida com a revisão constitucional, demarcando nitidamente o poder de rever a Constituição e o poder de fazer nova Constituição. Desde logo e, por via de consequência, o poder de rever a Constituição compreende unicamente a faculdade de revogar parcialmente ou derrogar a Constituição e não uma revogação total ou global da Constituição, sob pena de comprometer os limites de revisão.

Olhemos, em detalhe, para o processamento da revisão constitucional em Moçambique e seus limites.

21 É o caso da República de Angola. Com efeito, prevê o artigo 227.º da Constituição que: "São passíveis de fiscalização da constitucionalidade todos os actos que consubstanciem violações de princípios e normas constitucionais, nomeadamente: a) ...; b) ...; c) A revisão constitucional; d) ...".

22 Cfr. n.º 2 artigo 303, e artigo 304, ambos da CRM.

II. O PROCESSO DE REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO EM MOÇAMBIQUE, SEUS LIMITES E CONSEQUÊNCIAS DA SUA NÃO OBSERVÂNCIA

A. O intuito de revisão constitucional e sua iniciativa

A revisão constitucional resulta sempre de uma avaliação discricionária alicerçada no campo político, social e económico dos órgãos políticos do Estado, o que se pode designar de manifestação de interesse público inadiável da sociedade, que se impõe salvaguardar. Recentemente, por exemplo, a proposta de revisão da Constituição justificou-se pela preocupação da sociedade moçambicana, nomeadamente, de que:

“a realização de eleições distritais e conseqüente implementação de estruturas e competências políticas e administrativas levaria necessariamente a um aumento significativo do esforço financeiro necessário para sustentar os novos órgãos de governação (...). Ao impacto orçamental acima mencionado, deve-se ter em consideração os desafios que o país actualmente enfrenta, designadamente, o impacto das mudanças climáticas, o combate ao terrorismo, os choques internos e externos sobre a economia (...)”²³.

Em relação à iniciativa de revisão constitucional, seguindo os fundamentos da rigidez que caracteriza a Constituição moçambicana, o poder constituinte restringiu o âmbito da legitimidade processual de propor a emenda constitucional, comparativamente à iniciativa de lei. Com efeito, só pode introduzir a matéria de revisão à Assembleia da República, o Presidente da República ou, pelo menos, 1/3 dos deputados da Assembleia da República (art.º 299, n.º 1 da CRM). Ao passo que, em relação à lei, o elenco de órgãos é mais vasto, a contar desde os deputados da Assembleia da República, as bancadas parlamentares, as comissões de trabalho, o Presidente da República e o Governo (art.º 182 da CRM).

i. A iniciativa presidencial

O Presidente da República é uma das entidades com legitimidade de

23 Assembleia da República, Projecto de Lei de Revisão Pontual da Constituição da República, apresentada pela Bancada Parlamentar da FRELIMO, AR-IX/porj. Lei/213/03.05.2023.

propor uma iniciativa de revisão da Constituição, que se funda na sua qualidade de Chefe de Estado, pois a sua designação é obra genuína da vontade do Povo. Sendo a Constituição obra do povo, é justificável que o Magistrado da Nação exerça este poder, representando as aspirações do povo nas propostas que submeter ao Parlamento.

A iniciativa presidencial de revisão da Constituição designa-se por “Proposta de Lei de Revisão da Constituição”²⁴ e é submetida pelo Presidente da República ao Presidente da Assembleia da República, indicando, expressamente as matérias a substituir, aditar e/ou a suprimir, incluindo a devida fundamentação.

A iniciativa do Presidente da República é apresentada no Plenário por um membro do Governo designado pelo Presidente, para o representar, preponderando sempre o Primeiro-Ministro na designação, como assistente e conselheiro constitucional do Presidente da República²⁵.

ii. A iniciativa parlamentar

Os deputados da Assembleia da República, em pelo menos 1/3, podem propor uma iniciativa de revisão da Constituição. Isto é, feitas as contas, são necessários, pelo menos 83 deputados para propor a revisão constitucional ($250/3 = 83,333 = 83$). Os deputados da Assembleia da República buscam, igualmente, legitimidade do povo, embora eleitos por listas partidárias²⁶. Aliás, não faria sentido que um órgão pudesse aprovar o que lhe é submetido, e ele próprio (seus membros, pelo menos, para excluir os órgãos), não pudesse se propor iniciativas para a sua própria aprovação.

As iniciativas dos deputados devem ser assinadas por todos os subscritores, num mínimo de 83, embora agregados ou não em bancada parlamentar. As iniciativas dos deputados tomam a forma de «Projecto de Lei de Revisão da Constituição»²⁷, devendo igualmente indicar as matérias a substituir, suprimir ou aditar.

Os deputados podem, aproveitando a iniciativa presidencial, propor alterações à Constituição, desde que não ponham em causa o espírito da proposta do Presidente da República, pois a iniciativa e sua fundamentação pertence ao Presidente. Contudo, querendo os deputados introduzir iniciativas

24 Cfr. n.º 1 artigo 120, do Regimento da Assembleia da República (RAR).

25 Cfr. n.º 1, Artigo 204, da CRM.

26 Cfr. n.º 3, artigo 169, da CRM.

27 Cfr. n.º 2, artigo 120, do RAR.

de profundidade diferentes do proponente, terão eles de introduzir uma sua iniciativa, momento em que estas duas iniciativas concorrerão e deverão ser harmonizadas.

iii. Âmbito da iniciativa de revisão

A questão que se coloca aqui é a de saber quais as matérias constitucionais que podem ser objecto de revisão numa iniciativa presidencial ou dos deputados? As propostas de revisão podem abarcar uma parte da Constituição (revisão parcial) ou toda a Constituição (revisão total). A revisão parcial abrange uma parte da Constituição, que não inclui os princípios fundamentais da Constituição, embora signifique um desenvolvimento constitucional na continuidade. A iniciativa de revisão pode ser global, quando abrange os princípios fundamentais da Constituição, isto é, bulindo os limites materiais de revisão constitucional, o que pode fazer desencadear a *posterior* um referendo.

iv. O processamento da iniciativa em sede do Parlamento

As iniciativas de revisão da Constituição não carecem de estudo do impacto orçamental, pela natureza programática das suas normas de cariz social e económica, e constituir a Lei Fundamental um projecto de longo prazo, e até de cumprimento deferido, no caso deste tipo de normas²⁸. Somente as leis de materialização das normas constitucionais carecem de impacto orçamental, com vista a indicar a fonte de financiamento ou sustentação. Contudo, todas as iniciativas de revisão devem conter a fundamentação ou melhor todos os aspectos que as justificam e as motivam.

No caso das propostas ou projecto das leis de revisão, caberá unicamente à entidade financeira do Estado, concluir pela não existência do impacto orçamental, pois este liga-se sempre ao Orçamento de cada ano económico²⁹. É este documento que deverá ser junto ao projecto ou proposta de lei de revisão da Constituição.

Recebida a iniciativa de rever a Constituição, o Presidente da Assembleia

28 Ao lado destas normas, existem outras várias classificações de normas constitucionais, sendo de destacar as que, não carecendo também de impacto orçamental, são de cumprimento imediato e obrigatório pelos poderes públicos e pelos particulares, nomeadamente, as normas preceptivas e exequíveis por si mesmas, que se ligam justamente aos direitos da primeira geração.

29 Cfr. n.º 2 do art.º 182 da CRM.

da República remete para o debate na Comissão Permanente, antes da sua decisão. A finalidade do debate na Comissão Permanente visa deliberar sobre a necessidade ou não de criação de uma comissão *ad hoc* ou a submissão da proposta ou do projecto a uma ou mais comissões já existentes, em razão da matéria a alterar³⁰.

Havendo necessidade de criação de uma comissão *ad hoc*, a decisão da Comissão Permanente deve ser ratificada pelo Plenário, que, acto contínuo, instituirá a comissão. Mas nada obsta que uma bancada ou deputado proponha a criação de uma comissão *ad hoc* ou a submissão da iniciativa a uma ou mais comissões já existentes.

v. Órgão competente, depósito das iniciativas de revisão e seu debate pela Assembleia da República

A Assembleia da República, adiante AR, é o único e exclusivo órgão legislativo com prerrogativas de discutir e aprovar as leis de revisão constitucional, sendo, por isso, indelegável ao Governo. Daí a fórmula constitucional expressa: “*É da exclusiva competência da Assembleia da República: a) aprovar as leis constitucionais (...)*”³¹.

Em relação ao depósito, o texto da Lei Mãe prescreve no n.º 2, artigo 299, que as propostas de alteração da Constituição devem ser depositadas na AR até noventa dias antes do debate. Esta regra significa que as propostas depositadas pelo Presidente da República ou pelos deputados devem permanecer em debate ou discussão nas mãos da AR, pelo menos, noventa dias antes de o Plenário iniciar os debates. Quer dizer que uma proposta de revisão pode dar entrada no Parlamento com muita antecedência, podendo ser de anos, antes do seu debate pelo Plenário, desde que não ultrapasse o espaço de uma Legislatura, pois, neste caso, as iniciativas caducam com o fim da Legislatura.

Por exemplo, em 11 de Junho de 2018, entrou em vigor uma lei de revisão. A Constituição diz que, para a AR aprovar nova revisão deverão passar cinco anos de nojo, o que quer dizer que uma nova proposta só pode ser aprovada a partir de 12 de Junho de 2023, excepto os casos de assunção de poderes extraordinários. Mas, as propostas de revisão poderiam ser depositadas logo que a Legislatura iniciou, em 2020, para a sua aprovação em 2023. O que significa que o texto ficaria em amplo debate na Assembleia por mais de 3 anos até a data que completar 5 anos a revisão anterior, isto é, a partir de 12 de Junho

30 Cfr. n.º 1 artigo 145, e artigo 147, ambos do RAR.

31 Cfr. alínea a), n.º 2, do art.º 178, da CRM.

de 2023.

Consideram-se depositadas as propostas de revisão da Constituição quando são recebidas pelo Presidente da Assembleia da República, acto que se prova com o recibo passado ou estampa na cópia do proponente. É na verdade um acto de secretaria da Assembleia da República. Portanto, não é o despacho do Presidente da AR sobre a proposta que atesta a data de recepção.

B. Votação e forma de deliberação das propostas pelo Plenário da AR

De acordo com o artigo 303 da CRM, depois de debate, na generalidade e na especialidade, o texto da revisão é votado, devendo ser aprovado por maioria qualificada de dois terços de deputados da AR. Isto é, devem votar favoravelmente o texto, pelo menos 167 deputados, quer na generalidade, quer na especialidade (*artigo por artigo, número por número, alínea por alínea, se for o caso*) e no texto global.

Nos casos de propostas que envolvem a alteração dos limites materiais de revisão da Constituição, antes da votação pelo Plenário da proposta ou projecto, aquelas devem ser submetidas à consulta referendária, nos termos do n.º 2, do artigo 300, da CRM. Os resultados do referendo são vinculativos para a Assembleia da República, devendo-os confirmar no Texto Final da Constituição a aprovar.

Ao referendo são apenas submetidas as matérias referidas no artigo 300, n.º 1 da CRM, isto é, os princípios fundamentais da Constituição a alterar, através de uma pergunta que consiste em dar uma resposta de tipo (SIM) ou (Não).

Todas as alterações aprovadas da Constituição, independentemente da sua origem (Presidente da República ou deputados), devem ser reunidas numa única lei de revisão. Portanto, deverá ser feita uma Lei de Revisão Constitucional, que contenha, para além da fundamentação:

- O *preâmbulo*, onde se inscreve a competência orgânica do órgão que vai aprovar o texto da Constituição, a anteceder o articulado;
- O *articulado*, que é composto pela disposição que indica os artigos a alterar na Constituição; o artigo das normas constitucionais a suprimir e o artigo dos novos aspectos a aditar à Constituição. O articulado termina com a indicação das disposições do direito intertemporal, isto é, das disposições transitórias e finais. Note que os aditamentos devem ser colocados em lugar próprio, conforme a sequência sistemática da Constituição, enumerando-se, por exemplo, se o acréscimo é a seguir ao artigo 250, então o aditamento será «250-A; 250-B, etc.».
- Segue-se, como dispõe o n.º 2, artigo 304, o *anexo da Constituição*, no

seu novo texto, a publicar.

A lei de revisão é atestada a sua aprovação com a assinatura do Presidente da Assembleia da República, que, posteriormente, a envia para a promulgação do Presidente da República, que não poderá vetar ou recusar a sua promulgação e posterior publicação no *Boletim da República* (n.º 2, art.º 303, da CRM). Mas sobre este aspecto voltaremos, no âmbito do estudo das consequências da violação dos limites de revisão e da falta de fiscalização de constitucionalidade das leis de revisão, em Moçambique.

C. Limites de revisão da Constituição

A Constituição moçambicana prevê três espécies de limites de revisão da Constituição, nomeadamente, temporais, circunstanciais e materiais. Quanto aos limites ditos formais, em relação à nossa Constituição correspondem à iniciativa, quórum de deliberação, instância de deliberação, processamento da iniciativa e forma a assumirem as propostas aprovadas, o que foi tratado anteriormente.

Olha-se agora aos três limites.

i. Limites temporais

Os limites temporais estão previstos no artigo 301 da CRM. Segundo esta norma a Constituição só pode ser revista cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão, excepto os casos de assunção de poderes extraordinários de revisão, aprovada por maioria de três quartos dos deputados da Assembleia da República. A razão desse tipo de limitação, segundo Paulo BONAVIDES, é proporcionar a consolidação da *“ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados”*³².

São duas as regras que esta norma estabelece:

- *Uma de garantia de estabilidade da Constituição*, o que caracteriza as Constituições rígidas e visa evitar que a revisão da Constituição se transforme num instrumento de política legislativa e quotidiana, visando conter *“reacções imediatistas à nova configuração institucional e permitir que a nova Carta possa ser testada na prática por um tempo*

32 BONAVIDES, Paulo, (2001), *Curso de Direito Constitucional*, 11.ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 176.

*razoável*³³. O prazo de cinco anos visa permitir que cada Legislatura tenha oportunidade de rever a Constituição, isto é, nenhuma Legislatura pode amarrar a outra, mas a vontade de cada uma vigorará, pelo menos, cinco anos: permitir uma consolidação temporal. Os cinco anos contam-se a partir da data de entrada em vigor da Constituição, sendo que, por exemplo, a actual entrou em vigor no dia 11 de Junho de 2018, então, só pode ser aprovada a nova a partir do dia 12 de Junho de 2023, sem prejuízo de se ter iniciado o debate logo a partir da posse da nova assembleia, em 2020. Independentemente de assunção ou não de poderes extraordinários, o prazo de 5 anos conta a partir da entrada em vigor da última lei de revisão constitucional.

- *Uma de carácter excepcional e derogatória da primeira*, segundo a qual a Constituição pode ser revista antes de decorridos 5 anos, desde que a AR assuma poderes extraordinários de revisão por uma votação por maioria qualificada de, pelo menos, 188 deputados (três quartos de deputados). O processo de assunção de poderes extraordinários consiste em a AR, em primeiro lugar, aprovar uma Resolução que se declara ter assumido poderes extraordinários para Revisão, publicando-a. Posteriormente, ela pode rever a Constituição, sem problemas, pois removeu o obstáculo temporal.

A Resolução de assunção de poderes extraordinários pode ser proposta, quer pelo Presidente da República, quer pelos próprios deputados, em número, pelo menos, de um terço dos 250 deputados, conforme é da legitimidade para propor as iniciativas de revisão da Constituição. Tal é o enunciado jurídico de que o acessório segue o principal, visto que a Constituição não dispôs directamente sobre quem teria a iniciativa de apresentar as propostas de assunção de poderes extraordinários. Foi assim que ocorreu em 2007, aquando da assunção de poderes extraordinários de revisão da Constituição para alterar a data de realização das eleições das assembleias provinciais que tinham sido previstas para 2007, passando para 2009³⁴.

O âmbito da iniciativa de revisão constitucional não é delimitado pela assunção de poderes extraordinários, podendo a revisão abranger tantas matérias que forem propostas pelos deputados ou pelo Presidente da República.

33 BARROSO, Luís Roberto (2021), *op. cit.*, p. 160.

34 Cfr., artigos 304 da Constituição aprovada em 2004 e Resolução n.º 16/2007, de 09 de Novembro, relativa a assunção de poderes extraordinário de revisão da Constituição pela Assembleia da República, publicada bo Boletim da República, n.º 45, I Série, de 09 de Novembro de 2007.

ii. Limites circunstanciais

Os limites circunstanciais têm a função de travar a revisão da Constituição nos momentos de perturbação, anormalidade ou instabilidade institucional, por causa da decretação dos estados de excepção, nomeadamente, os estados de emergência e de sítio (art.º 302 da CRM). Mais ainda, “*Durante o período de vacatura do cargo de Presidente da República a Constituição não pode ser alterada*” (art.º 156 da CRM).

Os estados de excepção são regulados pelos artigos 290 a 298 da Constituição. Contudo, do regime moçambicano dos estados de excepção ou alerta, é susceptível da interpretação constitucional, resultar três tipos ou espécies: (i) estado de sítio; (ii) estado de emergência e (iii) estado de guerra. O estado de guerra é o mais grave e, eventualmente, mais longo.

Contudo, o Legislador nada disse se durante a declaração do estado de guerra a Constituição pode ou não ser alterada? Eis a *vexata quaestio* que vamos procurar responder no estudo que se segue destes três regimes, que abrange, nomeadamente, os seguintes aspectos de fundo³⁵:

- Os pressupostos fácticos de declaração;
- O processo decisório;
- Os efeitos da declaração dos estados de excepção;
- A tutela política e jurisdicional dos estados de excepção

ii.1 Os pressupostos fácticos de declaração

Nos termos do nº 1, do artigo 290 da CRM os estados de excepção constitucional só podem ser declarados verificando-se: (a) uma «agressão efectiva ou iminente» do território nacional, no todo ou em parte; (b) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional ou (c) calamidade pública.

a. Agressão efectiva ou iminente do território nacional

A agressão consiste numa “... *vontade juridicamente relevante que se caracteriza pela violação de normas e princípios a que deveria submeter-se*”³⁶.

35 Nos estudos aprofundados desenvolvidos pelo Professor Jorge Bacelar GOUVEIA sobre os estados de excepção, divide-se esta parte pelos aspectos da estática e da dinâmica (GOUVEIA, Jorge Bacelar. O estado de excepção no Direito Constitucional, Vol. II, *Op. cit.*, pp. 781-1238).

36 GOUVEIA, Jorge Bacelar, (1998), *O Estado de Excepção no Direito Constitucional – entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Volume

O conceito de agressão «efectiva ou iminente» não aparece claro no ordenamento jurídico nacional. No direito comparado, o conceito de agressão efectiva ou iminente tem como referência as forças estrangeiras. Isto é, o estado de sítio só pode ser declarado nos casos de agressão de forças estrangeiras ou insurreição que ponham em causa a soberania, a independência, a integridade territorial ou a ordem constitucional democrática e não possam ser eliminados pelos meios normais previstos na Constituição e na lei, sendo que a sua duração, embora de quinze dias, pode ser prorrogado enquanto durar a causa que lhe deu lugar³⁷.

O critério previsto no artigo 290/1 da CRM de «agressão efectiva e iminente» deve ser interpretado em dois sentidos:

1.º - Quando a agressão efectiva e iminente tiver como autores, moçambicanos e origem interna, sem intervenção de forças estrangeiras, então haverá declaração de estado de sítio, cuja limitação temporal é de trinta dias, prorrogáveis duas vezes no máximo.

2.º - Quando a agressão efectiva e iminente tenha como autores forças estrangeiras e origem externa, embora instrumentalizando moçambicanos, o estado a declarar é o de guerra, cuja duração é estabelecida no artigo 52 da Lei de Defesa Nacional e Forças Armadas, adiante LDNFA³⁸: “O estado de guerra decorre desde a declaração de guerra até à sua cessação”.

Contudo, nada obsta que o estado de guerra seja declarado na vigência do estado de sítio, quando no decurso de agressão efectiva por autores internos haja interferência de forças estrangeiras, momento em que a duração do estado de sítio será submetida ao regime da duração do estado de guerra.

O estado de sítio difere-se do estado de emergência, nos termos do artigo 291 da CRM, pelos pressupostos de declaração: “A menor gravidade dos pressupostos da declaração determina a opção pelo estado de emergência, (...)”.

O critério eleito pelo Legislador Constituinte é a menor gravidade da situação de excepção ou de alerta dentro dos que o artigo 290 da CRM enumera, nomeadamente “...nos casos de agressão efectiva ou iminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de calamidade pública”.

II. Coimbra: Colecção teses, Almedina, p. 783.

37 Cfr. art.º 292 da CRM.

38 Lei n.º 18/97, de 1 de Outubro, Lei da Defesa Nacional e Forças Armadas (LDNFA).

Destes requisitos, não havendo lei de estado de sítio ou de emergência, pode-se traçar o seguinte quadro de diferenciação entre o estado de sítio e de emergência:

- Haverá estado de sítio, quando se esteja perante a agressão efectiva ou iminente do território nacional, no todo ou em parte, por actores de origem interna; quando haja ameaça ou perturbação da ordem constitucional, desde que não seja possível pôr termo por meio de mecanismos normais legalmente previstos;
- Haverá estado de emergência, quando se tratar de perturbação, calamidade pública ou ameaça que não seja tão grave, sendo que esta ameaça pode ser eliminada por meios normais.

b. Grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional

A perturbação corresponde a um acto jurídico, assente na vontade humana, de natureza ilícita, que põe em causa as normas e princípios jurídico-constitucionais³⁹.

O conceito mais difícil de definir é o da «ordem constitucional», que é objecto de ameaça ou perturbação para ensejar a declaração do estado de sítio e, nalguns casos, menos grave da sua violação, no caso do estado de emergência.

A ordem constitucional pode corresponder a diversos entendimentos e formulações⁴⁰:

- Um no sentido amplo ou mais abrangente, correspondendo ao ordenamento material constitucional. Esta acepção é demais para circunscrever o estado de excepção, sendo, segundo GOUVEIA, “...de rejeitar, na medida em que dissolva a protecção do estado de excepção numa sua «banalização» verdadeiramente pernicioso, para a comunidade política, perante o inusitado alargamento dos fins daquele”⁴¹.
- Outro intermédio, como ordenamento material e formalmente constitucional. Este sentido é de afastar porque não é capaz de delimitar o pressuposto do estado de excepção, pois o bloco da constitucionalidade, normas e princípios jurídico-constitucionais, não é todo relevante,

39 GOUVEIA, Jorge Bacelar (1998), *op. cit.*, p. 793.

40 Idem, *ibidem*.

41 Idem, p. 794.

devendo-se fazer restrições.

- Outro restrito, como ordenamento formalmente constitucional, correspondente à ideia da Constituição. Assim, inclui-se nesta acepção, que é a mais indicada para caracterizar os pressupostos de declaração do estado de sítio⁴²:
- A ordem constitucional, *quanto à sua extensão*, engloba:

“... os valores e princípios que incorporam o projecto constitucional no que tenham de essencial, isto é, aquelas orientações que se impregnam de uma identidade constitucional, que é o último reduto da caracterização de uma dada Constituição”⁴³.

- A ordem constitucional, *quanto à profundidade*, deve ser vista como subsistema jurídico a se. Segundo o Professor GOUVEIA “A expressão “ordem”, tal como a de “ordenamento”, pressupõe que o acto de violação se não dirija a uma norma ou princípio singular, de pouca importância na mole do conjunto, atomisticamente considerado (...)”⁴⁴. São princípios e valores que fazem parte da ordem constitucional, os seguintes:

- o princípio do Estado de Direito;
- a forma política republicana do Estado;
- a forma unitária do Estado;
- a indivisibilidade e inalienabilidade do território nacional;
- o sistema de governo;
- os direitos, liberdades e garantias fundamentais;
- o sistema de participação política;
- o sistema multipartidário;
- o princípio da laicidade do Estado;
- a garantia da Constituição.

c. Calamidade pública: riscos ou ameaças

O terceiro pressuposto da decretação do estado de excepção, em particular, o de emergência, é a ocorrência de calamidade pública. Parece ser um conceito de fácil descrição, uma vez que o ordenamento jurídico nacional conta com uma Lei de gestão de calamidades públicas.

42 Idem, p. 794-795.

43 Idem, ibidem. 794.

44 Idem, p. 795.

Com efeito, a Lei n.º 10/2020⁴⁵, no seu n.º 1, artigo 34, ou glossário, define «Calamidade» como «evento anormal provocado por uma catástrofe de grande dimensão, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial de capacidade de resposta do poder público.». Podem ser contabilizados, como calamidades ou riscos e ameaças, as seguintes situações⁴⁶: a) cheias; b) inundações; c) seca; d) pragas; e) ciclones; f) incêndios; g) queimadas descontroladas; h) epidemias e pandemias; i) erosão; j) aluimentos de terras; k) derrames de hidrocarbonetos; l) terremotos, erupções vulcânicas ou maremotos; m) radiações nucleares; n) desastres de origem humana.

O conceito de «riscos ou ameaças» abrange também quaisquer outros fenómenos susceptíveis de causar interrupção ao funcionamento normal da sociedade. Os riscos ou ameaças podem ter âmbito *local* ou nacional, sendo local, quando atinge unidades territoriais de nível de província, distrito, posto administrativo, localidade ou povoação, sendo a capacidade de resposta local; e *nacional*, quando abrange mais do que uma província ou que a sua magnitude e gravidade ultrapasse a capacidade de resposta local.

O apelo à Lei n.º 20/2020 serve para fixar o conceito constitucional de «calamidade pública», pois a sua decretação não segue o processo regulamentado nesta lei, mas sim o processo constitucional, visto que a sua essência está na restrição ou limitação dos «direitos fundamentais e suas garantias».

É assim porque a Lei n.º 20/2020, Lei de gestão de risco de desastre, veio complicar a interpretação constitucional, ao estabelecer duas espécies de estados de «emergência» na terminologia constitucional.

Ora, no artigo 34 desta lei consagra-se a chamada «situação de calamidade», que tem como pressuposto a ocorrência de uma situação de calamidade pública, conforme definida no artigo 34, n.º 1, que no fundo caracteriza-se pela ocorrência de riscos ou ameaças referidas no artigo 12, como epidemias, pandemias, cheias, pragas, terremotos, aluimento de terras, etc., já no artigo 35, o Legislador estabelece uma outra situação, que designou de «situação de emergência», mas já não define o que propicia tal situação, o que torna difícil a distinção com a «situação de calamidade pública».

Procurando a diferenciação entre «situação de calamidade pública e de emergência», o Legislador procurou no n.º 3 do artigo 34, situar a calamidade pública no âmbito da sua gestão através do subsistema de alerta, só que a

45 Lei que estabelece o regime jurídico de gestão e redução do risco de desastres, publicada no Boletim da República n.º 162, I Série, de 24 de Agosto de 2020.

46 Cfr. art.º 112 da Lei n.º 10/2020, já citada.

remissão ao artigo 12 não está correcta, pois os subsistemas são tratados pelo artigo 14, contando-se a fase de aviso prévio e de alerta. Ora, a fase de aviso prévio é preliminar à decretação de qualquer situação de calamidade ou emergência, pois visa conhecer o risco, disseminar as informações e preparar as capacidades de resposta e corresponde ao chamado alerta amarelo.

Mais importante para a decretação da situação de calamidade ou de emergência é a fase do alerta. Nos dois casos, conforme estatui o, n.º 2, artigo 33 declaradas as situações de calamidade pública ou de emergência é ativado o alerta laranja ou vermelho, sendo que da interpretação deste dispositivo pode resultar que o alerta laranja corresponde ao nível 1 e o alerta vermelho ao nível 2.

Olhando para a emergência, prevista no artigo 35 da Lei, no seu número 3 resulta que a emergência pode ser de nível 1, quando activado o alerta laranja e de nível 2, quando ativado o alerta vermelho. Mas a situação de calamidade pública, nos termos do n.º 4, artigo 34, é de nível 2, quando activado o alerta vermelho.

Ora bem, qual é a diferença entre os dois? Ambos são declarados quando activado o nível 2, que é o alerta vermelho. Chegamos a uma situação de «viela sem saída». Uma boa interpretação, visando tornar mais exequível o desiderato legislativo, é dividir as situações da seguinte forma: (i) *declara-se a situação de calamidade pública, seja local ou nacional, quando a situação de risco ou ameaça prevista no artigo 12 da presente lei implicar a activação do alerta vermelho, que corresponde ao nível 2 de risco de desastre;* (ii) *declara-se a situação de emergência, local ou nacional, quando a situação de risco ou ameaça prevista no artigo 12 da presente lei implicar a activação do alerta laranja, que corresponde ao nível 1 de risco de desastre.*

Como se pode depreender, as situações de calamidade pública e de emergência previstas na Lei n.º 10/2020 não tem correspondência com o estado de emergência previsto na Constituição, apesar de ter como base o conceito de «calamidade pública», conforme a caracterização feita no artigo 12 desta lei.

Ora, o que lhes discerne?

É que as situações de calamidade pública e de emergência previstas na Lei n.º 10/2020 são decretadas pelo Governo e nunca podem afectar o conteúdo de direitos fundamentais e suas garantias, ao passo que o estado emergência, embora tendo como pressuposto a ocorrência de uma calamidade prevista no artigo 12 da Lei n.º 10/2020, é decretado pelo Presidente da República, como Chefe do Estado, depois de ouvido o Conselho de Estado, sujeito à ratificação parlamentar e implica sempre a restrição ou limitação de direitos fundamentais e suas garantias.

ii.2 O processo decisório

O processo de decisão sobre a declaração do estado de sítio ou de emergência é sempre discricionário. Consiste, na verdade, numa discricionariedade de escolha entre o estado de sítio ou de emergência, dentro dos limites definidos pelo artigo 291 da Constituição. Quanto à agressão efectiva e iminente do território nacional, em parte ou no todo, fica claro que a opção é pelo estado de sítio e quanto à calamidade pública é sempre certa a opção pelo estado de emergência.

Mas a escolha discricionária assenta na verificação ou não do grau de gravidade da ameaça ou perturbação da ordem constitucional. Sendo menos grave a perturbação ou ameaça à ordem constitucional a opção é pelo estado de emergência.

Quanto à competência de decretação, tanto o estado de sítio, como o estado de emergência são dados o seu impulso pelo Presidente da República, decidindo emitir uma declaração (n.º 1 do art.º 293 da CRM), depois de ouvido o Conselho de Estado [art.º 165/b)].

A declaração é submetida à ratificação pela Assembleia da República, no prazo de vinte e quatro horas, estando reunida; e não estando reunida, esta é convocada no prazo de quarenta e oito horas, devendo reunir até cinco dias após a convocação [n.ºs 1 do art.º 293 e alínea g) do n.º 2 do art.º 178, ambos da CRM].

ii.3 Os efeitos da declaração dos estados de excepção

A declaração dos estados de alerta arrasta consigo um conjunto de consequências jurídicas sobre os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Em primeiro, a declaração dos estados de alerta não pode, em nenhum caso, limitar os direitos à vida, integridade pessoal, a capacidade civil e a cidadania, muito menos suspender os princípios da irretroactividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de religião (art.º 294 da CRM).

Em segundo lugar, a suspensão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais obedece a certas regras de fundo: a generalidade, igualdade e proporcionalidade⁴⁷.

47 Cfr. Art.º 291 da CRM.

- I. A *generalidade* quer significar que a suspensão e limitação dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos não deve ser feita por referência a categorias individualizadas de pessoas, as quais seriam visadas. Portanto, proíbe-se a suspensão individual dos direitos e liberdades fundamentais⁴⁸.
- II. A *igualdade* na suspensão ou limitação dos direitos e liberdades fundamentais obriga a que:

*"... na selecção dos tipos de direitos fundamentais colocados sob efeito suspensivo, bem como a modelação da suspensão das respectivas faculdades, não sejam permeáveis a aspectos particulares, fazendo com que os mesmos atinjam, de modo diferente, as pessoas em razão de critérios que sejam materialmente relevantes. Ilegítimo seria que se fizesse acepção de pessoas somente com o propósito de as discriminar através das medidas de suspensão de direitos, liberdades e garantias editadas"*⁴⁹.

- III. A *proporcionalidade* tem contornos diversos, abarcando três elementos de fundo, cunhados ao longo dos tempos pelo Tribunal Constitucional Alemão. Com efeito, a proporcionalidade pode revestir-se em três subprincípios, nomeadamente a adequação (*geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*). Foi em 1971, que o Tribunal Alemão deu significado a este princípio de proporcionalidade, assentando que:

"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (BVerfGE 30, 316)"^{50 51}.

48 Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar(1998). *Op. cit.*, pp. 844-845.

49 Idem, p. 846.

50 BARROSO, Luís Roberto, (1998), "Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional", in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n.º 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71.

51 Segundo Jorge MIRANDA, "O princípio da proporcionalidade é composto de três subprincípios, sendo: a) adequação, que significa que a providência se mostra adequada ao objectivo almejado (...); envolve, pois, correspondência de meios e fins; b) necessidade,

Portanto, a proporcionalidade impõe que os órgãos do Estado, competentes para determinar os estados de alerta, definam medidas restritivas dos direitos e liberdades fundamentais em obediência a critérios de estrita necessidade, proporcionalidade e adequação aos fins visados e tendo em atenção o caso concreto, para evitar que este princípio de proporcionalidade seja uma “*espécie de vara de condão de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para fazer milagres hermenêuticos dos quais até Deus duvida*”⁵².

São medidas restritivas de direitos e liberdades fundamentais, em caso de declaração de estado de sítio ou de emergência, as seguintes (art.º 295 da CRM):

- a. a *obrigação de permanência em local determinado*, que priva o cidadão da liberdade de circulação ou locomoção, abrangendo o de movimentação de bens;
- b. a *detenção*, que limita a liberdade física, de circulação, sem obediência ao ritual procedimental normal. As detenções podem ocorrer excepcionalmente em lugares ou edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns. As detenções devem ser notificadas imediatamente a um parente ou pessoa de confiança do detido por este indicado, a quem se dá conhecimento do enquadramento legal, no prazo de cinco dias; o detido é apresentado a juízo, no prazo máximo de dez dias; o nome do detido e o enquadramento legal da detenção são tornados públicos, no prazo de cinco dias;
- c. as restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão;
- d. a busca e apreensão em domicílio, que suspende a inviolabilidade do domicílio;
- e. a suspensão de liberdade de reunião e manifestação;
- f. a requisição de bens e serviços.

que supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção; e c) proporcionalidade stricto sensu, que implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos; e porque trata de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela traduz-se em proibição do excesso” (MIRANDA, Jorge(1998) Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 218).

52 COELHO, Inocêncio Mártires, (2002), “Racionalidade Hermenêutica: acertos e equívocos”, in: As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 366.

ii.4 A tutela política e jurisdicional dos estados de excepção

O controlo político realiza-se, na verdade, *a priori*, através da ratificação da declaração submetida pelo Presidente da República à AR (art.º 293/1 da CRM), e *a posteriori*, que se faz durante a execução da declaração e no encerramento ou declaração da cessação dos estados de alerta.

A tutela política dos estados de alerta é feita também pela continuidade de funcionamento normal dos órgãos de soberania e da ordem constitucional⁵³, o dever de comunicação (entenda-se envio do relatório) à Assembleia da República a ser feita pelo Presidente da República, com uma informação detalhada sobre as medidas excepcionais emanadas durante a vigência do estado de alerta, bem como a relação nominal dos cidadãos atingidos pessoalmente pelas medidas restritivas da liberdade individual⁵⁴.

A tutela política pode resultar do exercício, nos termos do artigo 80 da CRM, do direito de resistência, cujo conteúdo é a faculdade de o cidadão não acatar ordens ilegais ou que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias, excepto os que, expressamente, se encontrarem suspensos ou limitados por efeito da declaração do estado de sítio ou de emergência.

Cabe ao Parlamento emitir, depois de apreciado o relatório enviado pelo Presidente da República, um juízo político sobre o cumprimento pelo Governo e outras entidades públicas envolvidas das medidas definidas na declaração do estado de sítio ou de emergência.

A sindicabilidade judicial pode resultar da inércia da Administração Pública de pagar as indemnizações pelos prejuízos eventualmente causados ou nos casos destes órgãos terem praticado ilícitos de natureza criminal: *“A cessação do estado de sítio ou de emergência faz cessar os seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade por actos ilícitos cometidos pelos seus executores ou agentes”*⁵⁵.

a) O estado de guerra e sua legitimação de iure condendo para durante a sua vigência não se alterar a Constituição

O estado de guerra é somente semelhante com os estados de sítio ou de emergência quanto aos pressupostos de decretação, mormente no que diz respeito ao requisito de agressão efectiva ou iminente do território nacional.

53 Cfr. art.º 297 da CRM.

54 Cfr. nº 1 do artigo 298 da CRM.

55 Cfr. nº 2 do artigo 298 da CRM.

“O estado de guerra [...] é unicamente uma permissão jurídica de utilização do uso de força militar num propósito de defesa nacional. [...] o estado de guerra se localiza no âmbito das relações internacionais, submetendo-se ao regime do Direito Internacional Público [...]. Tanto o estado de guerra como o estado de excepção contêm outros aspectos jurídicos que não permitem qualquer identificação, funcionando como figuras autónomas.”⁵⁶

O estado de guerra tem sua regulamentação na LDNFA, do artigo 52 ao artigo 58 e nos tratados internacionais de que Moçambique é parte. O estado de guerra é uma situação de total caos e de *ultima ratio*, que é declarada nos casos em que o país é vítima de agressão iminente ou efectiva do seu território nacional por forças estrangeiras (o chamado inimigo externo)⁵⁷, instrumentalizando ou não moçambicanos.

O estado de guerra tem como objectivo debelar, fazer cessar a ameaça ou a agressão efectiva da soberania nacional, do território nacional, salvaguardar a independência nacional e defender a própria república, através da utilização das Forças Armadas.

O estado de guerra é decretado pelo Presidente da República, adiante PR⁵⁸, ouvido o Conselho de Estado⁵⁹ e o Conselho Nacional de Defesa e Segurança, adiante CNDS⁶⁰. A Assembleia da República pronuncia-se previamente sobre a declaração de guerra, através da sua Comissão Permanente [artigo 194, alínea c), da CRM]. Contudo, este pronunciamento tem valor jurídico de um parecer obrigatório não vinculativo, cujas conclusões não são vinculativas ao PR, pois a Constituição não empregou, como fez no caso de estado de sítio ou emergência, a expressão «autorizar ou confirmar» [artigo 194, alínea d), da CRM]. A explicação da diferença dos regimes pode resultar do facto de, em

56 GOUVEIA, Jorge Bacelar, (1998), *op. cit.*, pp. 518 e 519.

57 A natureza externa da agressão foi também objecto de análise do autor Bacelar GOUVEIA, designando os sujeitos de «forças estrangeiras». Com efeito, o inimigo externo ou forças estrangeiras, nesta perspectiva, podem referir-se à : - Forças que não tenham uma ligação de cidadania a qualquer país; - Forças que se constituam por moçambicanos e ao serviço de interesses de Estados ou grupos estrangeiros; - Forças cujos interesses pertençam a organizações que não sejam Estados, actualmente, grupos terroristas (GOUVEIA, Jorge Bacelar. “Estado de Guerra”, *Ob. cit.*, pp. 312-315). Trata-se de discutir a perspectiva «*ratione personae*» na interpretação do artigo 51.º da Carta da Organização das Nações Unidas, se a agressão deve ser perpetrada por um Estado ou outros intervenientes não estatais podem ser contabilizados.

58 Alínea a) do artigo 160 da CRM.

59 Alínea b) do artigo 165 da CRM.

60 Alínea a) do artigo 265 da CRM.

relação aos estados de sítio e de emergência, a competência originária ser do Plenário da Assembleia da República [artigo 179-2, alínea g), da CRM], sendo exercida em circunstâncias excepcionais pela Comissão Permanente, daí a sua submissão posterior à ratificação pelo seu titular (o Plenário); no caso de estado de guerra, a competência de pronunciamento é própria da Comissão Permanente, sem sujeição a nenhuma outra condição. Assim, o pronunciamento da Comissão Permanente estaria em paridade de valorização em relação aos pronunciamentos do Conselho de Estado e do Conselho Nacional de Defesa e Segurança. A diferenciação do regime talvez resida exactamente no carácter extraordinário e de caos que a guerra representa, o que, eventualmente, permite o encurtamento do procedimento mais longo e amplo do Plenário.

O estado de guerra pode ser declarado em todo o território nacional ou em parte circunscrita deste, onde a agressão à República estiver a ocorrer, e decorre desde a declaração até à sua cessação. Portanto, não tem prazo certo; a sua duração é determinada pela declaração da cessação da guerra ou feita da paz.

A declaração do estado de guerra tem reflexões assinaláveis em vários campos:

- I. Na organização do país. Segundo o artigo 53 da LDNFA, Moçambique orienta-se pelos princípios de (i) empenhamento total de todos os Moçambicanos na prossecução das finalidades da guerra; (ii) de ajustamento da economia nacional aos esforços da guerra; (iii) de mobilização e requisição de recursos necessários à defesa nacional; (iv) e de urgência na satisfação das necessidades decorrentes da priorização da componente militar.

1. *O empenhamento total de todos os Moçambicanos na prossecução das finalidades da guerra* pode ter repercussões, em primeiro lugar, na esfera de direitos, liberdades e garantias fundamentais, os quais podem ser completamente suspensos ou restringidos. Ora, a questão de fundo é a de saber se, se os direitos, liberdades e garantias fundamentais são efectivamente suspensos, haveria a suspensão de ser autorizada pela Assembleia da República ou, pelo contrário, resultaria da declaração do estado de guerra, como o último grau de estados de crise?

A alínea g) do n.º 2 do Artigo 178 da CRM diz expressamente que é da exclusiva competência da Assembleia da República: «sancionar a suspensão de garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência». A questão é a de saber se esta alínea prevê uma ou duas normas

constitucionais diversas, mas condensadas numa única disposição.

Parece-nos que são duas normas de fundo e autónomas: a primeira é a de «sancionar a suspensão de garantias constitucionais» e a segunda a de «sancionar a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência». Segundo esta interpretação, qualquer suspensão de garantias fundamentais, em qualquer situação, deve ser autorizada pela Assembleia da República. Assim, declarado o estado de guerra, havendo necessidade de suspender alguns direitos, liberdades e garantias fundamentais, o processo a seguir é o da obtenção do «no objection» do Parlamento.

Uma outra perspectiva seria de ver na alínea g) do n.º 2 do artigo 178 da CRM uma única norma, no sentido de que a competência da Assembleia da República de «sancionar a suspensão das garantias constitucionais decorre do próprio processo de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência», porque nestes casos a declaração de estados de excepção constitucional arrasta sempre a suspensão de direitos, liberdades e garantias constitucionais.

Se assim for, como foi possível que num estado de guerra, que é a crise mais aguda, que, pela sua natureza, arrasta a constrição de direitos e liberdades fundamentais, o Legislador Constituinte não tenha submetido a sua declaração ao Parlamento, senão a um parecer prévio obrigatório da sua Comissão Permanente?

A resposta a esta questão só pode resultar da história constitucional moçambicana e da formação e consolidação do Estado entre guerras. Mas, assumir as consequências de um Estado de Direito Democrático implica também a sujeição da actividade do Estado e as decisões dos seus órgãos supremos aos ditames democráticos de legitimação das opções fundamentais tomadas: *trata-se do princípio de respeito pelas instituições democráticas proclamado no conceito estratégico da defesa nacional* (Resolução n.º 42/2006 do Conselho de Ministros⁶¹). São questões que permanecem em aberto para o debate na interpretação da Constituição.

Em segundo lugar, tendo sido declarado o estado de guerra, o serviço militar tem essencialmente natureza compulsiva, e qualquer cidadão tem o dever de resistir quer activa, quer passivamente contra o inimigo da República.

2. *O ajustamento da economia nacional aos esforços da guerra.* Os órgãos do Estado, nomeadamente o PR, a Assembleia da República e o Governo adoptam medidas de natureza política, legislativa e financeira adequadas

61 Sobre o Conceito Estratégico da Defesa Nacional, publicado no Boletim da República, I Série, n.º 51, de 26 de Dezembro de 2006.

à condução da guerra e ao restabelecimento da paz⁶². A guerra pode implicar o ajustamento do Orçamento do Estado, a contracção de empréstimos que requeiram garantias, cuja autorização incumbe ao Parlamento. Portanto, a economia de guerra deve ser discutida e cuidadosamente analisada pela sociedade, através, particularmente, dos representantes do Povo, sob proposta do Governo.

3. *Mobilização e requisição de recursos necessários à defesa nacional.* Todos os recursos para arrostar a guerra são necessários e devem ser requisitados pelo Governo. A requisição pode incidir sobre bens de particulares; requisição de recursos humanos necessários para enfrentar a guerra; requisição do apoio internacional em escala anormal ou excepcional em relação ao estado de paz.
4. *A urgência na satisfação das necessidades decorrentes da priorização da componente militar.* No estado de guerra, a prioridade está no enfrentamento do inimigo externo que agride o território nacional, justificando-se deste modo um conjunto de restrições na esfera da satisfação das necessidades colectivas e de satisfação de alguns direitos sociais e económicos.

II. Na organização das Forças Armadas

As Forças Armadas colocam-se, no estado de guerra, no exercício exclusivo da sua missão constitucional, que é a defesa militar da República. No âmbito do comando, o Presidente da República, na qualidade de Comandante-Chefe das Forças de Defesa e Segurança, dirige superiormente a guerra⁶³. Esta direcção⁶⁴ é, ao mesmo tempo, uma direcção estratégica e política.

É estratégica a direcção da guerra porque é o PR que define o sistema de forças necessário para enfrentar a guerra e define os teatros de operações. É uma direcção política, pois o PR é o garante da fidelidade dos militares à Constituição, criando neles o espírito combativo, de defesa e prontidão para o combate; nomeia e exonera os comandantes do Estado-Maior-General e dos ramos do exército, bem como faz as comunicações ordinárias ao país sobre o curso das operações no terreno. Por fim, cabe a ele declarar a cessação da guerra. O Conselho Nacional de Defesa e Segurança, no estado de guerra, é um órgão

62 Cfr. artigo 54 da LDNFAM.

63 Cfr. n.º 1 do artigo 55 da LDNFAM.

64 Cfr. artigos 30 e 55 da LDNFAM.

de prontidão política que se pronuncia (i) sobre a directiva do Comandante Chefe das Forças de Defesa e Segurança para o emprego das Forças Armadas nos teatros das operações, devendo de ela constar a missão, dependência e grau de autoridade do seu cumprimento, áreas abrangidas e meios atribuídos; e (ii) sobre as propostas de medidas adequadas à satisfação das necessidades da guerra⁶⁵.

A condução da guerra no campo militar incumbe ao Chefe do Estado-Maior-General das Forças de Defesa e Segurança, de harmonia com as directivas emitidas pelo PR⁶⁶. A condução militar da guerra tem como consequência a criação de um comando único das forças policiais e dos militares, concentrando-se o comando nas mãos do Chefe do Estado Maior-General.

III. Na organização dos tribunais

Durante o estado de guerra são criados os tribunais militares, cuja competência é o julgamento de crimes de natureza estritamente militar (artigo 223 da CRM). Portanto, estes tribunais têm uma missão específica, que é julgar os crimes estritamente militares no contexto da guerra, sendo que desaparecem logo que a guerra cessar. Por exemplo, na situação actual de Cabo Delgado, as questões militares são computadas como civis e são julgadas nos tribunais comuns, o que dificulta bastante a resposta eficaz e necessária a estes casos, podendo criar desconfianças ao judiciário por falta de preparo para julgar matérias de natureza militar, pois espera-se que com os julgamentos se possa responder às interrogações existentes também no campo militar, o que não é no todo verdade. Cada processo segue os seus rituais, suas velocidades e metodologias, às vezes incompatíveis.

IV. Responsabilidades pela guerra

Cessada a guerra, segue-se o processo de determinação dos prejuízos criados pela guerra e a imputação destes aos respectivos autores. A Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas de Moçambique, no seu artigo 58, estabelece que:

“1. O Estado não se obriga a pagar indemnizações por prejuízos resultantes directa ou indirectamente de acções de guerra. 2. Os prejuízos resultantes da guerra são da responsabilidade do agressor, em consequência, é exigida a respectiva indemnização no tratado de paz ou na convenção do armistício”.

65 Cfr. artigo 56 da LDNFAM.

66 Cfr. n.º 2 do artigo 55 da LDNFAM.

Esta norma procura transferir os prejuízos criados pela guerra no território nacional ou não ao agressor. Isto porque, como regra geral da responsabilidade civil, quem agredir um terceiro Estado que não seja em legítima defesa, nos termos do artigo 51.o da Carta da ONU, é obrigado a indemnizar o Estado agredido, incluindo as vítimas dessa agressão e da guerra causada pelo agressor.

Ora, depois de escapelizado o regime do estado de guerra, como de carácter excepcional mais grave que os estados de siítio e de emergência, parece de iure condendo ser de incluir a proibição expressa de emendas constitucionais durante a sua vigência.

b) Outra circunstância de não alteração da Constituição é durante o período de vacatura do cargo de Presidente da República

Os períodos de vacatura do cargo de Presidente da República ocorrem nas situações de incapacidade permanente ou morte do Presidente, a qual incumbe ao Conselho Constitucional declará-la. Portanto, só depois de reconhecida e declarada a incapacidade ou a morte do Presidente que se inicia a vacatura, cujo termo será a eleição e posse do novo Presidente⁶⁷.

iii. Limites materiais ou cláusulas pétreas de revisão constitucional. Ideia geral

Os limites materiais de revisão da Constituição são garantias do poder constituinte originário, com função de assegurar a continuidade histórica e estabilidade do regime político e jurídico inicialmente estabelecidos na Constituição. Portanto, a sua função é conservar o espírito da Constituição, sua história e, conseqüentemente, limitar ou travar a acção do poder de actualização ou revisão da Constituição.

É de recordar que o poder constituinte originário é sempre exercido em certas circunstância de mudança de rumo da Nação ou da sua fundação, nomeadamente: Constituição que proclama a independência/cria o Estado ou emancipa o Estado, seja antecedida de guerra ou não (o caso da Constituição de 1975, precedida de guerra); reestruturação do Estado pós guerra ou a criar condições para a paz (o caso da Constituição de 1990); ocorrência de movimentos revolucionários de ruptura ou culminação de um processo profundo de transição política negociada que afecte gravemente a continuidade constitucional.

67 Cfr. n.º 1, artigos 156, e 155, ambos da CRM.

São estas circunstâncias que dão identidade à Constituição, enquadrando-a axiologicamente. Portanto, são estes valores e identidade que os limites materiais de revisão constitucional pretendem salvaguardar.

Portanto, fora destes casos, a Constituição só pode ser submetida à actualização, que respeitará sempre os limites materiais impostos pelo poder constituinte originário.

A questão de fundo que se debate é a de saber da razão de submeter às novas gerações as aspirações das gerações que elaboraram a Constituição. Ou seja, qual é o fundamento da legitimidade dos limites materiais da revisão constitucional?

Por exemplo, será viável retornarmos ao Estado de cariz socialista que vigorou de 1975 a 1990; será possível voltarmos ao único partido; será possível voltarmos ao voto popular directo e aberto, em reuniões populares dos bairros; será possível voltarmos ao sistema de economia centralmente planificada por mero efeito de uma revisão da Constituição?

A resposta é não! Sem que exista um acontecimento de extraordinário e excepcional na vida do Estado e da sociedade civil e política; sem que haja uma revolução ou um processo de transição política não se vislumbra que por mera revisão constitucional retornemos àqueles estágios.

Eis o primeiro fundamento dos limites de revisão constitucional.

O segundo fundamento, olhando para a Constituição que vigorou de 1975 a 1990, não podemos encontrar nela nenhum dispositivo que coloque limites materiais aos poderes de revisão constitucional porque o Estado e a Sociedade têm como seu tutor natural o Partido de Vanguarda, porque o poder pertence aos operários e camponeses unidos e dirigidos pela FRELIMO⁶⁸. Quer isto dizer que as aspirações do Povo são expressas pelo Partido, na visão leninista, entendida não como um grupo de pessoas apenas ou uma oligarquia de poder, prestígio e privilégio, mas como grupo político mais avançado na expressão dos interesses das camadas populares inexperientes e menos capazes de articular todas as suas aspirações. Portanto, ao Partido se atribui constitucionalmente uma posição dominante para poder materializar o poder das camadas sociais desfavorecidas (o tal compromisso político ideológico)⁶⁹. Eis o fundamento da democracia de cariz socialista e monopartidária, sem cláusulas pétreas.

Diferentemente, a partir de 1990, com a transição constitucional, Moçambique passa de democracia monopartidária para a democracia

68 Cfr. artigos 1.º e 2.º da Constituição de 1975.

69 Cfr. neste sentido MONTEIRO, Óscar. Módulo III, Direito Constitucional Moçambicano (Estado e Constituição em Moçambique). Maputo: Academia de Ciências Policiais, s/d.

multipartidária. Neste sistema a legitimação das cláusulas pétreas é a defesa da democracia. A democracia, por sua vez, é um conceito construído a partir da soberania popular, em cujo âmbito se situa o princípio majoritário. Assim sendo, sempre que se impede a prevalência da vontade da maioria produz-se, automaticamente, uma tensão com o princípio democrático. Essa tensão pode ser superada, no entanto, pela percepção de que a democracia não se esgota na afirmação simplista da vontade majoritária, mas tem outros aspectos substantivos e procedimentais de observância obrigatória. Os limites materiais têm por finalidade, precisamente, retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático. As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de auto-vinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional⁷⁰.

iii.1 Teoria sobre aceitação ou não dos limites materiais e sua natureza

Trata-se de analisar a *vexata quaestio* sobre a existência e modificabilidade dos limites materiais de revisão da constituição. O debate nasce da seguinte constatação: tanto o poder de fazer uma nova Constituição – *poder constituinte originário*, como o poder de actualizar ou rever a Constituição – *poder constituinte derivado*, são exercidos por representantes do mesmo povo. Ora, qual é a razão de o poder de rever a Constituição estar subordinado ao outro? Por que razão impor a vontade de uma geração a outra? Por que não modificar a Constituição sem obedecer a certos limites?

O certo é que na elaboração da Constituição e na sua revisão existem circunstâncias diversas de intervenção do povo. No exercício do poder constituinte originário, o povo é o criador da Constituição e na revisão, o povo é o destinatário⁷¹. Mas o debate é mais profundo e conta com três teses: “*revisibilidade, irrevisibilidade e dupla revisibilidade ou revisibilidade faseada*”⁷².

70 BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, pp. 171-172.

71 STERN, Klaus, (1987), *Derecho de la República Federal Alemana*. Madrid: CCE, p. 322.

72 GOUVEIA, Jorge Bacelar, (2016), *Manual de Direito Constitucional*, II – Direito Constitucional Português. Coimbra: Almedina, 6.ª edição, revista e actualizada, p. 1329.

a. A daqueles que consideram os limites materiais como inaceitáveis para limitar o poder de rever a Constituição (revisibilidade)

Esta tese é defendida fundamentalmente por⁷³ Karl Loewenstern, Joseph Barthélemy, Leon Duguit, Pedro de la Vega, Maurice Duverger e George Vedel, e sustenta que não haveria uma diferença de substância entre o poder constituinte de revisão e originário, sendo ambos formas de expressão da soberania do Estado. Ambos são exercidos, num regime democrático, por representantes do povo, por ele eleitos. Portanto, não haveria por que considerar o poder constituinte exercido num certo momento como superior à vontade do poder de revisão expressa posteriormente⁷⁴. De acordo com esta tese, seria sem razão a suposição de existência de uma auto-limitação da vontade nacional operada pelo poder constituinte originário, através de limites materiais, por isso, a declaração de intangibilidade dos limites materiais teria uma função meramente política, sem força jurídica de impedir as escolhas das novas gerações ao rever a sua Constituição.

É com razão que escreve Thomas Paine, no seguimento destas teses, que “uma nação tem sempre um direito inerente e inalienável de abolir qualquer forma de governo que considere inconveniente, e estabelecer o que estiver de acordo com o seu interesse, disposição e felicidade”⁷⁵; aliás, seria absurdo que os mortos por intermédio da Constituição possam impor a sua vontade contra os vivos (Thomas Jefferson).

Que dizer desta tese? Ela procede?

Ela tem em si uma verdade, os limites materiais podem estagnar uma comunidade política e acarretar, para a sua remoção, processos jurídicos complexos ou custos económicos, para, no nosso caso, a realização do referendo. Mas também, é preciso diferenciar a Constituição das normas ordinárias, isto é, procedimentos legislativos diversos e assegurar, pelo menos, uma segurança ao regime e ao sistema constitucional eleito em determinado momento, em resposta a certas circunstâncias fundamentadoras de fundo.

Portanto, não podemos aderir a esta tese por ser incompatível com uma Constituição rígida, estável, duradoura e que represente o espírito do seu tempo no presente.

73 FRANCISCO, José Carlos (2003), *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: editora forense, pp. 6-7.

74 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, (2023), *Curso de Direito Constitucional*, 18.ª edição, São Paulo: Saraiva jur, p. 87.

75 PAINE, Thomas, (1998), *“Direitos do Homem”* (Trad. de Maria Isabel Veríssimo): edições publicações Europa-América, Mem Martins, p. 92.

b. A segunda tese dos que consideram os limites materiais imprescindíveis e, portanto, insuperáveis por via de revisão constitucional.

Segundo estas teorias, os limites materiais de revisão constitucional são absolutos e, portanto, não admitem revisibilidade. Esta tese tem como expoentes Georges Burdeau, Maurice Hariuo, Carl Schmitt, Paolo Barile, Paulo Bonavides e Gomes Canotilho, entre outros⁷⁶.

Segundo os sequazes desta tese, a superioridade e imutabilidade dos limites materiais deriva da superioridade do poder constituinte originário sobre o poder de rever a Constituição. O primeiro é um poder inovador, supremo, e instituidor do poder de revisão, daí a subordinação deste àquele. Portanto, o poder de revisão constitucional é limitado, enquadrado e condicionado pelo poder constituinte originário: *a criatura não pode ser igual ou superar o criador, pois seria abuso de poder*.

A ab-rogação ou derrogação dos limites impostos, "(...), por meio de reforma, levaria à destruição dos fundamentos da própria Constituição que é, por consequência, o fundamento do Poder de Revisão. Em outras palavras, o que legitima a acção do Poder Reformador é a sua criação pelo Poder Originário. Assim, o Poder Reformador é visto com função de adaptação, correcção e protecção do texto constitucional em face do processo de evolução estável (visando a sua continuidade), sem ser capaz de alterar a identidade de princípios estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário (que actua nos momentos de revolução de valores, vale dizer, modificação significativa e aguda)"⁷⁷.

c. A terceira tese é a que admite a existência de limites materiais, com carácter relativo.

Esta tese tem como defensores Paolo Biscartetti de Rufa, Stefano Maria Ciconetti, Jorge Miranda, Fábio Comparato, Gilmar Mendes, Nélson Jobim e Emilio Crosa, entre outros⁷⁸. Segundo esta teoria, os limites materiais são juridicamente vinculantes, mas não so eles imunes a alterações e à revogação. Para a sua superação, haveria que ocorrer um duplo processo: i) primeiro rever a Constituição para eliminar ou revogar a norma que contém ou impõe os limites e depois ii) operar a revisão da Constituição na amplitude que se pretender. Tal é o fenómeno designado de *dupla revisão da Constituição*.

Trata-se, no fundo de uma tese intermédia, que não recusa a existência

76 FRANCISCO, José Carlos (2003). *Op. cit.*, p. 4.

77 *Ibidem*, pp. 4-5.

78 *Idem*, p. 9.

de limites, mas aceitando-os, considera-os justificáveis, necessários até um certo momento, mas relativos, porque, embora garantindo a estabilidade e identidade da Constituição, eles podem ser removidos pela via de dupla revisão, *dupla reforma ou poder constituinte híbrido*.

A propósito da *dupla revisão constitucional*, no ordenamento jurídico italiano, a doutrina, em relação aos limites materiais, estabeleceu a igualdade de valor com as restantes normas constitucionais, admitindo a sua alteração por um processo especial. Deste modo, admite-se a relatividade das normas que estabelecem os limites materiais, o que significa que podem ser alterados por este mecanismo de dupla revisão⁷⁹. Na Itália, o debate girou em torno do artigo 139.º da Constituição, que consagra um limite material, segundo o qual “*A forma republicana não pode ser objecto de revisão constitucional*”. A doutrina entendeu que a solução mais acertada para ultrapassar este limite seria num primeiro momento a «ab-rogação preventiva» do artigo 139.º, para, posteriormente, ser efectuada a reforma pretendida⁸⁰.

Para Emílio Crosa, em relação ao artigo 139.º da Constituição italiana, adianta a hipótese de «ab-rogação» do limite, através de uma interpretação restritiva, pois não se pode confundir limitação ou especificação de actividade com limitação de competência do órgão⁸¹.

Segundo estas doutrinas, a teoria de dupla revisão não implica a violação da Constituição, visto que não põe em causa a continuidade do Estado. A tese da dupla revisão, quando devidamente interpretada e aplicada, impede que a violação dos limites materiais possa interromper a continuidade do Estado e, concomitantemente responde um problema que era considerado sem solução⁸².

Em Portugal, “na revisão de 1989, a supressão da ... alínea j), que mencionava «a participação das organizações populares de base no exercício do poder local», e a alteração significativa da redacção das alíneas f) e g) do texto original – as quais, abandonaram quer a referência ao «princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos ...», quer a alusão à «planificação democrática da economia» - confirmam, seguramente, que, na prática constitucional, prevaleceu a tese da revisibilidade das cláusulas

79 BUSCARETTI DI RUFFIA, Paolo, (1984), *Derecho Constitucional, prologo y notas bibliográficas de Pablo Lucas Verdú*: reimpressão da 2.ª edição, editorial tecnos, p. 281.

80 Ibidem, p. 283.

81 CRSA, Emílio Apud FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 135.

82 CICONETTI, Sefano Maria, (1972), *La revision della Costituzion*, vol. 2. Roma: Padova – Cedam, p. 271.

de limites materiais”⁸³. Com efeito, “... a preocupação em não eliminar pura e simplesmente, na mesma revisão constitucional, os princípios protegidos pelas cláusulas de limites objecto de alteração ou supressão, parece ter consolidado «pragmaticamente a tese da admissibilidade da dupla revisão»”⁸⁴.

Jorge Miranda foi precursor da admissibilidade da tese de dupla revisão numa perspectiva compromissória, assente no que:

“A natureza da cláusula de limites materiais seria declarativa e não constitutiva ..., de entre os princípios salvaguardados por limites, haveria alguns de carácter nuclear (limites do primeiro grau) cuja alteração implicaria a transição para uma nova Constituição material, e outros (limites de segundo grau) que, se fossem modificados, não afectariam a essência da Constituição material; não consagrando o art.º 290.º a sua própria irrevisibilidade, poderia ser o mesmo suprimido ou alterado através de uma revisão ordinária a qual, contudo, não poderia suprimir ou comprimir redutivamente os princípios protegidos, sem prejuízo de os mesmos poderem ser alterados numa revisão constitucional seguinte (...)”⁸⁵.

Mas a classificação, de dupla revisão, não foi pacífica. Gomes Canotilho defendeu a tese de relevância absoluta dos limites, com o fundamento de que o poder constituinte é superior e prevalece sobre o poder de revisão, a revisão deveria se mover nos limites do poder constituinte e que a norma que consagrava a irreversibilidade de certas matérias seria igualmente inalterável⁸⁶. Aliás, de facto “Registe-se que a segunda revisão constitucional (1989) procedeu a uma redução dos limites materiais originários (...)”⁸⁷.

83 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, (2007), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III (organização do poder político, garantia e revisão da Constituição, disposições finais e transitórias, artigos 202.º a 296.º). Coimbra: Coimbra editora, p. 993 (Anotação ao artigo 288.º).

84 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, p. 68, apud MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada. Op. cit.*, p. 953.

85 Apud MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p.263.

86 CANOTILHO, J.J. Gomes, (2018), “*O problema da dupla revisão*”, p. 32 e ss., apud MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, Tomo II. Coimbra: Almedina, p. 263.

87 CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, (2014), *Constituição da República Portuguesa*, Anotado, Vol. II (artigos 108.º - 296.º). Coimbra: Coimbra editora, 4.ª ed. revista (reimpressão), p. 1013.

d. Solução moçambicana.

Em Moçambique, o debate não ganha muito terreno, pois o próprio Legislador Constituinte Originário deu solução ao problema. Por um lado, admite e consagra expressamente os limites materiais no n.º 1 do artigo 300 da CRM; por outro, havendo necessidade de modificar as matérias que constituem limites materiais, dá a devida solução, que consiste na realização de uma *consulta referendária* (n.º 2 do art.º 300 da CRM). Portanto, defende-se a tese de devolução da palavra ao seu titular originário – o Povo. Ora, eliminar o n.º 2 do art.º 300, seria uma burla ou fraude à Constituição. Portanto, a tese de *dupla revisão* não é a solução nacional para remover os limites materiais expressos⁸⁸. A realização de uma dupla revisão constituiria uma fraude à Constituição, ou, eventualmente, a remoção constitucional, como demonstraremos no próximo ponto.

Esta colocação do nosso Legislador, possibilita, doutrinariamente distinguir entre a revisão total e a revisão parcial. Deste modo, a revisão total seria aquela que exige, no caso moçambicano, a realização de um referendo para que se possa transitar para outras ideias fundamentais e a revisão parcial seria a que não bule com os limites materiais de revisão constitucional, mantendo sempre a continuidade e identidade constitucionais. Por exemplo, no direito positivo espanhol, o Legislador Constituinte distinguiu na Constituição entre a revisão total ou parcial:

“Artigo 168, n.º 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1.ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios e ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

88 No sentido contrário, admitindo a dupla revisão, ver RODRIGUES, Filomeno Eugénio dos Santos, “A próxima revisão da Constituição”, Op. cit., p. 97. Diz este autor que “A aceitação da tese da dupla revisão, não carece no nosso ordenamento de grandes construções teóricas ou dogmáticas, ela decorre da simples leitura do texto constitucional e da necessidade de respeito pelas normas constitucionais. Ora, o art.º 292.º (hoje 300) é não alterar as matérias que ela protege, enquanto a alínea correspondente, vigorar no ordenamento jurídico. E para retirar uma alínea do art.º 292.º abrindo o caminho, para que numa próxima revisão, se altere a matéria protegida, não será necessário o referendo (...)”.

iii.2 Limites materiais do artigo 300, n.º 1 da CRM. Sua classificação doutrinal

Primeiro, é preciso começar pela teorização da classificação dos limites materiais, em limites do primeiro grau e do segundo grau; explícitos/expressos e implícito/tácitos.

Os limites do *primeiro grau* correspondem às cláusulas de carácter nuclear, cuja alteração implicaria a transição para uma nova Constituição material e os de *segundo grau*, aqueles que não afectam a essência da Constituição material, isto é, a identidade constitucional. As cláusulas expressas são as identificadas expressamente pela Constituição e, no nosso caso, estão no artigo 300 da CRM e *implícitos*, os que não constam da lista do artigo 300 da CRM, devendo ser deduzidos do próprio texto constitucional. Os limites implícitos podem assumir quatro categorias de normas, nomeadamente, atinentes⁸⁹: (i) aos direitos fundamentais, que no caso moçambicano, já se encontram enumerados no artigo 300 da CRM, sendo limites expressos; (ii) ao titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável; (iii) ao titular do poder de rever a Constituição, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delegá-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastante problemáticos; (iv) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.

Passa-se, então, à análise dos limites materiais do artigo 300 da CRM:

a. A independência, a soberania e a unidade do Estado.

Trata-se de um *limite expresso do primeiro grau*, cuja alteração implicaria a decadência da identidade e continuidade constitucional:

- i. a ***independência*** é uma conquista da revolução moçambicana, onde milhões de moçambicanos perderam suas vidas na luta contra o domínio colonial facista português, a 25 de Junho de 1975. A independência significou um novo começo, uma nova ideia de direito e de sociedade; a manifestação de “*um efeito sem precedentes, sem paralelo, uma ruptura impregnada pela ânsia de libertar e de construir uma nova morada onde a liberdade possa habitar*”⁹⁰. A defesa da independência é um dos objectivos

89 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 175.

90 ARENDT, Hannah, (2011), *Sobre a Revolução. Tradução brasileira de Denise Bottman*, editora

- fundamentais do Estado moçambicano [art.º 11 da CRM, alínea a)];
- ii. a **soberania** é consequência da independência, significando, a partir daí a faculdade que Moçambique adquiriu de decidir os seus rumos, através dos seus órgãos de poder político, sem depender de nenhum outro poder. A soberania é absoluta, perpétua e indivisível, assentando no direito de fazer leis, exercer a autoridade de segurança interna e externa e de emitir a moeda (soberania como poder político). As características definidoras da soberania são a nacionalidade, o território, os símbolos nacionais e o poder político e
 - iii. a **unidade do Estado** manifesta-se, em Moçambique, da forma unitária do Estado, para significar que o poder político reside nos órgãos centrais do Estado, que exercem as suas funções em todo o território nacional, aprovando legislação e políticas nacionais aplicáveis a todo o território nacional, independentemente de se reconhecer a existência de entidades descentralizadas; o território nacional é uno e indivisível, exercendo nele os órgãos de soberania os seus poderes; em Moçambique existe uma única Constituição, único órgão legislativo, únicos tribunais estaduais, único governo, como órgão político nacional.

b. A forma republicana do Governo.

É também um limite material do primeiro grau, cuja alteração desencadeia a transição constitucional ou ruptura com o sistema constitucional vigente. A forma republicana do Governo significa desde logo a rejeição da fórmula monárquica do Governo. Moçambique é um estado republicano, onde o poder reside no povo e os órgãos do poder político do Estado são eleitos por um sufrágio universal para um mandato, como representantes do povo. Desde logo, o Chefe do Estado é eleito e não hereditário. A república significa no fundo coisa pública, que diz respeito a todos e não a um grupo familiar eleito. A Constituição ao definir a forma republicana do Governo estabelece uma estrutura política de poder em que o bem comum está acima de interesses de grupos, corporações, famílias ou indivíduos.

c. A separação entre as confissões religiosas e o Estado.

É igualmente um limite do primeiro grau e visa assegurar o princípio da laicidade do Estado⁹¹, tendo em conta a diversidade no campo religioso existente

Companhia das Letras, p. 17.

91 Sobre este princípio ver MACIE, Albano. "Princípio da Laicidade do Estado e Sua Garantia Através da Liberdade Religiosa". In Guardiã, Colectânea Científica do Conselho Constitucional de Moçambique, Vol. 2, escolar editora, Maputo, 2021.

em Moçambique. Portanto, a laicidade do Estado, como princípio político e jurídico, assegura a separação institucional entre o Estado e as confissões religiosas, entendida como a neutralidade do Estado perante as religiões e como garante da liberdade religiosa. A laicidade tem como função assegurar a diversidade moral e religiosa, respaldada pela cooperação, reciprocidade e tolerância à diferença, tornando o Estado mais plural, diversificado e ainda mais republicano e democrático. Portanto, o que não existe em Moçambique é a Religião do Senhor, isto é, não existe uma religião oficial.

d. Os direitos, liberdades e garantias fundamentais.

É um limite do primeiro grau, a espinha dorsal de uma Constituição democrática, que assegura o Estado de Direito. São limites do primeiro grau e ligados aos direitos supranacionais e limites transcendentais do próprio poder constituinte. Os direitos, liberdades e garantias fundamentais são instrumentos de protecção do indivíduo contra as actuações dos poderes públicos, baseados na salvaguarda da dignidade da pessoa humana e devem ser garantidos, como o mínimo necessário para a existência de um indivíduo como pessoa, que nasce com direitos iguais em relação aos seus semelhantes e, portanto, não há razão de não reconhecimento e protecção destes direitos.

e. O sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das províncias e do poder local.

Trata-se de um limite de primeiro grau, que pode abalar a continuidade constitucional em caso de alteração. O direito ao sufrágio é consequência do Estado Democrático, onde os titulares dos órgãos do poder político e das entidades descentralizadas (autarquias locais e órgãos de governação provincial e distrital) são designados por eleição, como consequência do princípio de que a soberania reside no povo e do princípio da descentralização territorial, em que uma das condições é a escolha dos dirigentes das entidades descentralizadas por via de eleição (assembleias municipais e assembleias provinciais e respectivos órgãos executivos). Este limite torna intangível por revisão ordinária o voto directo, pessoal e igual. Como torna intangível a periodicidade de eleição dos titulares dos órgãos de soberania, incluindo as limitações de mandatos neste caso, visto que no caso não se pode ultrapassar os 5 anos de mandato de cada órgão electivo, e nem se pode ultrapassar o limite de uma reeleição, no caso do cargo presidencial, pois é esse o período determinado. Isto é, a alteração do mandato para uma possibilidade superior a dez anos exige um referendo, pois o estar-se-ia a romper com o “sufrágio periódico”. A alteração destas limitações deverá ser sujeita ao referendo.

f. O pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática.

É igualmente um limite do primeiro grau, que assegura a existência de um Estado Democrático, baseado no pluralismo político multipartidário, pluralismo de expressão de ideias, pensamentos; o direito de oposição político-democrática em relação às políticas públicas e posições fundamentais apresentadas pelo partido vencedor das eleições em várias assembleias.

g. A separação e interdependência dos órgãos de soberania.

O princípio de separação e interdependência de poderes é o vector pilar na organização do poder político em Moçambique. Neste sentido, reconhece-se que a existência de uma Constituição depende da separação de poderes que esta suporta. No caso moçambicano, o princípio de separação de poderes expressa-se através da divisão de funções entre os órgãos de soberania, nomeadamente, o Presidente da República, Assembleia da República, Governo, tribunais e Conselho Constitucional. A separação de poderes, em Moçambique, é uma divisão horizontal de funções que se traduz numa colaboração entre os órgãos de soberania. Isto é, os órgãos de soberania estabelecem relações de colaboração e não de subordinação, exercendo, contudo, o Presidente da República o poder moderador do sistema de separação de poderes. Portanto, este limite é do primeiro grau e a sua eliminação pode comprometer a continuidade e identidade constitucional, pois significaria o regresso ao sistema socialista de acumulação de poderes.

h. A fiscalização da constitucionalidade.

Trata-se de uma garantia da Constituição contra os actos que a violem e resulta, de acordo com o n.º 4 do artigo 2 da CRM, do facto de que "*As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico*". A fiscalização da constitucionalidade é função reservada exclusivamente ao Conselho Constitucional, visto que é a única autoridade nacional que aprecia e declara a inconformidade das normas infraconstitucionais com a Constituição, naquilo que se designa de modelo concentrado de controlo de constitucionalidade. Imaginemos que uma revisão constitucional elimina a «fiscalização da constitucionalidade», haverá descontinuidade ou não da Constituição? A resposta a esta questão dá lugar à classificação deste limite se é ele do primeiro ou do segundo grau.

Se, se concluir que é do segundo grau, então a sua eventual eliminação não geraria, como quer Filomeno Rodrigues, "... *necessariamente a passagem de uma constituição material para outra. Não carregam no seu ADN a importância tal, que faça com que o núcleo identitário deixe de ser aquele plasmado na Lei*

fundamental”⁹².

A classificação que se atribuía este limite não podia ser outra, senão do primeiro grau, pois a fiscalização da constitucionalidade é o alicerce do Estado de Direito Democrático, não interessando o órgão responsável, seja ele jurisdicional, quai-jurisdicional ou político. O mais importante é a existência de uma instituição que possa travar os excessos do poder legislativo ou regulamentar dos órgãos do Estado contra a Constituição. A fiscalização da constituição representa uma ideia de direito que é parte incidível do conjunto das garantias do sistema constitucional projectado em Moçambique. Aliás, por fazer parte do leque dos limites materiais, ele tem o mesmo nível que as restantes normas, e demanda um referendo para a sua eliminação.

i. A independência dos juízes.

É também um limite de primeiro grau, que visa assegurar a independência das magistraturas entre elas, consequência do princípio de separação de poderes. Alguns princípios sobre a independência dos juízes foram estabelecidos:

*“2. Os juízes deverão decidir todos os casos que lhes sejam submetidos com imparcialidade, com base nos factos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições ou influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, diretas ou indiretas, de qualquer sector ou por qualquer motivo. 3. A magistratura terá jurisdição sobre todas as questões de natureza judicial e terá autoridade exclusiva para decidir se um caso que lhe tenha sido submetido para decisão é da sua competência nos termos definidos por lei. 4. Não haverá quaisquer interferências indevidas ou injustificadas no processo judicial e as decisões dos tribunais não serão sujeitas a revisão. Este princípio é aplicável sem prejuízo da revisão judicial ou da possibilidade de atenuação ou comutação, efetuadas por autoridades competentes, de penas impostas pelos magistrados, em conformidade com a lei.”*⁹³

92 RODRIGUES, Filomena Eugénio dos Santos. “A próxima revisão da Constituição ...”, *op. cit.*, p. 102.

93 Cfr Princípios Básicos relativos à Independência da Magistratura, adoptados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985 e endossados pela Assembleia Geral das Nações Unidas nas suas resoluções 40/32, de 29 de Novembro de 1985, e 40/146, de 13 de Dezembro de 1985.

j. A autonomia dos órgãos de governação descentralizada provincial, distrital e das autarquias locais.

A autonomia assegura um espaço de decisão e operatividade das entidades descentralizadas em relação ao Governo Central e seus representantes. Portanto, a autonomia é a faceta da descentralização e representa um avanço no desenvolvimento do país, permitindo que as comunidades das entidades descentralizadas participem na solução dos problemas próprios e aprofundem a democracia. É um limite de segundo grau, que a sua alteração não implicaria necessariamente a alteração da Constituição material.

Questão interessante de analisar seria se, porventura, uma revisão constitucional eliminasse o escalão do distrito, sem que se realize um referendo, haveria violação deste limite?

As eleições distritais ainda não foram realizadas, o que significa que se trata de normas deferidas no tempo o seu cumprimento e com carácter programático, embora com prazo estabelecido no n.º 3, artigo 311, da CRM. Contudo, a alteração ou eliminação deste prazo não teria consequência drástica porque a alínea e) do n.º 1 do artigo 300 da CRM não incluiu a eleição distrital como limite, senão a questão da sua autonomia, que, alterando-se a data da eleição, não bule com a protecção da autonomia do distrito futuramente prevista.

A autonomia do distrito constitui um limite do segundo grau, cuja eliminação não poderia abalar a continuidade constitucional, embora a eliminação da previsão de uma futura autonomia distrital implique a realização de referendo. Mas de como está arquitectada a norma sobre a autonomia distrital fica sempre uma questão inserida na eficácia das normas programáticas e não exequíveis de *per si*, requerendo a intervenção do legislador, quando, deferidamente, verificar a existência de condições para o efeito.

k. Os direitos dos trabalhadores e das associações sindicais.

Embora não seja um limite decisivo para a mudança da Constituição material, a independência e autonomia dos sindicatos em relação aos poderes públicos e os direitos dos trabalhadores constituem um ganho histórico na luta laboral. Apesar destes factos, o limite pode ser classificado entre primário e secundário, mas o seu posicionamento depende das consequências que a sua alteração poderia desencadear, em concreto. Teoricamente, parece ser defensável a sua rotulação como limite do segundo grau.

l. As normas que regem a nacionalidade, não podendo ser alteradas para restringir ou retirar direitos de cidadania.

A nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo a um determinado Estado, conferindo ao indivíduo, no caso, a qualidade de cidadão

moçambicano. A norma não proíbe a alteração das leis de nacionalidade, mas somente que estas não sejam modificadas para restringir ou retirar direitos decorrentes da nacionalidade, particularmente, adquirida. É um limite do segundo grau.

III. CONSEQUÊNCIAS DE VIOLAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E LIMITES DE REVISÃO CONSTITUCIONAL: IRREFUTABILIDADE DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

A. Casos de violação dos requisitos de iniciativa, previstos no artigo 299 da CRM

As propostas de revisão da Constituição só podem ser introduzidas pelo Presidente da República ou 1/3, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República. Pode ocorrer, por exemplo, que o Governo ou menos de 1/3 dos deputados submetam as iniciativas de revisão constitucional. *Quid iuris?* Regra geral, as propostas de revisão, antes de serem despachadas para a distribuição e para as comissões de trabalho, devem ser juridicamente analisadas e acompanhadas de parecer técnico. Ora, ocorrendo este vício orgânico, quando à iniciativa, as propostas assim recebidas devem ser indeferidas liminarmente pelo Presidente da Assembleia da República. Eis a solução mais objectiva e mais correcta. Se, porventura, assim mesmo o texto de revisão for distribuído e aprovado, o Presidente da República pode recusar de promulgar esta lei de revisão assim aprovada por inexistência jurídica.

B. Em relação ao limite temporal previsto no artigo 301 da CRM

Dispõe esta norma que a Constituição só pode ser revista transcorridos 5 anos após a entrada em vigor da última lei de revisão, excepto havendo assunção de poderes extraordinários de revisão aprovada por $\frac{3}{4}$ de votos. Imaginemos que a Assembleia aprova uma lei de revisão sem que obedeça a este requisito, isto é, não passam 5 anos e nem houve assunção de poderes extraordinários. A situação já não é agora de inexistência jurídica, mas, eventualmente, de nulidade do texto de revisão por violação de um elemento essencial do procedimento revisional. A questão é a de saber se o Presidente da República deverá ou não promulgar a lei de revisão assim aprovada? Supondo que foi da sua iniciativa, é claro que vai promulgar; não sendo, pode até recusar de promulgar.

Supondo que se recusou de promulgar a lei de revisão, não se colocam grandes problemas, pois a lei de revisão assim aprovada é nula por violar os requisitos essenciais do procedimento e a nulidade pode ser conhecida por qualquer órgão; e o Presidente é o órgão mais adequado para fazer esse juízo de desvalor da lei, recusando a sua promulgação e ponto final.

Nos casos em que a lei é promulgada, embora violando os limites temporais, já que a Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão (n.º 2, art.º 340, da CRM), nada resta senão considerar a violação no âmbito da fiscalização sucessiva da constitucionalidade das leis de revisão, se tal for possível. Não sendo possível, resta proclamar a Constituição assim promulgada, como Constituição em vigor, visto que a Constituição não pode estar em contradição consigo mesma, para dizer que aquelas irregularidades são virtualmente desconsideradas com a entrada em vigor do texto assim publicado.

C. O problema jurídico do n.º 1, artigo 303, da CRM

O artigo dispõe que : “*O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão*” . Esta norma só é válida em todos os casos em que o processo de revisão constitucional obedeceu aos procedimentos de revisão impostos pela Constituição, para dizer simplesmente que o Presidente da República não tem o dever de promulgar uma lei de revisão inquinada de vícios de forma, de procedimentos ou de outra natureza, desde que patente aos seus olhos. É, na verdade, um critério discricionário de avaliação subjectiva a cargo Presidente da República, pois o dever de promulgar não inclui as leis de revisão inconstitucionais.

Mas os casos mais complexos são aqueles em que o Presidente da República, mesmo ciente das violações, mesmo assim promulga a lei de revisão e a manda publicar. *Quid iuris?*

A obrigação de o Presidente da República promulgar a lei de revisão confirma “a absoluta centralidade da Assembleia da República no procedimento de revisão constitucional”⁹⁴, visto que a lei de revisão é desde logo aprovada por maioria de 2/3 dos votos, o que coincide com a maioria no reexame de uma lei devolvida à Assembleia da República, que obriga o Presidente a promulgar (n.º 4, art.º 162, da CRM). Penso que aqui não seria diferente, eis a razão de fundo da centralidade da Assembleia da República.

- A resposta à questão colocada é de duas ordens: i) se a lei de revisão não foi proposta por entidade competente, ou não foi aprovada por 2/3 dos deputados, não há lei de revisão e o promulgado e o publicado é inexistente juridicamente, mantendo-se a Constituição originária; ii) se o problema que afecta a lei de revisão está ligado aos limites temporais

94 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 910.

e materiais, a solução que propugnamos é a que se segue nos próximos pontos.

D. Consequência da violação dos limites materiais

Fraude ou remoção da Constituição? São duas questões que se podem colocar relativamente à violação dos limites materiais, nomeadamente:

- A violação dos limites materiais pelo facto de o Legislador ter revisto a Constituição pondo em causa um dos limites constantes do n.º 1 do art.º 300 da CRM, sem realizar o referendo imposto pelo n.º 2 do mesmo artigo;
 - A remoção dos limites materiais, precedida pela realização de uma *dupla revisão*, isto é, a Assembleia da República realiza uma primeira revisão da Constituição destinando a remover a obrigação de referendo para se alterar os limites (n.º 2 do art.º 300 da CRM) e, posteriormente, a realização de uma segunda revisão que já não tem limites.
- Analiseemos estes dois problemas.

i. Se a Assembleia da República realizar uma revisão constitucional, na qual modifica os limites materiais do primeiro grau

Previstos no n.º 1 do art.º 300 da CRM, sem, no entanto, realizar a consulta referendária. Nestes casos, a Assembleia da República reveste-se de poder de revisão, aos olhos do povo, mas extravasa os seus limites e, desde logo, investe-se, fraudulentamente de poderes constituintes e produz uma nova Constituição. Isto é, com o novo texto produzido, deixa de existir a identidade e continuidade constitucional.

Imagine-se os casos em que a Assembleia altera a forma republicana do governo, ou a pauta dos direitos fundamentais, aprovando a nova Constituição por unanimidade e aclamação. O texto é enviado ao Presidente da República e, este, de acordo com o n.º 3 do artigo 303 da Constituição, promulga e manda publicar a Constituição. *Quid iuris?*

A resposta a esta questão é a seguinte: Não obstante, o procedimento de revisão ter sido enganoso e, por isso, houve uma fraude à Constituição e, eventualmente, uma remoção total da Constituição. Apesar deste facto, será a própria Constituição aprovada a vigorar, embora feita com fraude, pois não há, no caso moçambicano, normas constitucionais inconstitucionais - a Constituição não pode estar em contradição consigo mesma. Cabe afirmar que:

“se uma alteração da Constituição, apesar da sua «inconstitucionalidade» (formal ou material), se impõe, se o direito assim produzido adquire, portanto, positividade, e se também à sua obrigatoriedade se não levantam dúvidas, provenientes da infracção de direito suprapositivo, então o novo direito ter-se-á tornado ele próprio, daí em diante, direito constitucional vigente. Já se não trata nesse caso de uma revisão, mas de uma remoção [...] da Constituição que até aí existia; já não se trata de um acto, regulado pela lei constitucional e, portanto, fundamentalmente limitado, do poder constituinte, mas de um acto originário do poder constituinte, ainda que porventura praticado externamente regulamentada”⁹⁵.

Neste caso, tem-se então, uma revisão total da Constituição sem participação do povo, por exactamente, se ter preterido a consulta referendária: um verdadeiro processo constituinte *sob a roupagem de um processo de revisão*.

ii. Os casos de dupla revisão para superar os limites materiais

A dupla revisão é refutável, em Moçambique, pois tratar-se-á sempre de substituir ou remover a Constituição vigente por outra. A dupla revisão atinge imediatamente a identidade e continuidade constitucional ao eliminar a barreira entre o poder de rever a Constituição e o poder constituinte originário, assegurada através da imposição de uma consulta referendária [*isto é, a primeira revisão eliminaria ou revogaria o n.º 2 do artigo 300 e a alínea a) do n.º 3 do artigo 136 da CRM e a segunda visaria já os limites propriamente ditos sobre a matéria em causa*]. Portanto, não se defende a dupla revisão como processo para abrir caminho a uma possível revisão dos limites materiais, pois é uma solução mais grave, que desconsidera ou ignora em si o núcleo da Constituição, por pôr em causa um limite de carácter absoluto.

Portanto, a revisão da Constituição deve ter uma natureza limitada e deve estar enquadrado juridicamente, pois é assim a natureza de um Estado de Direito Democrático. Uma tal excepção, só pode ocorrer em momentos revolucionários, de viragem histórica, que por natureza, são de rara ocorrência. Numa situação de normalidade política, a Constituição deve ser respeitada e, então, o poder de revisão é limitado e deve obedecer à Constituição. Então, realizar uma *dupla revisão* dirigida à alínea a), n.º 3, artigo 136, e ao n.º 2 do

95 BACHOF, Otto, *Op. cit.*, p. 53.

artigo 300, todos da Constituição, implicaria uma ruptura revolucionária ou transição constitucional com a ordem jurídica vigente.

E. Será constitucionalmente fiscalizável a lei de revisão constitucional?

Eis a *vexata quaestio* no ordenamento jurídico nacional. São duas as perspectivas de análise deste problema. Primeiro, em relação à fiscalização preventiva e segundo em relação à fiscalização sucessiva abstracta.

Mas este debate só faz carreira quando se tratar de vícios orgânicos e formais, pois os de violação dos limites materiais, as consequências são as vistas anteriormente.

Em relação à questão de saber se o Presidente, depois de recebida a lei de revisão constitucional, pode ou não a submeter à fiscalização preventiva da constitucionalidade pelo Conselho Constitucional parece ser de recusar pelo facto de o n.º 3 do art.º 303 da CRM mandar o Presidente promulgar a lei de revisão. Mas isto só é assim se a lei de revisão tiver sido aprovada em conformidade com os seus procedimentos constitucionais. Ora, a lei de revisão, tendo vícios essenciais, orgânicos e formais, poderá o Presidente enviá-la ao Conselho Constitucional para a sua fiscalização preventiva?

O Presidente como garante da Constituição é legítimo que coloque a Constituição em primeiro lugar, devendo recusar de promulgar uma lei de revisão assim aprovada, embora não possa obter do Conselho Constitucional o veto jurídico por o artigo 243 da CRM não conter qualquer norma que lhe confira poderes para proceder à fiscalização preventiva de leis de revisão constitucional, salvo se, criativamente, o Conselho Constitucional interpretar, topicamente, n.º 1 o artigo 240, da CRM, com o argumento de que as atribuições de Guardião da Constituição – *administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais* –, não se compadece com o silêncio do Guardião perante violações evidentes da Constituição, o que seria, no fundo, um verdadeiro activismo judicial (um legislador negativo, em acção).

Na impossibilidade desta fiscalização preventiva, cabe ao Presidente da República recusar de promulgar uma lei de revisão constitucional que tenha manifestamente violado os limites do poder de rever a Constituição, pois o «dever de promulgar a lei de revisão», não inclui o de promulgar leis de revisão manifestamente inconstitucionais, o que é dizer que o Presidente pode evitar o ingresso no ordenamento jurídico nacional de uma lei de revisão com vícios de inconstitucionalidade, orgânicos e formais, manifestos.

Em relação à fiscalização sucessiva abstracta, esta ocorre depois de o Presidente da República ter promulgado, mandado publicar, e entrado

em vigor ou na *vacatio legis*⁹⁶ a lei de revisão constitucional. É por natureza uma fiscalização repressiva, cuja legitimidade processual é determinada expressamente pela Constituição, em relação às leis infraconstitucionais (n.º 2, art.º 244). Ora, em relação à lei de revisão constitucional, qual seria a entidade competente para solicitar a fiscalização? O Conselho Constitucional carece de competência para este efeito.

Como fazer perante estes dois obstáculos?

Por exemplo, uma lei de revisão que foi aprovada sem quórum necessário para o efeito (2/3 de votos favoráveis); uma iniciativa do Governo (violando o n.º 1, do art.º 299 da CRM) e, mesmo assim, por interpretação do, n.º 3, do artigo 303, (O presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão), o Presidente da República promulgou e mandou publicar uma lei assim aprovada. *Quid iuris?*

Neste caso, como se trata de casos de inexistência jurídica ou de nulidade, de acordo com o seu regime, qualquer pessoa ou entidade pública ou privada pode solicitar a invalidação desta lei perante o Conselho Constitucional e, o Conselho Constitucional pode declarar a inexistência ou a nulidade da pretensa lei de revisão constitucional, sem contestações, pois os actos jurídicos nulos ou inexistentes podem ser declarados a qualquer momento e por qualquer autoridade, e o Conselho Constitucional seria uma delas, com maior legitimidade.

Mas já não se pode dizer o mesmo em relação aos vícios de irregularidade, por exemplo o não depósito da lei de revisão 90 dias antes de votação (n.º 2, do art.º 299 da CRM), muito menos em relação aos limites materiais, pois a lei de revisão assim aprovada e entrada em vigor, é ela mesma a Constituição.

O Conselho Constitucional não dispõe de competência para apreciar a inconstitucionalidade de uma lei de revisão constitucional, e não existe entidade com legitimidade para solicitar a sua apreciação, salvo os casos de inexistência ou de nulidade da lei de revisão, por vícios orgânicos ou formais, pois nestes casos segue-se o regime geral de arguição da nulidade ou inexistência jurídica.

96 O Conselho Constitucional já sufragou no Acórdão n.º 4/CC/2020 de 26 de Março, a fiscalização das leis em regime de *vacatio legis*, com o fundamento de que “O Conselho Constitucional sufraga a doutrina de aceitabilidade da fiscalização das normas em *vacatio legis*, porque a norma que foi promulgada e publicada é abrangida pela fiscalização repressiva, pois já tem vida autónoma, e, portanto, não cabe na fiscalização preventiva. O fundamento desta posição alicerça-se no princípio do Estado de Direito, no sentido de evitar na esfera jurídica dos cidadãos danos sociais futuros e previsíveis, bem assim a necessidade de evitar a insegurança jurídica e a influência que a subsistência desta norma pode ter nas decisões jurisdicionais a partir de 23 de Junho de 2020, data da entrada em vigor da Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro”.

CONCLUSÃO

O poder constituinte originário é fundador e criador. Terminada a feitura da Constituição, ele conserva-se latente na vida do Estado prestes a emergir em qualquer momento, desde que criadas as condições para tal. Enquanto permanecer latente, a Constituição vai produzindo seus efeitos na comunidade política. Contudo, como as constituições são feitas para durar mais tempo [são estáveis e rígidas, “mas não param no tempo (CHISSANO)], precisam de ser actualizadas, para que não fiquem descontextualizadas e, desde logo, sem correspondência com os factores reais do poder. Para atender a este facto, a própria Constituição prevê mecanismos da sua actualização, através do processo de revisão constitucional – *o poder de rever a Constituição, ou o poder constituinte derivado*.

Como poder de actualizar a Constituição, ele é limitado, juridicamente enquadrado e regulado, pois o seu processo não inclui a quebra de identidade e continuidade da Constituição. Eis por que razão o poder de revisão se submete a limites orgânicos, formais, temporais, circunstanciais e, em especial, os materiais, que guardam as aspirações, as tradições e os momentos históricos que justificaram o exercício do poder constituinte originário. Por exemplo, a Constituição aprovada em 1975 é a súpula da história e vivência libertária e as aspirações futuras, consequência das perspectivas nacionalistas revolucionárias; a de 1990, consagra as mudanças ocorridas no mundo (queda dos regimes socialistas), a popularização do multipartidarismo e a inversão da ordem dos direitos fundamentais, preponderando os de natureza pessoal sobre os políticos, sociais e económicos.

Nesta pesquisa, se demonstrou os limites do exercício do poder de revisão da Constituição, analisou-se o procedimento de revisão e as consequências possíveis da violação dos procedimentos e dos limites, em particular, materiais, orgânicos e formais. Desta análise, pode notar-se que o poder de rever a Constituição não inclui o de fazer nova Constituição. Portanto, a revisão deve sempre manter-se dentro dos seus limites, pois é assim que é o regime de Estado de Direito Democrático e o nosso sistema constitucional tem um elenco de matérias que não podem ser alteradas num processo de revisão da Constituição, sem que sejam sujeitas ao referendo, pois a sua razão radica na defesa da identidade e continuidade da Constituição material.

Nesta pesquisa defende-se a sujeição estrita do poder de revisão aos limites constitucionais, não advogando a chamada *dupla revisão* por ter as mesmas consequências da simples violação dos limites materiais de revisão.

É preciso fazer a ruptura, quer revolucionária, ou por transição constitucional, quando as condições se verificarem para o efeito, o que ocorre normalmente em situações de viragem histórica da comunidade política.

Enquanto tais factores não se verificarem, a Constituição deve ser observada e salvaguardada.

BIBLIOGRAFIA

ARENDR, Hannah (2011). *Sobre a Revolução*. Tradução brasileira de Denise Bottman: editora Companhia das Letras.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Projecto de Lei de Revisão Pontual da Constituição da República*, apresentada pela Bancada Parlamentar da FRELIMO. Maputo: AR-IX/porj. Lei/213/03.05.2023.

BARROSO, Luís Roberto (2021). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 9.ª edição, 2.ª tiragem, São Paulo: Saraiva jur.

BARROSO, Luís Roberto (1998). "Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional", in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BONAVIDES, Paulo (2001). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 11.ª ed.

BUSCARETTI DI RUFFIA, Paolo (1984). *Derecho Constitucional*, prologo y notas bibliográficas de Pablo Lucas Verdú: reimpressão da 2.ª edição, editorial tecnos.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital (2014). *Constituição da República Portuguesa*, Anotado, Vol. II (artigos 108.º - 296.º). Coimbra: Coimbra editora, 4.ª edição revista (reimpressão).

CHISSANO, Joaquim (2020). "As Constituições devem ser estáveis, mas não param no tempo". In *Guardião, Colectânea do Conselho Constitucional de Moçambique*, Vol. 1. Maputo: edição especial.

CICCONETTI, Sefano Maria (1972). *La revision della Costituzion*, vol. 2. Roma: Padova – Cedam.

COELHO, Inocêncio Mártires (2002). "Racionalidade Hermenêutica: acertos e equívocos", in: *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreir (2005). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 31.ª ed.

FRANCISCO, José Carlos (2003). *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: editora forense.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015). *Direito Constitucional de Moçambique* (Parte geral e parte especial). Lisboa: IdIL.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2016). *Manual de Direito Constitucional, II – Direito*

Constitucional Português, 6.ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. “Estado de Guerra”, in: *Separata do II Suplemento do Dicionário Jurídico da Administração Pública, s/d.*

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2018). *Direito da Segurança: cidadania, soberania e cosmopolitismo*. Lisboa: Almedina.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (1998). *O Estado de Excepção no Direito Constitucional – entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Volume II. Coimbra: Colecção teses, Almedina.

MACIE, Albano (2021). “Princípio da Laicidade do Estado e Sua Garantia Através da Liberdade Religiosa”. In *Guardião, Colectânea Científica do Conselho Constitucional de Moçambique*, Vol. 2. Maputo: escolar editora.

MACIE, Albano (2020). “Formação da Primeira Constituição de Moçambique (1975)”. *Guardião, Colectânea do Conselho Constitucional de Moçambique*, Vol. 1., Maputo: Edição Especial.

MACUACUA, Edson da Graça Francisco. *O sistema de revisão constitucional em Moçambique*, Julgar on line, Novembro de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2023). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 18.ª ed.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (2007). *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III (organização do poder político, garantia e revisão da Constituição, disposições finais e transitórias, artigos 202.º a 296.º). Coimbra: Coimbra editora.

MIRANDA, Jorge (1998). *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 6ª ed.

MONDLANE, Carlos Pedro. “Os limites na revisão constitucional em Moçambique”. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3644, 23 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24761>. Acesso em: 30 mai. 2023.

MONTEIRO, Óscar. *Módulo III, Direito Constitucional Moçambicano (Estado e Constituição em Moçambique)*. Maputo: Academia de Ciências Policiais, s/d.

MORAIS, Carlos Blanco de (2018). *Curso de Direito Constitucional*, Teoria da Constituição, Tomo II. Coimbra: Almedina.

PAINE, Thomas. “Direitos do Homem” (Trad. De Maria Isabel Veríssimo): edições publicações Europa-América, Mem Martins, Outubro de 1998.

RESOLUÇÃO n.º 16/2007, de 09 de Novembro, relativa a assunção de poderes extraordinário de revisão da Constituição pela Assembleia da República, publicada bo *Boletim da República*, n.º 45, I Série, de 09 de Novembro de 2007.

RODRIGUES, Filomeno Eugénio dos Santos. "A próxima revisão da Constituição: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento" (Dissertação de Mestrado). Nampula: Universidade Católica de Moçambique, 2013.

SAMPAIO, Nélon (1954). *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livr. Progresso.

STERN, Klaus (1987). *Derecho de la República Federal Alemana*. Madrid: CCE.

ZANDONADE, Adriana. "Mutação Constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 35:194, 2001.

Acções Encobertas em Moçambique: Breve Análise Jurídica

Mestre Alberto NKUTUMULA

Docente da Faculdade de Direito da Universidade
Eduardo Mondlane. Juíz Conselheiro do Conselho
Constitucional.

Resumo

A todo o tempo, os grupos criminosos organizados se vão sofisticando, de modo a garantir, por um lado, o sucesso da sua actividade criminosa e, por outro, assegurar a sua impunidade e a continuidade das suas acções criminosas. Em decorrência disso, os estados criam e aperfeiçoam os meios de prevenção e combate à criminalidade organizada. Um destes meios consiste na infiltração de agentes da polícia no seio de grupos criminosos, agindo e dando a entender que é também um criminoso, de modo a ter a confiança dos outros membros, e assim poder recolher elementos de prova bastante para a condenação dos criminosos. Em Moçambique, vigora desde 2020, o novo Código de Processo Penal, que prevê, de forma tímida, a matéria das acções encobertas. O presente artigo discute esta matéria, questionando até que ponto a lei se mostra adequada a responder eficazmente à necessidade de prevenção e combate ao crime organizado, por via das acções encobertas.

Palavras-chave: Crime organizado. Acção encoberta. Eficácia da lei.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objectivo analisar e discutir o regime jurídico da acção encoberta enquanto meio especial de prevenção e combate ao crime.

O aumento de práticas delituosas que consubstanciam o crime organizado, mormente, o tráfico de drogas, branqueamento de capitais, sequestros seguidos de exigência de elevadas somas monetárias a título de resgate e o terrorismo, tem levado a que os Estados mudem o paradigma de resposta ao crime, passando esta a ser mais proactiva que reactiva.

Esta mudança normalmente se caracteriza pelo recurso a técnicas investigativas mais intrusivas para a obtenção de provas, como a vigilância electrónica, escutas telefónicas, bem como a técnicas enganosas como as acções encobertas, em que a polícia participa dos próprios crimes sob investigação. Métodos proactivos de investigação, como escutas telefónicas, vigilância electrónica, uso de informantes e as acções encobertas, têm em comum a sua natureza secreta. Os investigados desconhecem a sua implantação, ao contrário de métodos como prisões, buscas domiciliárias e interrogatórios, que não podem ser usados sem que os sujeitos saibam disso.

Em contraste com a escuta telefónica e a vigilância electrónica, as operações encobertas (bem como o uso de informantes) não são apenas dissimuladas, mas também enganosos. Um agente encoberto, por exemplo, apresenta-se como um amigo ou companheiro, tenta ganhar a confiança do suspeito e usa seu disfarce para colectar evidências ou outras informações (Kruisbergen, 2017:55)¹. Outra característica distintiva dos agentes disfarçados é que, em alguns casos, participam dos próprios crimes que estão a investigar (Ross, 2008:239)².

Quanto à finalidade, as acções encobertas visam a prevenção e ou combate ao crime. Estas operações são desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou terceiros sob o controlo do Serviço Nacional de Investigação Criminal, que actuam com identidade e qualidade ocultas. Estas operações encobertas constituem um último recurso nos casos em que os

1 KRUISBERGEN, Edwin. W., JONG, Deborah, & KLEEMANS, Edward R., (2011), *Undercover policing: assumptions and empirical evidence*. British Journal of Criminology, 51(2), 394-412. <https://doi.org/10.1093/bjc/azq073>.

2 Jacqueline E. Ross (2008). Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint. *Annual Review of Law and Social Science*, 4: 239-273. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172416>.

meios convencionais de investigação criminal se mostram insuficientes ou inadequados para a produção de prova indiciária.

Com a aprovação do novo Código de Processo Penal (CPP), pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, surgiu um novo³ regime jurídico da acção encoberta. Este meio especial de obtenção de prova está previsto entre os artigos 226º a 231º do referido diploma legal.

Entretanto, embora se pretenda prevenir ou reprimir a criminalidade, sobretudo a organizada, que chega a colocar em causa o Estado de Direito Democrático e os direitos fundamentais do cidadão, o combate ao crime não pode ser realizado com excessiva discricionariedade dos meios estatais.

Embora tenha melhorado em termos quantitativos e qualitativos a matéria da acção encoberta, o regime jurídico constante do CPP se mostra insuficiente, omissivo e lacunoso no que atine à eficácia da operacionalização das acções encobertas. Este é o problema jurídico sobre o qual se pretende dedicar a atenção nesta análise.

Assim, em decorrência do problema identificado é colocada a seguinte pergunta de pesquisa: que soluções jurídicas podem ser identificadas para que o regime das acções encobertas seja materializado de forma eficaz?

O tema das acções encobertas é de inquestionável relevância e actualidade visto que se trata de um meio de prevenção e combate ao crime organizado, que se tornou uma grave ameaça à ordem e segurança públicas, e por se tratar de um regime jurídico novo no processo penal moçambicano.

O artigo está dividido em dois capítulos, sendo o primeiro, antecedido pela introdução, relativo ao contexto e a alguns aspectos preliminares que permitem melhor compreensão do tema, e o segundo, relativo à análise das acções encobertas no ordenamento jurídico moçambicano. A final, são apresentadas as conclusões e recomendações.

3 Importa referir que as acções encobertas já tinham previsão legal no âmbito da prevenção e combate ao tráfico e consumo de estupefacientes, nos termos da legislação anti-droga do ano de 1997.

I. CONTEXTO E ASPECTOS PRELIMINARES

No presente capítulo é feita referência ao estado geral do crime em Moçambique, à evolução histórica das acções encobertas⁴, e são apresentadas algumas definições gerais como as de agente encoberto, agente provocador, instigação, por forma a permitir a boa compreensão do tema em análise.

A. Contexto

Segundo o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), sigla que em língua portuguesa significa: Escritório das Nações Unidas contra Droga e Crimes, a produção afegã de heroína triplicou nos últimos dez anos, e Moçambique fica num dos corredores utilizados para levar a droga aos países consumidores (UNODC: 2020)⁵.

Desde os finais da década de 80 a localização de Moçambique se tornou estratégica para facilitar o tráfico de drogas. O país tem uma enorme costa marítima, com 2300 km, com fraca protecção das autoridades nacionais, facto que propicia uma crescente actividade de tráfico de drogas como a heroína, que segue por várias rotas para a Europa. A droga passa igualmente pelos portos e aeroportos nacionais, ficando uma pequena parte para o mercado nacional de consumidores.

Em adição, o país é assolado por uma onda de raptos, sequestros, extorsão e chantagens, sobretudo a empresários, aos quais são cobradas elevadas quantias em dinheiro para serem libertados (resgate), ou para não serem raptados (taxa de liberdade).

Mais ainda, na nortenha província de Cabo Delgado, o país enfrenta desde finais de 2017, ataques terroristas conectados com o tráfico de drogas, de pedras preciosas, ouro, madeira e possivelmente de órgãos humanos para o mercado negro (há relatos de vítimas decapitadas e corpos sem os principais órgãos como rins e coração).

Acresce a estes crimes, outras manifestações de crime organizado como branqueamento de capitais, tráfico de pessoas e órgãos humanos, crimes económicos, tráficos e roubos de viaturas, imigração ilegal, de entre outros.

Moçambique é um dos 20 países mais pobres do mundo, pese embora

4 Sobre o surgimento e a evolução histórica da acção encoberta no contexto mundial podem ser consultados

5 Acessível através de: <https://clubofmozambique.com/news/mozambique-un-official-blames-terrorism-on-drug-trafficking-aim-report-162543/> Consultado em 29 de Outubro de 2020.

seja rico em recursos minerais, terra arável, rios permanentes, com uma das maiores reservas mundiais de gás natural, de grafite, de rubis de alta qualidade, ouro, areias pesadas, de entre outros produtos naturais com o potencial de o transformar o país numa nação desenvolvida.

É neste contexto de altas taxas de criminalidade organizada e elevados índices de pobreza que se espera ser aplicada a legislação sobre operações encobertas com o objectivo de prevenção e repressão do crime. Importa referir que o crime organizado se infiltrou no aparelho repressivo estatal, ao ponto de muitos crimes graves ficarem por esclarecer, e seus perpetradores impunes. Isso para além do facto de alguns crimes serem cometidos por agentes da polícia⁶.

B. Definições

Neste ponto são apresentadas definições de acção encoberta, agente encoberto, agente provocador, instigação e autoria mediata, que são termos relevantes para a melhor compreensão do tema em análise.

i. Acção encoberta

A investigação criminal tem mudado do policiamento reactivo para o proactivo. Essa mudança, causada pelo surgimento do crime organizado e preocupações com o terrorismo, tem sido acompanhada pelo uso de métodos cada vez mais técnicas investigativas invasivas. Exemplos são técnicas dissimuladas como escutas telefónicas, vigilância eletrónica e acções encobertas.

Comparado a outros métodos de investigação criminal, operações encobertas são diferentes não apenas por causa de sua natureza dissimulada e enganosa, mas também porque a polícia participa dos próprios crimes que estão sob sua investigação (Kruisbergen et al, 2011:394).

Nos termos do artigo 226 do CPP, consideram-se acção encoberta aquela que é desenvolvida por funcionários de investigação criminal ou por terceiro

6 Sobre a matéria, cfr. *Jornal O País: Detidos cinco indivíduos indiciados de raptos em Maputo*. Edição de 19 de Junho de 2021. Disponível em: <https://www.opais.co.mz/detidos-cinco-individuos-indiciados-de-raptos-em-maputo/> Nesta notícia se destaca que dois agentes da polícia e três indivíduos foram detidos pela Polícia de Investigação Criminal (SERNIC) por suspeitas de estarem envolvidos em crime de rapto. Para o resgate, a quadrilha exigia uma quantia de 600 mil dólares. Vide igualmente *Jornal O País: A ficha caiu: há sequestradores nas fileiras do SERNIC*. Edição de 12 de Agosto de 2021, disponível em <https://www.opais.co.mz/a-ficha-caiu-ha-sequestradores-nas-fileiras-do-sernic/> onde se noticia que o Porta-Voz do SERNIC revelou que 11 dos seus agentes que se dedicavam a extorsões, roubos e raptos, entre outros crimes, foram expulsos, isto desde Janeiro do ano em curso até ao momento.

actuando sob o controlo do Serviço Nacional de Investigação Criminal, com a finalidade de prevenir ou reprimir os crimes indicados na referida lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

A actividade encoberta tanto pode ser desenvolvida por um funcionário da investigação criminal, assim como um particular a pode executar, desde que actue sob orientação e controlo do serviço de investigação criminal. Esta actividade pode tem duas finalidades: prevenção criminal e ou repressão criminal.

A prevenção criminal visa evitar o perigo de prática do crime ou dano. Está orientada para o futuro, para a identificação e neutralização de suspeitos, com vista a evitar a consumação do crime. Enquanto que a repressão criminal tem por finalidade reagir a um facto ilícito que já aconteceu, ou que de que haja suspeita de ter sido cometido, reunindo material probatório que sirva de base para a acusação ou condenação do arguido.

Tanto o agente da polícia como o terceiro sob controlo da Polícia actuam sem que o investigado saiba da sua qualidade de agente ou colaborador da Justiça. Só assim podem realizar os objectivos da acção encoberta e salvaguardar a sua integridade.

Tendo em conta os perigos inerentes às operações encobertas, a seleção e o treinamento de pessoal devem ser meticulosos, pois o treinamento insuficiente pode comprometer a própria missão (Naicker, 2017:58).

ii. Agente encoberto

O agente encoberto é o funcionário de investigação criminal ou um qualquer cidadão que actua sob o controlo do Serviço Nacional de Investigação Criminal para prevenção ou repressão dos crimes, com ocultação da sua qualidade e identidade. Ele se imiscui nos grupos criminosos, ou nos ambientes de prática de crimes, conquista a confiança dos criminosos com o objectivo de recolha de informações e provas contra estes.

No âmbito da infiltração o agente não instiga o cometimento da infracção, apenas contribui para evita-la ou para identificar e levar o criminoso a responder perante a justiça (Chawalitthamrong, 2018:15).

Nessa actividade o agente evita que seja detectado pela entidade que está sob investigação, pelo que usa o disfarce, a ocultação da sua identidade, uma identidade fictícia por forma a ganhar a confiança do investigado, seja indivíduo ou organização, e assim obter provas ou evidências criminais.

Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 21 do Código Penal, instigação é considerada autoria mediata, nos casos em que o agente aconselha ou sugere alguém a cometer o crime nos casos em que sem esse conselho ou instigação não tivesse sido cometido;

Analisando a Lei n.º 16/2013 de 12 de Agosto (que aprova o Estatuto da Polícia da República de Moçambique – PRM), verificamos que, à luz do artigo 13, a PRM organiza-se em Ramos e Unidades de Operações Especiais e de Reserva.

São Ramos da PRM:

- a) Polícia de Ordem e Segurança Pública;
- b) Polícia de Investigação Criminal;
- c) Polícia de Fronteiras;
- d) Polícia Costeira, Lacustre e Fluvial.

São Unidades de Operações Especiais e de Reserva:

- a) Unidade de Intervenção Rápida;
- b) Unidade de Protecção de Altas Individualidades;
- c) Unidade de Operações de Combate ao Terrorismo e Resgate

de Reféns;

- d) Unidade Canina;
- e) Unidade de Cavalaria;
- f) Unidade de Desactivação de Engenhos Explosivos.

Sendo a investigação criminal um dos diferentes ramos da PRM, a questão que se pode colocar é: por funcionário de investigação criminal se pode entender que seja o que esteja a trabalhar neste ramo da PRM, ou pode ser de qualquer ramo da Polícia?

No CPP são usados indistintamente os termos *funcionário de investigação criminal* (artigo 226) e *agente de investigação criminal* (artigo 230), pelo que se depreende que não cabe ao intérprete distinguir. Em virtude disso, o nosso entendimento é que o agente encoberto pode ser funcionário de qualquer dos ramos da PRM, e não apenas do SERNIC.

Em adição, se a lei estabelece que, para de funcionários de investigação criminal, qualquer pessoa pode desenvolver operações encobertas, então faria pouco sentido que se excluísse os funcionários ou agentes de outros ramos da PRM.

De qualquer modo, a operação investigativa encoberta deve ser realizada sob os auspícios do Serviço Nacional de Investigação Criminal, pelo que, qualquer agente encoberto ou terceiro devem agir sob a direcção e controle do SERNIC, e serão escrutinados e escolhidos por esta entidade.

Já o terceiro operando sob supervisão do SERNIC pode ser membro de um grupo criminoso sob investigação, que decide colaborar com a Justiça, normalmente esperando uma punição branda em casos de condenação, ou mesmo absolvição.

Pode ser um informante, um arrependido enquanto alguém que esteja no grupo criminoso por ter sido forçado, um consumidor de drogas que conhece

os fornecedores e aceita colaborar com a justiça para realizar um flagrante de entrega de droga. Pode ser um doente dependente de medicação, que coopera para o desmantelamento de uma rede de furto de medicamentos de hospitais públicos para farmácias privadas. Ou pode ser alguém pago, que recebe dinheiro ou benesses para obter informações e as fornecer ao investigador.

O agente encoberto se distingue de uma controversa figura designada Agente Provocador (Henriques, 2016:95). Esta figura não consta da legislação moçambicana, mas é muitas vezes referenciada pela abundante doutrina sobre a matéria da acção encoberta. O agente provocador é o funcionário da investigação criminal, ou um civil comandado pela polícia que, com o seu comportamento, instiga outrem a praticar um facto ilícito, cria na pessoa uma vontade que antes da sua atuação não existia, e em circunstâncias que sem essa sugestão o crime não seria praticado.

Na provocação ao crime o agente encoberto está numa operação secreta e encoberta com o objectivo de recolher indícios de alguma actividade criminal que tenha sido cometida ou que esteja por cometer. Mas nem sempre a entidade sob investigação chega a praticar o ilícito no decurso da investigação. Nesses casos o agente encoberto pode ser tentado a instigar, a sugerir, a incitar a prática do facto ilícito para poder obter as provas de que necessita para que a operação seja um sucesso. Estes casos de instigação ou autoria mediata do crime constituem provocação ao crime, por isso o agente encoberto passa a ser designado agente provocador. Não se limitou a investigar, foi mais longe e criou o flagrante.

Esta conduta provocadora não é permitida no ordenamento jurídico pátrio. Aliás, leva à responsabilização do agente provocador, como adiante será feita referência.

Em suma, enquanto o agente encoberto procura evitar que crimes sejam cometidos, ou descobrir crimes já praticado e respectivos autores, reunindo informações ou provas sem que se saiba da sua qualidade de funcionário, o agente provocador é o funcionário que, tendo a mesma missão, induz o investigado a praticar actos ilícitos em circunstâncias que, sem a sua intervenção, este não os teria cometido.

iii. Identidade fictícia

Para o desenvolvimento de operações encoberta os agentes do Serviço Nacional de Investigação Criminal podem actuar sob identidade própria ou sob identidade fictícia (230 CPP). A lei não prevê a possibilidade de terceiros sob supervisão do SERNIC actuarem sob identidade fictícia, pelo que entendemos que estes não podem beneficiar deste meio de investigação criminal.

Nos casos em que seja necessário que o agente de investigação criminal

actuar sob identidade fictícia, esta deve ser atribuída por despacho do Ministro do Interior. Deve anteceder ao despacho do Ministro uma solicitação do director geral do Serviço Nacional de Investigação Criminal por via da qual propõe a concessão de identidade fictícia a determinado agente que vai desenvolver uma operação encoberta.

Uma vez concedida a identidade fictícia, esta é válida por um período de 6 meses. Se decorridos 6 meses houver necessidade de o agente continuar a usar a identidade fictícia, o Ministro do Interior pode prorrogá-la tantas vezes quantas forem necessárias, por períodos de igual duração, ficando o agente de investigação criminal a quem a mesma for atribuída autorizado a, durante aquele período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social (230/3 CPP).

Dada a sensibilidade das operações encobertas, há necessidade de apertadas medidas de controlo das actividades internas que ocorrem no âmbito da operação, de modo a não comprometer a operação, nem pôr em causa a integridade do agente encoberto. Por isso, todo o procedimento atinente à concessão da identidade fictícia, incluindo o despacho que a atribui é classificado de secreto. Este despacho, para além de secreto, deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto.

É da competência e responsabilidade do director geral do Serviço Nacional de Investigação Criminal a gestão e a actualização das identidades fictícias outorgadas nos termos do artigo 230 do CPP.

C. Quadro institucional

As operações encobertas são realizadas num quadro institucional que integra o Serviço Nacional de Investigação Criminal, o Ministério Público, o Tribunal, concretamente a secção de instrução criminal, e o Ministro do Interior.

O SERNIC foi criado pela Lei n.º 2/2017, de 9 de Janeiro. É um serviço público de investigação criminal, de natureza paramilitar, auxiliar da administração da justiça (artigo 3). A investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes, sua responsabilidade, descobrir e recolher provas, no âmbito do processo penal (artigo 2). Tem funções tanto no âmbito da prevenção como da repressão de crimes (artigo 6).

Na prevenção e repressão do crime, o SERNIC é a entidade responsável pela escolha, preparação e monitoria dos agentes encobertos, bem como pela condução da operação de recolha de informações e indícios criminais, proteção em caso de perigo e reintegração do agente no fim da operação encoberta. Tem também a responsabilidade de elaborar o relatório da intervenção do agente

encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de 48 horas, contadas do termo da operação encoberta (artigo 228/4 do CPP).

Quando uma acção encoberta tem de ser realizada no âmbito da instrução do processo, é necessário que o SERNIC solicite e obtenha prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público. Esta autorização, uma vez concedida, deve ser obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução para efeitos de validação.

O juiz de instrução, após a recepção da comunicação do magistrado do Ministério Público, tem o prazo de 72 horas, contadas da data da recepção, para proferir despacho de validação ou invalidação da autorização dada pelo magistrado do Ministério Público. Passado este prazo sem que o juiz profira despacho de recusa, a autorização considera-se validada (artigo 228/2 CPP).

Decorrendo a acção encoberta, não na instrução, mas no âmbito da prevenção criminal, a entidade competente para a autorizar já é o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público. Portanto, no âmbito da prevenção o magistrado do Ministério Público solicita ao juiz de instrução criminal a autorização para que o SERNIC realize a operação encoberta (artigo 228/2 CPP).

Para a realização de acções encobertas pode ser necessário que os agentes do Serviço Nacional de Investigação Criminal actuem sob identidade fictícia. Nestes casos, a identidade fictícia é atribuída por despacho do Ministro do Interior, mediante proposta do director geral do Serviço Nacional de Investigação Criminal.

II. ACÇÕES ENCOBERTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

No presente capítulo é feita análise do acervo legislativo pátrio atinente às acções encobertas, com maior incidência para o CPP, é também feita referência à evolução da legislação sobre a matéria, e são apresentadas sugestões reputadas necessárias.

Nos termos da legislação pátria, a acção consiste na vigilância de pessoas ou organizações suspeitas de cometer crimes elencados no CPP, realizada por agentes da polícia de investigação criminal especializados, que atuam como participantes das infrações sob sua vigilância. Para esse fim, os agentes encobertos podem ser autorizados a usar uma identidade fictícia.

Um dado fundamental tem a ver com a proibição de agirem de forma a instigar a prática de crimes. A legislação moçambicana inspirou-se nas disposições legislativas-modelo contra o crime organizado do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)⁷.

A investigação por via da infiltração é legal, afastando a responsabilidade criminal do agente quando seja desenvolvida (i) para adquirir, deter, transportar, copiar ou entregar itens, produtos, documentos e informações provenientes da prática de crimes elencados no CPP ou usadas para cometer esses crimes; (ii) disponibilizar os meios legais e financeiros, transporte, armazenamento, alojamento e comunicações necessários para a perpetração dessas infrações; (iii) esta imunidade é estendida a todas as pessoas oficialmente solicitadas pelo agente encoberto para auxiliar na infiltração (UNODC, 2012:69)⁸.

A. Evolução Legislativa

As acções encobertas em Moçambique, enquanto meio excepcional

7 As disposições legislativas-modelo contra o crime organizado foram desenvolvidas pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) em resposta a um pedido feito pela Assembleia Geral ao Secretário-Geral para promover e auxiliar os esforços dos Estados-Membros para se tornarem parte e implementar a Convenção das Nações contra o Crime Organizado Transnacional e os Protocolos para isso. As disposições legislativas-modelo visam facilitar e ajudar a sistematizar a prestação de assistência legislativa pelo UNODC, e facilitar a revisão e alteração da legislação existente e a adoção de nova legislação pelos Estados Membros. As disposições legislativas-modelo são concebidas para serem adaptadas às necessidades de cada Estado, qualquer que seja sua tradição jurídica, social, económica, condições culturais e geográficas.

8 United Nations Office on Drugs and Crime (2012). *Model Legislative Provisions against Organized Crime*. Vienna Disponível em: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Model_Legislative_Provisions_UNTOC_Ebook.pdf.

de obtenção de prova em processo penal e técnica especial de investigação criminal, já constam da legislação moçambicana desde os finais da década de 90. A primeira referência legislativa à figura do agente encoberto ou foi feita no n.º 1 do artigo 79 (actos não puníveis) da Lei n.º 3/97, de 13 de Março, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, precursores e preparados, ou outras substâncias de efeitos similares, e cria o Gabinete Central de Prevenção e Combate à Droga.

A redacção constante da referida lei era: *Não será passível de punição a conduta do agente da Polícia de Investigação Criminal que, tendo por objectivo a realização da investigação e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de terceiros entrega de estupefacientes, de substâncias psicotrópicas e precursoras*⁹.

No n.º 2 do referido artigo se estabelecia que *os factos relativos à conduta referida no número anterior devem constar de relatório, que deverá ser produzido no prazo de 24 horas, e que será junto ao respectivo processo.*

Pela Resolução n.º 86/2002, de 11 de Dezembro, Moçambique ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (CNUCOT). Nos termos do número 1 do artigo 20.º da referida Convenção (*Técnicas especiais de investigação*), cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições previstas no seu direito interno, deve adoptar as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas controladas¹⁰ e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância electrónica¹¹ ou outras formas de vigilância e as acções encobertas, por parte das

9 Um aspecto que merece discussão tem que ver com o âmbito da actuação encoberta. Era prevista apenas uma actividade do agente encoberto que ficava isenta de punição: *aceitação directa ou por intermédio de terceiros entrega de estupefacientes, de substâncias psicotrópicas e precursoras*. Ora, muitas são as actividades a que o agente pode ser sujeito no âmbito da operação encoberta que excedem a mera receptação. Por exemplo, a compra e a venda da droga, a preparação das substâncias para o consumo por um toxicodependente, etc. Cremos que se limitou em demasia a conduta não punível, mas facilmente se percebe que o legislador disse menos do que efectivamente pretendia dizer.

10 As entregas controladas estão previstas no artigo 82 da Lei de prevenção e combate à droga. São definidas na alínea i) do artigo 2 da CNUCOT como sendo a técnica que consiste em permitir a passagem pelo território de um ou mais Estados de remessas ilícitas ou suspeitas, com o conhecimento e sob o controlo das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infracções e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

11 Pode ser definida como sendo uma forma de controlo dos movimentos de pessoas por via de equipamento electrónico. Um meio de vigilância electrónica muito conhecido é a pulseira electrónica, que permite saber, a todo o tempo, a localização e os movimentos do portador.

autoridades competentes no seu território, por forma a combater eficazmente a criminalidade organizada. O escopo das acções encobertas era, portanto, o combate à criminalidade organizada, e não a crimes comuns.

Em adição, até meados do ano de 2020, Moçambique não tinha aprovada lei específica, de carácter geral que previsse ou regulasse acções encobertas no âmbito da investigação criminal, embora o Serviço de Informação e Segurança do Estado (SISE) e o Serviço Nacional de Investigação Criminal (SERNIC) tenham usado este meio extraordinário no combate à criminalidade violenta ou organizada, mormente terrorismo e raptos.

Portanto, as acções encobertas em Moçambique estavam apenas legalmente previstas para os crimes constantes da Lei n.º 3/97, de 13 de Março. Somente aos agentes da Polícia de Investigação Criminal (então PIC, hoje SERNIC) era legalmente permitido o exercício de acções encobertas. Não era permitida a execução destas acções por terceiros, ainda que actuassem sob controlo de agentes do SERNIC.

Este diploma legal mantém-se em vigor até hoje, mas o seu artigo 79 foi revogado com a aprovação da Lei n.º 25/2019 de 26 de Dezembro (Lei de revisão do Código de Processo Penal - CPP) revogou o Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto n.º 16489 de 15 de Fevereiro de 1929 e mandado vigorar na então colónia de Moçambique pela Portaria n.º 19271, de 24 de Janeiro de 1931.

Com a entrada em vigor do novo CPP, para além das escutas, surgiu uma nova previsão¹² deste meio especial de prova designado *Acções Encobertas*. Estas estão previstas nos artigos 226 a 231 do referido diploma legal. Importa referir que não foi aprovada uma legislação específica sobre a matéria da acção encoberta, visto que a mesma consta de uma secção do CPP.

O CPP veio alargar o leque de crimes cuja prevenção, investigação e repressão criminal pode ser sujeita a acções encobertas. E de acordo com o novo regime, estas acções carecem de prévia autorização do Ministério Público ou de um Juiz de Instrução Criminal, conforme determinam os números 2 e 3 do artigo 228 do CPP, cujo conteúdo transcrevemos:

2. A realização de uma acção encoberta no âmbito da instrução depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas 72 horas seguintes.

12 Importa referir que as acções já tinham previsão legal no âmbito da prevenção e combate ao tráfico e consumo de estupefacientes, nos termos da legislação anti-droga.

3. *Se a acção referida no número 2 decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público.*

O CPP trouxe profundas alterações no que atine aos executores das operações encobertas, estabelecendo a possibilidade de, para além do funcionário de investigação criminal, ser admitido um terceiro ou particular, de fora do quadro de pessoal do SERNIC ou do Estado, cuja actuação está sob controlo do SERNIC.

Uma questão relevante que pode ser colocada tem a ver com os acordos regionais de cooperação jurídica e judiciária, por exemplo, ao nível da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC), da Comunidade dos Países de Língua portuguesa (CPLP), ou acordos bilaterais. Haverá possibilidade ou não de funcionários de investigação criminal de outro país poder realizar operações encobertas em moçambique¹³?

A resposta é positiva, tendo por base a lei n.º 21/2019, de 11 de Novembro (estabelece os princípios e procedimentos da cooperação jurídica e judiciária internacional em matéria penal), que no seu artigo 156º prevê as acções encobertas. Nos termos desta disposição os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver acções encobertas no território moçambicano, com estatuto idêntico ao do funcionário de investigação criminal moçambicana e nos demais termos da legislação aplicável, desde que devidamente autorizados pela autoridade judicial competente, que é o Juiz de Instrução Criminal.

Para tanto, é da competência do Ministério Público da área de jurisdição fazer a proposta para a realização da acção encoberta. Importa, entretanto, referir que a realização de acções encobertas em território moçambicano, por funcionários de investigação criminal de outros Estados, depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade, conforme estabelece o n.º 2 da referida disposição.

Outra questão pertinente tem que ver com a vontade do agente em participar da operação encoberta. O CPP nada refere sobre este aspecto, abrindo assim a possibilidade de o agente participar de operações encobertas

13 A CNUCOT prevê essa possibilidade no artigo 20/2, com o seguinte texto: *para efeitos de investigações sobre as infracções previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.*

contra a sua vontade. De facto, não deve haver obrigatoriedade de participação em acção encoberta, devendo esta ser exclusivamente desenvolvida por agentes voluntários.

De facto, a delicadeza da operação não se compadece com o desânimo, falta de vontade e de compromisso com o objectivo de produção de prova. Um agente encoberto desmotivado pode comprometer a investigação, ou forjando provas, ou se aliando aos criminosos para não sofrer represálias. Disso resulta que o recrutamento deve recair sobre agentes motivados, conscientes da actividade a ser realizada e dos riscos a ela inerentes.

B. Âmbito das acções encobertas

Se antes da aprovação do CPP as acções encobertas estavam previstas para a prevenção e repressão dos crimes relativos à droga, agora são aplicáveis a um leque considerável de crimes, como se depreende da leitura do artigo 227 do CPP. Portanto, são aplicáveis no âmbito de procedimento criminal.

De acordo do este artigo, as acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos crimes de:

- a. *homicídio voluntário, nos casos em que o agente não seja conhecido*¹⁴.
- b. *contra a liberdade e autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 18 anos ou outros incapazes*¹⁵;
- c. *relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados*¹⁶;

14 Ao se referir ao homicídio voluntário o legislador se refere aos crimes dolosos de que resulte a morte da vítima, incluindo o envenenamento. Um facto importante tem a ver com a forma imperfeita destes crimes, que é a tentativa. Entendemos que, mesmo nos casos em que do intento homicida não resulte a morte da vítima, serão admissíveis acções encobertas. Uma questão que pode ser levantada é a de se saber se, com isso não se estará a violar o princípio da tipicidade, dado que o envenenamento não é crime homicídio. Sobre isso vale dizer que o legislador disse menos do que pretendeu dizer. O que fundamenta a acção encoberta é a preservação da vida. Isso por um lado. Por outro, não estando em sede de incriminação, não se estará a considerar criminosa uma conduta que não conste do rol de infracções. Está-se a garantir que a investigação de um crime contra a vida humana não fique impune.

15 Estes crimes estão previstos nos artigos 201 e seguintes do Código Penal aprovado pela lei n.º Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro, publicada por via do Boletim da República – I Série —Número 248.

16 Os crimes contra a propriedade constam dos artigos 270 e seguintes do Código Penal aprovado pela lei n.º Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro.

- d. *escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns*¹⁷;
- e. *tráfico de pessoas e de órgãos humanos*¹⁸;
- f. *organizações terroristas e financiamento ao terrorismo*¹⁹;
- g. *captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão*²⁰;
- h. *executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas*²¹;
- i. *roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios*²²;
- j. *associações criminosas*²³;
- k. *relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas*²⁴;
- l. *branqueamento de capitais, outros bens ou produtos*²⁵;
- m. *corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências*²⁶;
- n. *fraude em concurso público e na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção*²⁷;
- o. *infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática*;
- p. *infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional*;
- q. *contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem*²⁸; e

17 Crimes previstos nos artigos 197 e seguintes, do CP.

18 Crimes previstos na Lei n.º 6/2008, de 9 de Julho e no artigo 165 do CP.

19 Previsto na Lei de Prevenção, Repressão e Combate ao Terrorismo – Lei n.º 5/2018, de 2 de Agosto.

20 Crimes previstos nos artigos 229 do CP.

21 Previsto na Lei de Prevenção, Repressão e Combate ao Terrorismo – Lei n.º 5/2018, de 2 de Agosto.

22 Previstos nos artigos 279 e seguintes do CP.

23 Previstos no artigo 348 do CP.

24 Previsto na Lei de Prevenção e Combate à Droga – Lei n.º 3/97, de 13 de Março.

25 Previsto na Lei de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo – Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

26 Previstos nos artigos 425 e seguintes do CP.

27 Previstos nos artigos 425 e seguintes do CP.

28 Previstos nos artigos 326 e seguintes do CP.

r. relativos ao mercado de valores mobiliários²⁹.

C. Pressupostos para o desenvolvimento de acções encobertas

A lei estabelece pressupostos para que as operações encobertas sejam aprovadas pela entidade competente, e condiciona a sua utilização a certas finalidades processuais, dentro de critérios de proporcionalidade entre o recurso a este expediente investigativo e a gravidade da infracção criminal.

De acordo com o n.º 1 do artigo 228 do CPP as acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.

Em cada processo criminal em concreto, o desenvolvimento da acção encoberta deve ser adequado a atingir a finalidade de prevenção ou repressão criminal, que é a produção de provas. Deve igualmente ser proporcional a estas finalidades, bem como à gravidade da infracção objecto de investigação. São, portanto, dois pressupostos: adequação e proporcionalidade.

Quanto à adequação, o que se pretende é que a operação encoberta seja capaz de atingir o fim pretendido. Daí que, constatando-se que a mesma não se mostra eficaz para tal desiderato, não deve ser aprovada.

Já quanto à proporcionalidade³⁰, estamos perante a necessidade de não se desenvolver a operação encoberta de modo a atingir outra finalidade que esteja aquém ou para além da prevenção e repressão do crime. Por exemplo, pode o agente encoberto abusar da sua qualidade e imiscuir-se na vida privada do investigado a fim de saber sobre assuntos que não estejam ligados nem sejam relevantes para a produção da prova.

Entretanto, o CPP nada refere sobre a possibilidade de sacrifício de direitos de cidadãos, sobretudo as vítimas dos crimes, por exemplo, nos casos em que, para a produção da prova, o agente tem de deixar que o investigado cometa um crime. Entendemos que, dentro do princípio geral da proporcionalidade, o agente encoberto não deva permitir que tal aconteça. E, de qualquer modo,

29 Constante do Decreto-Lei n.º 4/2009, de 29 de Julho.

30 Para estudo mais aprofundado sobre a proporcionalidade da operação encoberta, vide HENRIQUES, Marco Ribeiro, (2016). *Acções encobertas, para fins de investigação criminal. A dicotomia entre Agente Infiltrado e Agente Provocador*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309618668_Acoes_encobertas_para_fins_de_investigacao_criminal_A_dicotomia_entre_Agente_Infiltrado_e_Agente_Provocador/link/581a1d9708ae3c82664c173f/download Data da consulta: 10 de Outubro de 2020.

este aspecto deverá ser sempre meticulosamente escrutinado em sede da autorização da operação encoberta pela entidade competente.

Sobre os pressupostos das operações encobertas, um facto fundamental que não consta expressamente do CPP tem que ver com algo que se pode designar por princípio da subsidiariedade. Segundo este princípio, a operação encoberta, enquanto meio extraordinário de prova, só deve ser autorizada nos casos em que outros meios de prova se mostrem insuficientes para, com sucesso, prevenir ou reprimir a actividade criminosa e recolher o material indiciário ou probatório (Vieira, 2019:39).

As operações encobertas envolvem consideráveis custos humanos e materiais, como o alto risco de violência ou morte contra o agente encoberto em caso de descoberta da sua qualidade, bem como investimento financeiro inerente, por exemplo, ao pagamento de informantes, disfarce ou deslocamento do agente para uma cidade diferente da sua habitual residência, etc. Por essa razão, seria recomendável que, como pressuposto para a realização de operações encobertas, se indicasse a insuficiência de outros meios de produção da prova, como as escutas telefónicas, vídeo vigilância, etc.

Deste modo, evitar-se-ia o uso indiscriminado ou mesmo desnecessário das operações encobertas em processos criminais cuja produção de provas poderia ser conseguida por via de meios investigativos menos intrusivos. O mesmo se diga quanto à prevenção criminal. Estamos, portanto, em face de meio excepcional de obtenção de provas, pelo que o recurso a ele deve ser limitado aos casos excepcionais, onde se apresenta como o único meio de adequado a prevenir ou reprimir o crime sob investigação.

D. Autorização para a realização de acções encobertas

A acção encoberta pode ser realizada tanto no âmbito da instrução criminal, bem como em sede de prevenção criminal, conforme se depreende da definição constante do artigo 226 do CPP. Dependendo do âmbito, a autorização para a realização da acção pode ser dada uma ou outra instituição.

Se a realização de uma operação encoberta for em sede de instrução de um processo criminal, a entidade competente para autorizar a sua realização é um magistrado do Ministério Público. Uma vez dada a autorização, ela deve ser comunicada ao juiz de instrução criminal para efeitos de validação. Se o juiz não proferir qualquer despacho nas 72 horas seguintes, a operação encoberta considera-se validada e pode ser realizada.

A lei nada diz sobre o caso em que o juiz de instrução, passadas 72 horas, proferir despacho de recusa da operação. Esta é uma possibilidade que deve ser considerada, tendo em conta a experiência dos tribunais moçambicanos no

atinente à celeridade processual. Não são raros os casos de demora na tomada de decisões judiciais que muitas vezes se traduzem em denegação da justiça. Assim, ocorrendo a situação de recusa pelo juiz, há que se prever o rumo que a operação irá tomar.

No silêncio do legislador, e com base no texto do n.º 2 do artigo 228 do CPP, o que pode concluir é que houve deferimento tácito, e a operação deve ser executada. De qualquer modo, nas situações em que direitos fundamentais do cidadão sejam postos em causa, um deferimento tácito não é recomendável, pelo que, a todo o tempo o juiz deveria poder intervir de modo a salvaguardar tais direitos, liberdades e garantias constitucionais.

Se em sede de instrução criminal a realização da operação encoberta é autorizada pelo magistrado do Ministério Público, já no âmbito da prevenção criminal, a entidade competente para autorização é o juiz de instrução criminal. Entretanto, este não tem iniciativa para o efeito. A proposta é feita pelo do Ministério Público, conforme se depreende do n.º 2 do artigo 228 do CPP.

O CPP não prevê procedimentos do processo de aprovação de acções encobertas, nem requisitos para que estas possam ocorrer. A relação entre os riscos e os benefícios da operação, os direitos fundamentais do cidadão, os limites ou balizas dentro das quais o agente encoberto deve actuar, a duração da operação, de outros elementos necessários para a garantia, sobretudo, dos direitos fundamentais.

De facto, para a autorização ou aprovação de uma operação encoberta, é fundamental que se faça o balanço entre os riscos e benefícios da operação. Para tal, diversos factores devem ser levados em consideração.

Da realização da operação não pode resultar num injustificável risco para a integridade física ou moral de indivíduos, danos patrimoniais, prejuízos financeiros a indivíduos ou empresas. O Estado não pode ser submetido ao risco de ter de responder civilmente por perdas e danos.

Deve ser ponderado o risco de envolvimento em condutas ilegais dos agentes encarregues de desenvolver operações encobertas. O histórico de conduta, investigações preliminares, consultas a ficheiros e colegas de trabalho, por exemplo, devem ser tomados em consideração no momento da escolha do agente encoberto.

Sobre a aprovação para o estabelecimento, duração, extensão ou renovação das operações encobertas, seria recomendável que o requerente apresentasse, por escrito, elementos inequívocos de que a operação proposta se apresenta como um meio necessário e eficaz de obter provas ou informações necessárias, e que há grande probabilidade de a operação resultar na obtenção de provas ou informações determinantes sobre a alegada conduta criminosa ou empreendimento criminoso.

Em adição, a operação deverá ser desenvolvida de modo a garantir o

mínimo de intrusão, devendo ser consistente com a necessidade de colectar as evidências ou informações de maneira oportuna e eficaz, não devendo ultrapassar os limites dessa necessidade de colecta de prova.

Finalmente, um aspecto não tratado pelo CPP tem que ver com as individualidades que gozam de foro especial e que, por causa da sua imunidade, devem ser julgadas pelo Tribunal Supremo. Se estas individualidades devem ser julgadas pelo Tribunal Supremo, poderá um juiz de instrução criminal de um tribunal judicial de nível provincial autorizar uma acção encoberta contra ela? O mesmo se diga relativamente ao magistrado do Ministério Público. O nosso entendimento é que, por limites de competência hierárquica, deveriam ser os magistrados do Ministério Público ou do Tribunal Supremo a terem tal competência.

i. Autorização de Emergência

As operações encobertas devem ser realizadas mediante autorização por escrito da entidade competente – Ministério Público ou Tribunal – mas podem ocorrer situações que, pela sua extrema urgência, exijam a imediata intervenção de um agente encoberto numa investigação.

O CPP não prevê, pelo se se sugere que se possa aprovar oralmente uma operação encoberta quando se constate que uma oportunidade investigativa significativa e imprevista seria perdida se decorresse o tempo necessário para preparar uma autorização por escrito. Assim, enquanto o expediente burocrático corre seus termos, a investigação iria sendo desenvolvida, recaindo sobre a mesma uma autorização póstuma, mediante revisão dos actos praticados.

São exemplo dessas situações os casos em que a vida, a integridade física, a propriedade ou segurança pessoal de indivíduos seriam colocadas em sério perigo.

Esta autorização de emergência tanto valeria para o início de uma operação encoberta, como para o caso de necessidade de renovação desta.

E. Duração da operação encoberta

O CPP não faz referência à duração das operações encobertas. A referência a prazos é feita relativamente à duração da identidade fictícia (230º CPP). De acordo com esta disposição legal, a identidade fictícia pode ser usada por períodos renováveis de 6 meses, o que pressupõe que as operações encobertas também podem ter uma duração indefinida.

Sendo as operações encobertas actividades que podem ser onerosas, e tendo os processos criminais prazos, por exemplo, de prisão preventiva, para a dedução da acusação, para a interposição de recursos, etc, as acções encobertas

também deveriam ter prazos para a produção da prova, havendo-a, de modo a não comprometer os prazos processuais e acautelar o efeito útil do processo criminal.

Depois de um período superior a um ano, sem que a acção encoberta produza algum resultado, pode-se deduzir que estamos perante ineficácia ou inadequação deste meio para a produção de prova. Assim, pouco justificaria a manutenção da mesma. Entretanto, na criminalidade organizada, a estruturação hierárquica no acesso à informação pode levar a que a investigação demande anos para a aquisição de confiança bastante para se conhecer toda a operação da organização criminosa.

Assim, a duração da operação terá de observar os critérios da adequação e da proporcionalidade, sob pena de se tornar mais onerosa do que os valores que se pretende salvaguardar. Uma solução seria a determinação de prazos, quer seja na lei, quer seja na própria autorização pela entidade competente, ainda que possam ser renovados mediante justificados pressupostos.

Para uma criteriosa gestão da operação encoberta sujeita a prazos de duração, poder-se-ia condicionar a sua renovação a factores como:

- i. Em que medida a operação produziu os resultados esperados aquando da sua autorização;
- ii. A possibilidade de sucesso em virtude da renovação da operação;
- iii. Em que medida a investigação pode continuar sem comprometer a operação encoberta;
- iv. Até que ponto a continuação da investigação pode causar prejuízo, financeiro ou outro, a partes inocentes; e
- v. Até que ponto, do ponto de vista financeiro, a renovação da operação é sustentável e justificada.

F. Relato da intervenção e protecção do agente encoberto

Finda a operação encoberta, há que se fazer e apresentar os resultados alcançados. A entidade competente para fazer o relato da intervenção do agente encoberto é Serviço Nacional de Investigação Criminal, que o deve apresentar à autoridade judiciária competente no prazo máximo de 48 horas contadas do dia do termo da operação encoberta.

O relato tem carácter secreto, pelo que o acesso ao mesmo deve ser por um círculo restrito de agentes da justiça. A razão disso é a necessidade de garantia de protecção do funcionário e do terceiro.

Assim, caso a autoridade judiciária entenda ser necessária, só ordenará a junção do relato ao processo se a reputar absolutamente indispensável em

termos probatórios. devendo a apreciação da referida indispensabilidade ser remetida para os termos processuais ficando, entretanto, o expediente, mediante prévio registo, na posse do Serviço Nacional de Investigação Criminal. (artigo 229:2 CPP).

No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, deverá, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade, nos termos do disposto na segunda parte do número 2 do artigo 97, sem prejuízo do que dispõe legislação especial sobre a matéria, mormente, a legislação sobre a protecção de testemunhas (Lei n.º 15/2012, de 14 de Agosto).

Nos casos em que o agente tenha actuado sob identidade fictícia, e de modo a preservar a sua verdadeira identidade, a autoridade judiciária competente, oficiosamente ou a requerimento do Serviço Nacional de Investigação Criminal, pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação (229/3 CPP).

As testemunhas, declarantes, peritos que são agentes encobertos são muito importantes durante o processo de julgamento porque, não só são testemunhas do crime e conhecem os detalhes da infracção, mas também conhecem a rede dos infratores. No entanto, no interrogatório de testemunhas que sejam agentes encobertos, pode-se permitir que a pessoa não forneça informações pessoais, como domicílio ou ocupação para o benefício da sua protecção. Os investigadores registram apenas o depoimento da testemunha.

Quando o caso é levado a tribunal, o tribunal não pode convocar a testemunha porque a testemunha não revelou seu nome e domicílio. Portanto, há falta de testemunho para confirmar a culpa do infractor. Na prática, nos casos com agentes encobertos como testemunhas na investigação, estes não deveriam comparecer ao tribunal. Como resultado, o tribunal pode ouvir apenas o testemunho feito durante o inquérito. O réu não pode ter a oportunidade de se opor à testemunha (Chawalitthamrong, 2018:16)

Um aspecto relevante para o processo tem a ver com o valor das declarações do agente encoberto, com identidade fictícia ou não, para efeitos de decisão judicial. Será que bastam as declarações do agente encoberto para que o tribunal decida pela condenação do arguido?

É nosso entendimento que devem ser tidos em conta outros meios complementares de prova que corroborem o relato do agente, como, por exemplo, imagens, gravações, documentos, declarações de outras testemunhas, etc.

Desse modo permite-se que o arguido tenha a possibilidade de exercer o seu direito a defesa, pelo menos relativamente a estas provas corroborativas,

já que não pode saber a identidade do agente que o indicia. Não havendo qualquer outra prova da prática da infracção, de acordo com o princípio da presunção da inocência, do *in dubio pro reo* e do direito à ampla defesa, o tribunal deverá decidir a favor do réu e absolvê-lo.

G. Isenção de responsabilidade

No decurso da operação encoberta o agente participa de actividades ilícitas praticadas pelos indivíduos ou organizações sob investigação, de modo a ganhar confiança destes como elemento do grupo. Por essa razão não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção, desde que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da operação.

De facto, há limites dentro dos quais o agente tem de pautar a sua conduta no desenvolvimento da operação encoberta, que lhe levarão a ficar isento de responsabilidade criminal por via da exclusão da ilicitude³¹. Entretanto, a participação em condutas criminosas pode ter diferentes graus. Se a comparticipação consistir em instigação ou autoria mediata, na prática de actos ilícitos desproporcionais com a finalidade da operação, o agente já será responsabilizado (231/1 CPP).

De modo a evitar que da conduta do agente encoberto resulte em responsabilidade criminal, nem o SERNIC, nem os magistrados devem recomendar ou aprovar a participação de um funcionário ou terceiro em actividades ilegais.

Entretanto, por um lado, dentro dos limites da isenção da responsabilidade criminal, entendemos que poder-se-ia autorizar a participação de funcionário ou terceiro em actividades ilegais nas seguintes condições:

- i. para obter informações ou provas necessárias para o sucesso da operação e que não sejam razoavelmente disponíveis sem a participação do agente encoberto na atividade ilegal;
- ii. para estabelecer ou manter a credibilidade de identidade fictícia do agente encoberto; ou

31 Para um estudo aprofundado, veja-se: Sara Rego (2016). *Do Agente Encoberto ao Agente Provocador: A Fronteira entre a Irresponsabilidade e a Responsabilidade Penal*. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21538/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_SaraRego.pdf Consultado a 9 de Novembro de 2020.

iii. para evitar morte ou lesões corporais graves.

Por outro lado, deve-se tomar medidas razoáveis para reduzir ao mínimo a participação de um agente encoberto em qualquer actividade ilegal. O agente encoberto não deve participar de actos de violência, salvo as situações de legítima defesa. Não se pode proibir, entretanto, que o agente encoberto tome medidas razoáveis de autodefesa para proteger sua própria vida ou a vida de outras pessoas contra agressões ilegais.

Embora se possa defender de agressão ilegal, iminente ou em execução, contra si ou terceiro, não deve actuar como agente provocador (iniciando ou instigando qualquer plano para cometer actos criminosos). Nem lhe pode ser permitido o uso de técnicas de investigação ilegais como escutas telefónicas ilegais, aberturas de correspondência ilegais, invasão de domicílio ou invasão equivalente a uma busca ilegal.

Em suma, na sua actuação deve obedecer a lei e não pode se exceder, sob pena de responsabilização criminal ou nulidade da prova produzida.

Do exposto resulta que há necessidade de monitoria permanente das actividades do agente encoberto, e certas condutas devem ser sujeitas a revisão, outras a prévia aprovação do SERNIC. Entendemos que, por exemplo, o agente não deva ser autorizado a realizar operações de que resulte um significativo risco à integridade física ou dano patrimonial / financeiro considerável.

Para monitoria da actuação do agente encoberto, deve ser criado um órgão especializado de revisão da actuação dos agentes encobertos, que funcione dentro da estrutura do SERNIC, mas com garantia de secretismo sobre os trabalhos desenvolvidos por tal unidade.

CONCLUSÕES

O presente artigo tinha por objectivo descrever e analisar o regime jurídico vigente em Moçambique, relativo à acção encoberta enquanto meio especial de produção de prova em processo penal.

As operações encobertas não são uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, visto que estão já previstas na lei de prevenção e combate à droga aprovada no ano de 1997. Esta lei previa a possibilidade de recurso a acções encobertas para a prevenção e combate ao tráfico e consumo de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e seus derivados. Estas operações só podiam ser desenvolvidas por agentes da polícia de investigação criminal, estando vedada a particulares ou colaboradores.

Estas operações eram aplicáveis apenas a este crime. Posteriormente Moçambique ratificou convenções internacionais que preveem a possibilidade de os países membros aprovarem leis domésticas que prevejam operações encobertas na prevenção e combate à criminalidade organizada.

Nessa esteira, por via do novo Código de Processo Penal aprovado em Dezembro de 2019, foi estabelecido o novo regime legal de operações encobertas, que alargou substancialmente o leque de crimes cuja prevenção e repressão admitem o recurso operações encobertas. Além do tráfico de droga, a novo CPP apresenta uma panóplia que vai desde o homicídio voluntário (quando o autor não seja conhecido), tráfico de pessoas, terrorismo, viciação de viaturas, branqueamento de capitais, os relativos ao mercado de valores mobiliários, dentre outros.

Particulares passaram também a poder realizar operações encobertas, embora sem a possibilidade de aquisição de identidade fictícia. Foram identificadas as entidades competentes para requerer estas operações, bem como para as autorizar, e para apresentar os relatos das operações.

O novo regime representa uma positiva evolução no tratamento da matéria, embora não tenha sido tratada em diploma específico, facto que acreditamos ter sido a causa do insuficiente tratamento do assunto. São vários os aspectos que carecem de previsão por forma a tornarem as operações encobertas mais eficazes, como as autorizações urgentes, a monitoria das actividades dos agentes, as renovações das operações, a preparação e o carácter voluntário das acções encobertas.

Outros aspectos relacionados aos critérios e pressupostos para que as operações sejam autorizadas, como por exemplo, a insuficiência de outros meios ordinários de prova, precisam ser legislados, sob pena de as operações encobertas serem usadas discricionariamente, sacrificando injustificadamente os direitos fundamentais do cidadão, mormente o direito à privacidade.

Em suma, o regime jurídico das operações encobertas é pertinente,

necessário no combate ao crime organizado que, a cada dia, se vai sofisticando e desafiando a capacidade estatal de resposta. Recomenda-se que a legislação seja aprimorada, que os aspectos controversos, as lacunas, omissões e contradições identificadas sejam resolvidos de modo a que a legislação atinja o escopo que levou à sua aprovação: prevenção e combate ao crime.

BIBLIOGRAFIA

CHAWALITTHAMRONG, Wasawat, (2018), *Combating Illicit Drug Trafficking By Undercover Operations*. Disponível em: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No106/No106_6_VE_Chawalitthamrong.pdf.

CHAWALITTHAMRONG, Wasawat, (2018), *Combating illicit drug trafficking by undercover operations*. United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Disponível em https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No106/No106_6_VE_Chawalitthamrong.pdf.

HENRIQUES, Marco Ribeiro, (2016), *Ações encobertas, para fins de investigação criminal. A dicotomia entre Agente Infiltrado e Agente Provocador*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309618668_Acoes_encobertas_para_fins_de_investigacao_criminal_A_dicotomia_entre_Agente_Infiltrado_e_Agente_Provocador/link/581a1d9708ae3c82664c173f/download Data da consulta: 10 de Outubro de 2020.

JOHN, Tim and MAGUIRE, Mark. (2007), 'Criminal Intelligence and the National Intelligence Model', in T. Newburn, T. Williamson and A. Wright, eds, *Handbook of Criminal Investigation*. Cullompton: Willan Publishing. Disponível em: <http://docshare01.docshare.tips/files/28813/288130568.pdf> Consultado a 9 de Novembro de 2020.

KRUISBERGEN, Edwin W. (2017), *Combating organized crime A study on undercover policing and the followthe-money strategy*. Tese de Doutoramento. Disponível em: https://www.wodc.nl/binaries/Kruisbergen_dissertation_full%20text_tcm28-237785.pdf Consultado a 9 de Novembro de 2020.

KRUISBERGEN, Edwin. W., JONG, Deborah & KLEEMANS, Edward R., (2011), Undercover policing: assumptions and empirical evidence. *British Journal of Criminology*, 51(2), 394-412. <https://doi.org/10.1093/bjc/azq073>.

NAIKER, Kevin, (2017), *The recruitment and management of agents in undercover drug trafficking criminal investigations*. Tese de Mestrado. Disponível em http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/22909/dissertation_naicker_k.pdf?sequence=1&isAllowed=y Data da consulta: 10 de Novembro de 2010.

PONTES, Arménio, (2014), *Ações Encobertas - Declarações do Agente Encoberto em Audiência de Julgamento*. Dissertação de Mestrado. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16887/1/Pontes_2014.pdf.

REGO, Sara, (2016), *Do Agente Encoberto ao Agente Provocador: A Fronteira entre a Irresponsabilidade e a Responsabilidade Penal*. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21538/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_SaraRego.pdf.

ROSS, Jacqueline E., (2008), Undercover Policing and the Shifting Terms of Scholarly Debate: The United States and Europe in Counterpoint. *Annual Review of Law*

and Social Science, 4: 239-273. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172416>.

TEIXEIRA, Daniel, (2018), *Ações encobertas: limites constitucionais*. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/56422/1/Teixeira_2018.pdf.

VIEIRA, Gustavo Fonseca, (2019), *Uma abordagem processual penal do regime jurídico das ações encobertas - em especial da infiltração de agentes*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/90339/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Data da consulta: 06 de Novembro de 2020.

WILSON, Dean & MCCULLOCH, Jude, (2012), (Un)controlled Operations: Undercover in the Security Control Society. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264310817_Uncontrolled_Operations_Undercover_in_the_Security_Control_Society.

LEGISLAÇÃO

Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2002, de 11 de Dezembro (ratifica a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional).

Resolução da Assembleia da República n.º 10/91, de 20 de Dezembro (Ratifica o Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República de Moçambique e a República Portuguesa).

Resolução da Assembleia da República n.º 86/2002, de 11 de Dezembro, Moçambique ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (CNUCOT).

Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, aprovada em Nova Iorque, a 15 de Novembro de 2000.

Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Drogas e Substâncias Psicotrópicas, assinado em Viena, 20 de Dezembro de 1988. Ratificado em Moçambique em 1998.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 15/2003, de 4 de Abril (aprova a Política e Estratégia da Prevenção e Combate à Droga).

Lei n.º 35/2014, de 31 de Dezembro (Lei da revisão do Código Penal).

Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro (Lei de revisão do Código de Processo Penal).

Lei n.º 2/2017, de 9 de Janeiro (Cria o Serviço Nacional de Investigação Criminal - SERNIC).

Lei n.º 3/97, de 13 de Março, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e

consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, precursores e preparados, ou outras substâncias de efeitos similares.

Lei n.º 16/2013 de 12 de Agosto (que aprova o Estatuto da Polícia da República de Moçambique – PRM).

Lei n.º 5/2018, de 2 de Agosto (aprova o regime jurídico de Prevenção, Repressão e Combate ao Terrorismo).

Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto (aprova o regime jurídico de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo).

Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro (aprova o Código Penal Moçambicano).

Lei n.º 6/2008, de 9 de Julho (estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção e combate ao tráfico de pessoas. em particular mulheres e crianças, nomeadamente a criminalização do tráfico de pessoas e actividades conexas e a protecção das vítimas, denunciantes e testemunhas).

Lei 12/2012, de 8 de Fevereiro (define o quadro legal relativo ao Serviço de Informação e Segurança do Estado – SISE).

Lei n.º 21/2019, de 11 de Novembro (que estabelece os princípios e procedimentos da cooperação jurídica e judiciária internacional em matéria penal)

Decreto-Lei n.º 4/2009, de 29 de Julho (aprova o Código do Mercado de Valores Mobiliários).

DOCUMENTOS

United Nations Office on Drugs and Crime (2012). *Model Legislative Provisions against Organized Crime*. Vienna Disponível em: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Model_Legislative_Provisions_UNTOC_Ebook.pdf Visitado a 10 de Novembro de 2020.

UNODC Moçambique <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1686712>.

Taxa de Radiodifusão: Um Imposto?

Mestre David FERREIRA

Docente Universitário na Faculdade de Direito da
Universidade Eduardo Mondlane e Advogado.

Resumo

Poderá, como é natural, que à primeira vista pareça contraditório, e até certo ponto paradoxal, que se avenge a hipótese de uma taxa ser um imposto. Porém, é com o fito de estimular a reflexão dos cultores do Direito no geral, e do Direito Tributário em particular, sobre a primacial necessidade de se analisar os diferentes tributos existentes a partir da sua estrutura e regime jurídico e não apenas olhando ao nome jurídico dado pelo legislador que se apresenta o presente artigo.

Palavras-chaves: *Taxa, imposto, princípio da legalidade tributária.*

INTRODUÇÃO

No campo do Direito Tributário se mostra relevante a *summa divisio* existente entre os dois principais tipos de tributo, a taxa e o imposto, a que a doutrina e a jurisprudência foram apresentando diversos critérios a se usar para distinguir uma figura da outra.

A caracterização de um tributo, como imposto ou taxa, há de resultar do regime jurídico concreto que se encontre legalmente definido, tornando-se irrelevante o *nomen juris* atribuído pelo legislador.

Do acima exposto pode-se retirar a ilação de que “há impostos que são taxas e taxas que são impostos”, na medida em que, a designação dada pelo legislador não deve ser tida como critério para a qualificação de um tributo como taxa ou imposto, antes sim, deve-se procurar na sua estruturação o seu carácter unilateral ou bilateral, conforme seja um imposto ou taxa.

É com base no acima referido que nos propomos analisar a natureza da taxa de radiodifusão, procurando descortinar a verdadeira natureza jurídica deste tributo se corresponderá a uma taxa ou a um verdadeiro imposto.

Que não se pense que tal análise não se mostra de assaz importância, uma vez que, a distinção entre taxa e imposto oferece o maior relevo à luz do princípio da legalidade, nos termos do qual caberá à Assembleia da República manifestar a vontade soberana em matéria de impostos, determinando a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Já quanto à taxa, e demais tributos, não existe uma reserva da lei, em sentido formal, para a sua criação.

Da delimitação constitucional das matérias tributárias reservadas à lei resulta que o Governo não pode criar normas quanto a essas matérias, sob pena de tal tributo ser inconstitucional por violação da reserva absoluta da Assembleia da República.

Daqui ressalta a pertinência de se saber se a taxa de radiodifusão é efectivamente uma taxa ou antes é um verdadeiro imposto. A se considerar que estamos perante um verdadeiro imposto, concluir-se-ia que esta taxa é inconstitucional por violar a reserva absoluta da Assembleia da República, uma vez que se verifica que esta taxa foi criada por um diploma ministerial.

I. DA DICOTOMIA ENTRE IMPOSTO E TAXA

A. A dicotomia na doutrina

Muito embora a distinção não pareça ter origens muito remotas, é hoje corrente separarem-se os tributos em duas grandes categorias: os impostos e as taxas. Mas, se a generalidade dos autores aceita a referida distinção, já se deparam as maiores divergências quanto à escolha do critério jurídico a que se deverá subordinar, ainda que em regra se admita como ponto comum de partida o critério tradicionalmente formulado no plano da economia financeira, para o qual o imposto é o modo de financiamento próprio dos serviços públicos indivisíveis e a taxa dos serviços divisíveis, isto é, que proporcionam vantagens ou satisfações individualizadas a quem os utiliza¹.

O critério da especificidade e da divisibilidade dos serviços, utilizado no plano da economia financeira, parte do pressuposto de que o Estado e as outras entidades públicas prestam serviços cuja utilidade não é divisível pelos cidadãos. E, por isso, também não será admissível fazer contribuir os cidadãos para a cobertura financeira desses serviços na base de uma utilidade que não é individualizável, que não é divisível. A defesa nacional e a diplomacia constituem exemplos nítidos de serviços públicos indivisíveis e, conseqüentemente, suportados pelo imposto².

De outros serviços públicos, porém, extraem, os particulares, utilidades individualizáveis. Ora, quando através dos serviços públicos se prestam utilidades particulares, individualizáveis, quando esses serviços são divisíveis, em suma, há possibilidade de realizar a sua cobertura financeira, ou parte dela, através do pagamento de prestações exigíveis dos particulares que utilizam tais serviços, essas prestações designam-se por *taxas*³.

Mas o critério da divisibilidade dos serviços, amplamente satisfatório nos planos da economia financeira e da política financeira, parece mostrar-se insuficiente para distinguir o imposto da taxa do ponto de vista jurídico⁴.

A orientação que, relativamente à distinção entre imposto e taxa, se foi sedimentando, na doutrina e jurisprudência, advoga que essa distinção se reconduz à ideia da unilateralidade dos impostos e da bilateralidade ou sinalagmaticidade das taxas, ou seja, e como bem se sabe, a que atende ao facto

1 XAVIER, Alberto, (1974), *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I. Lisboa: Manuais da FDL, p. 42.

2 MARTINEZ, Soares, (1993), *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, p. 35.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

de ao pagamento destas últimas haver de corresponder uma contraprestação «específica», por parte do ente público seu titular, a qual justificará esse pagamento – o que não acontecerá no caso dos impostos. Quaisquer outros elementos introduzidos nas tentativas de destrição parece suscitar maiores dificuldades na separação das duas noções.

Esta destrição entre imposto e taxa oferece o maior relevo a face do princípio da legalidade do imposto que não respeita às taxas. Mas importa naturalmente evitar que aquele princípio seja infringido através de simples arbitrariedade de terminologia, nomeadamente usando-se a expressão «taxa» para designar impostos⁵.

Daí resulta que a caracterização de um tributo, há de, antes de mais, resultar do regime jurídico concreto que se encontre legalmente definido, tornando-se irrelevante o *nomen juris* atribuído pelo legislador ou a qualificação expressa do tributo como constituindo uma contrapartida de uma prestação provocada ou utilizada pelo sujeito passivo.

Do acima exposto pode-se retirar a ilação de que “há impostos que são taxas e taxas que são impostos”; na medida em que, a designação dada pelo legislador não deve ser tida como critério para a qualificação de um tributo como taxa ou imposto, antes sim, deve-se procurar na sua estruturação o seu carácter unilateral ou bilateral.

B. A dicotomia na jurisprudência

É inexistente na jurisprudência pátria a análise da matéria referente a dicotomia entre imposto e taxa, desta feita, há a necessidade de se socorrer do direito comparado para cotejar esta matéria a nível jurisprudencial.

A orientação jurisprudencial dominante do Tribunal Constitucional português pode sintetizar-se como se segue.

Sob o ponto de vista financeiro, a distinção entre taxas e impostos estará no carácter bilateral e sinalagmático das primeiras e no carácter unilateral dos impostos. As taxas têm como correspectivo uma actividade do Estado ou de um ente público dirigido ao respectivo obrigado, determinando para este uma qualquer vantagem ou utilidade⁶.

A relação estabelecida compreende obrigações para ambas as partes, obrigações unidas por um vínculo de reciprocidade ou de interdependência que leva a caracterizar as taxas pelo seu carácter sinalagmático. A contrapartida

5 MARTINEZ, Soares, *op. cit.*, p. 37.

6 Ac. do TC de 28/05/2002 (Alberto Tavares Costa).

consiste na utilização de um serviço público de que beneficiará o tributado, na utilização de um bem público ou semipúblico ou na remoção de um limite jurídico ao exercício de determinadas actividades por parte de particulares.

Contudo, o tributo só pode configurar-se como “taxa” se com a remoção se visa possibilitar a utilização de um bem público⁷.

O serviço prestado pelo Estado e a remoção de um limite jurídico criado à actividade dos particulares não podem ser fictícios, ou meros pressupostos para obter receitas. Se assim for, estar-se-á perante verdadeiros impostos, dada a perda de relação económica entre a receita e a vantagem do particular. A exigência de uma relação sinalagmática como pressuposto para que se possa falar de taxa, reveste-se de carácter substancial ou material, não meramente formal⁸.

Acrescente-se, porém, que a qualificação como taxa de um dado tributo não depende da verificação rigorosa entre o valor do serviço e o montante da taxa a pagar e o valor do serviço prestado, para que ao tributo falte o carácter sinalagmático, levando-se em conta a utilidade do serviço⁹. Se o valor da taxa for completamente alheio ao custo do serviço prestado a taxa poderá ser um verdadeiro imposto, deste modo, a aferição do montante da taxa não decorre tanto do seu custo, como da utilidade do serviço¹⁰.

Nestes termos, o imposto será o meio de financiamento dos serviços públicos indivisíveis, dos que proporcionam vantagens só fruíveis pela colectividade enquanto tal, independentemente de saber se certo cidadão, enquanto membro dessa colectividade, recebe vantagens ou não. Por sua vez, a taxa é o meio de financiamento dos serviços divisíveis que facultam vantagens ou satisfações individualizadas a quem os utiliza.

É necessário determinar, para se poder qualificar uma certa relação como de taxa, há um determinado sujeito que recebe vantagens concretas, mensuráveis, e que lhe são dirigidas. Não se tratando de um mero reflexo da satisfação de necessidades gerais.

O Tribunal Constitucional português tem sido cauteloso¹¹ na apreciação dos excessos indicadores de uma falta de proporcionalidade enquanto desvio

7 Ac. do TC de 28/05/2002 (Cons. Alberto Tavares Costa).

8 Ibidem.

9 Ac. do TC de 06/11/1996 (Cons. Messias Bento); Ac. do TC de 03/10/2000 (Cons. Tavares Costa).

10 Ac. do TC de 15/11.1995 (Cons. Ribeiro Mendes).

11 CAMPOS, Diogo Leite de., (2007), *As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário*. Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I, p. 55.

à correspectividade, tendo julgado que, para a noção de taxa, pode ser menos relevante o custo e, por exemplo, mais relevante a utilização de um serviço. O que significa que o carácter sinalagmático da taxa não exige a correspondência do seu montante ao custo do bem ou serviço prestado. Mantendo-se a bilateralidade que a caracteriza mesmo na parte excedente ao custo, pelo que não é, por si só, de qualificar a taxa como imposto ou de lhe conceder o tratamento constitucional de imposto, se o respectivo montante exceder o custo dos bens e serviços prestados ao utente.

Contudo, se o valor da taxa for manifestamente desproporcionado ou “completamente alheio ao custo de serviço prestado”, então pode equacionar-se se a taxa não terá de ser encarada, de um ponto de vista jurídico — constitucional, pelo menos na parte em que for manifestamente desproporcional, como verdadeiro imposto, porque desse modo e nessa medida se afectaria a correspectividade; a desproporcionalidade nessa medida lesaria “o critério legitimante” da taxa.

Entendendo-se que também as taxas podem assumir funções extra financeiras legitimadoras de distorções ao princípio da proporcionalidade. Desde que tais distorções se mantenham dentro dos limites constitucionalmente admissíveis, isto é, não transformem uma taxa numa receita sancionatória. As distorções ao princípio da proporcionalidade sempre terão que se conter dentro das exigências próprias do princípio legitimador de tais distorções.

C. A dicotomia na Lei

Apesar de não ser tarefa da lei fazê-lo, o legislador pátrio optou por apresentar os conceitos de imposto e taxa, indicando os elementos essenciais de cada um dos dois institutos.

Para o legislador impostos¹² são as prestações obrigatórias, avaliáveis em dinheiro, exigidas por uma entidade pública, para a prossecução de fins públicos, sem a contraprestação individualizada, e cujo facto tributário assenta em manifestações de capacidade contributiva, devendo estar previstos por lei¹³.

Já as taxas são prestações avaliáveis em dinheiro, exigidas por uma entidade pública, como contrapartida individualizada pela utilização de um bem do domínio público, ou de um serviço público, ou pela remoção de um

12 O legislador apresenta um conceito diferente, e que se pode considerar demasiado restritivo, na Lei n.º 15/2002 de 26 de Junho, nos termos da qual o imposto é um pagamento para o orçamento do Estado, com natureza unilateral e obrigatória, incluindo encargos e juros previstos em normas tributárias.

13 N.º 2 do artigo 3 da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março.

limite jurídico à actividade dos particulares, desde que previstas na lei¹⁴.

Destes dois conceitos nota-se, de modo claro e inequívoco, que o legislador usou como critério de distinção entre imposto e taxa a ideia da unilateralidade dos impostos e da bilateralidade ou sinalagmaticidade das taxas, ou seja, e como bem se sabe, a que atende ao facto de ao pagamento destas últimas haver de corresponder uma contraprestação «específica», por parte do ente público seu titular, a qual justificará esse pagamento – o que não acontecerá no caso dos impostos.

Ainda em relação a esta matéria o legislador estabeleceu o princípio da legalidade tributária¹⁵ nos termos do qual os impostos são criados ou alterados por lei¹⁶, competindo a lei determinar a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Resulta assim que caberá apenas a Assembleia da República o exercício da soberania em matéria fiscal, estabelecendo-se uma reserva absoluta¹⁷ na matéria relativa aos impostos.

Isto se justifica pelo facto de se considerar que a Assembleia da República é representativa do sentimento do povo, presumindo-se que este órgão será independente na apreciação da medida em que os sacrifícios patrimoniais hão-de ser impostos à nação e repartidos pelos grupos sociais, pelas classes, pelas regiões, que naquela se integram¹⁸.

Acresce ao atrás dito o facto de o governo revelar frequentemente uma unidade de orientação que pode não garantir o necessário equilíbrio dos interesses em presença nessa matéria¹⁹.

Em relação a esta matéria escreveu o Professor Oliveira Salazar:

<<Pela natureza especial do imposto, porque este representa uma restrição à disposição livre da riqueza criada pelos indivíduos, por uma já longa tradição histórica, a Representação nacional é que usa, e entende não abdicar, do seu direito de consentir e votar os impostos. Julga-se não ser conveniente que o Poder Legislativo se despoje deste direito em proveito do Governo, nem que a lei seja nestas matérias substituída por decretos.>>

14 N.º 3 do artigo 3 da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março.

15 Artigo 100 e n.º 2 do artigo 127 da CRM; n.º 1 do artigo 4 da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março e n.º 1 do artigo 3 da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março.

16 Aqui se fala de lei em sentido formal, correspondendo neste caso ao acto normativo proveniente da Assembleia da República.

17 Alínea o) do n.º 1 do artigo 178 da CRM.

18 MARTINEZ, Soares, *op. cit.*, p. 86.

19 *Ibidem*, p. 97.

Da delimitação constitucional de matérias tributárias reservadas à lei resulta que o Governo poderá criar normas quanto a essas matérias desde que não se trate de criação de impostos, de definição da incidência, da taxa, dos benefícios fiscais e das garantias dos contribuintes. Não estaria, assim, vedado ao Governo criar normas sobre matérias tributárias respeitantes à organização de serviços e à competência de agentes fiscais, ao lançamento, à liquidação, à fiscalização e à cobrança²⁰.

Sem perder de vista, naturalmente, que o lançamento, na medida em que reclama a colaboração dos próprios contribuintes, a fiscalização e a cobrança, são matérias que muitas vezes se prendem a direitos dos particulares, podendo entender-se, quanto a alguns aspectos, que respeitam às garantias dos contribuintes. Por maioria de razão, a tal esfera poderá reconduzir-se as normas de execução, de sanção e de processo das contribuições e impostos parecendo preferível que o Governo se abstenha de legislar em tais matérias²¹.

Tanto mais que o texto do número 3 do artigo 127 da CRM poderá interpretar-se em termos de vedar também ao Governo o poder de legislar em matéria de liquidação e cobrança.

Neste ponto nota-se imprecisão, quando não contradição, no artigo 127 da CRM. Com efeito, tendo reservado à lei, no número 2, apenas a criação de impostos, a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes, a Constituição torna-se muito mais exigente através do preceito contido no número 3, quando permite a recusa de pagamento de impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança não se façam nas formas prescritas na lei. À face deste último preceito, também a liquidação e a cobrança terão de ser objecto de lei. Ou a expressão “lei” empregue no número 3 do artigo 127 tem um significado diverso da expressão “lei” empregue no número 2 do artigo 127, abrangendo também os actos normativos do governo, - o que, em qualquer caso, revelaria má técnica legislativa - ou há contradição entre os dois números. Porquanto, não estando a liquidação e cobrança abrangidas pelo número 2 - o que parece razoável - não poderá exigir-se que essas mesmas cobrança e liquidação se façam nas formas prescritas na lei, quando é certo que a lei não é exigível como forma de comando em relação a tais matérias, segundo o número 2 do mesmo artigo 127 da CRM²².

20 Ibidem, p. 97.

21 Ibidem.

22 MARTINEZ, Soares, *op. cit.*, p. 98, *mutatis mutandis*.

II. DA TAXA DE RADIODIFUSÃO

A. Do enquadramento histórico e teleológico

A radiodifusão, em Moçambique, teve como precursor o Grémio dos Radiófilos, cujos estatutos foram, aprovados, em 1932, pelo então governador-geral de Moçambique, José Cabral. A 29 de Julho de 1937, o Grémio dos Radiófilos passou a chamar-se *Rádio Clube de Moçambique*²³.

Com a ascensão de Moçambique à independência, foi criada a 2 de Outubro de 1975, a Rádio Moçambique, fruto da nacionalização das então Rádio Clube de Moçambique, Aero Clube da Beira, Rádio Pax e da Voz de Moçambique²⁴.

Hoje, a Rádio Moçambique define-se como uma empresa pública, com personalidade jurídica e dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Tem por missão promover a comunicação para o desenvolvimento, educar e combater o analfabetismo, defender e difundir a cultura moçambicana, com vista ao reforço da identidade nacional, da solidariedade entre os moçambicanos dentro e for a do país, defender a unidade nacional e difundir actos que contribuam para tal²⁵.

É por ter em atenção que a Radio Moçambique é um dos principais instrumentos de comunicação social do nosso país, e por se verificar que era necessário assegurar meios financeiros para prover as despesas de funcionamento da Rádio, promovendo a reposição dos equipamentos e a expansão do sistema de radiodifusão por forma a que o sinal da rádio Moçambique chegue a toda população em boas condições, que foi necessário definir o modo de comparticipação dos utentes de receptores de radiodifusão através da introdução da *taxa de utilização de receptores de radiodifusão*^{26 27 28}.

B. Incidência

A incidência é a definição geral e abstracta dos actos ou situações

23 <https://www.rm.co.mz/rm.co.mz/index.php/sobre/item/4549-18-de-marco-de-1933-inicio-da-radiodifusao-em-mocambique.html> visualizado a 13 de Abril de 2020 às 10:06.

24 Ibidem.

25 Ibidem.

26 Preâmbulo do Diploma Ministerial n.º 82/87, de 8 de Julho.

27 Aprovado pelo Diploma Ministerial n.º 195/98 de 14 de Outubro.

28 Adiante designada apenas por taxa de radiofusão.

sujeitas a taxa e das pessoas sobre as quais recai o dever de prestar²⁹.

A incidência é composta por dois elementos: o **material** e o **pessoal**. O elemento material reporta-se à **incidência real**, ou seja, determina o que estará sujeito a taxa. Por seu turno, o elemento pessoal – **incidência pessoal** – diz respeito à entidade que irá estar sujeita a taxa³⁰.

Ao lançar os olhos a taxa de radiodifusão verifica-se que a incidência real desta taxa recai sobre a propriedade, a posse, a simples detenção ou utilização de receptores de radiodifusão³¹. Devendo-se entender por receptor de radiodifusão qualquer dispositivo ou conjuntos de dispositivos que sirvam para a recepção de emissões destinadas ao público em geral.

Já a incidência pessoal da taxa de radiodifusão recai, de modo geral, sobre o proprietário, o possuidor, o detentor ou utilizador de receptores de radiodifusão.

Em particular, a taxa de radiodifusão é devida pelo comprador e/ou importador de receptor de radiodifusão³², consumidores de eletricidade³³ e pelos utilizadores de receptores de radiodifusão em veículos³⁴.

C. Lançamento

Da fase abstrata da incidência passamos para um momento de concreta aplicação da Lei, a que corresponde o lançamento. Nesta fase, são determinados os sujeitos passivos e a matéria colectável sobre a qual incidirá a taxa³⁵.

O lançamento é o acto ou conjunto de actos jurídicos ou materiais com vista a determinar em concreto os elementos abstractos definidos na norma de incidência, isto é, verificar o facto tributário, determinar os sujeitos e a identificar as circunstâncias determinantes do sacrifício fiscal³⁶.

29 WATY, Teodoro Andrade, (2013), *Direito Tributário*. 4ª edição, Maputo: W&W, p. 273.

30 SANTOS, Inês, (2016), *Liquidação e cobrança de imposto: limitações e âmbito de atuação da Administração Tributária anteriores à intervenção do poder judicial*, Porto, p.12.

31 Artigo 1 do RSTR.

32 Artigo 7 do RSTR na redacção dada pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006, de 17 de Janeiro.

33 Artigo 9 do RSTR na redacção dada pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006, de 17 de Janeiro.

34 Artigo 10 do RSTR na redacção dada pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006, de 17 de Janeiro.

35 SANTOS, Inês, *op. cit.*, p. 12.

36 WATY, Teodoro Andrade, *op. cit.*, p. 273.

D. Cobrança e penalidades

A taxa de radiodifusão é cobrada em dois momentos distintos, *numa prestação única ou em prestações anuais ou mensais*³⁷.

A prestação única da taxa de radiodifusão é aplicável aos receptores de radiodifusão fabricados e vendidos no país; aos importados e aos comprados no estrangeiro e transportados nas bagagens por nacionais ou estrangeiros e que possam ser utilizados no país por um período superior a seis meses³⁸. Já as prestações anuais ou mensais da taxa de radiodifusão são aplicáveis aos receptores de radiodifusão instalados em viaturas e possuídos em imóveis ou fracções de imóveis³⁹.

Por cada receptor de radiodifusão comprado e/ou importado é devida a taxa numa prestação única no valor de 59,00 Mtn para receptores de radiodifusão cujo valor não ultrapasse 280,00 Mtn. Para receptores de radiodifusão com valor superior a 280 Mtn e inferior a 1.400,00 Mtn a taxa a pagar é de 121,00 Mtn, já quanto aos receptores de radiodifusão com valor igual ou superior a 1.400,00 Mtn a taxa devida é de 297,00 Mtn⁴⁰.

Pelos consumidores de electricidade o valor a pagar a título de taxa de radiodifusão varia consoante o consumidor seja doméstico ou de média e alta tensão. Para o primeiro caso é devida uma taxa mensal de 12,00 Mtn e já para o segundo caso a taxa é de 297,00 Mtn⁴¹.

No que diz respeito a utilização de receptores de radiodifusão em viaturas são devidas taxas anuais no valor de 144,00 Mtn⁴², sendo que a cobrança deste valor é feita nos Serviços de Viação num processo integrado com o manifesto no local do pagamento do manifesto, cabendo a Polícia de Trânsito fiscalizar e aplicar as multas devidas pelo não cumprimento do preceituado Regulamento do Sistema de Taxas de Radiodifusão⁴³.

A falsidade das declarações prestadas no âmbito do cumprimento das obrigações constantes do Regulamento do Sistema de Taxas de Radiodifusão, bem como o não pagamento das taxas nos prazos fixados é punida com uma

37 Artigo 4 do RSTR.

38 Artigo 5 do RSTR.

39 Artigo 6 do RSTR.

40 Artigo 7 do RSTR na redacção dada pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006 de 17 de Janeiro.

41 Artigo 9 do RSTR na redacção dada pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006 de 17 de Janeiro.

42 N.º 1 do artigo 10 do RSTR na redacção dada pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006 de 17 de Janeiro.

43 N.ºs 2, 3 e 4 do artigo 10 do RSTR.

multa de 100% sobre o valor da taxa devida⁴⁴.

Ademais, as taxas e multas que não forem pagas nos prazos fixados são cobradas coercivamente pelos Juízos das Execuções Fiscais, sendo que para o efeito é considerado título executivo o documento de debito emitido⁴⁵.

Refira-se também que a remessa dos títulos executivos aos Juízos de Execuções Fiscais processa-se no mês de abril de cada ano quanto às dívidas do ano anterior⁴⁶.

E. Da contabilização e consignação das receitas

Os montantes cobrados a título de taxa de radiodifusão devem ser entregues nas Recebedorias da Fazenda das Repartições de Finanças da área fiscal onde forem cobradas até ao dia 10 do mês que seguinte ao da cobrança sendo contabilizados sob a rúbrica "*taxas de utilização de receptores de radiodifusão*"⁴⁷.

A determinação do montante, em cada momento, a pagar a título de taxa de radiodifusão compete Ministro do Plano e Finanças, sob proposta do Gabinete de Informação. Cabe também ao Ministro sanar as dúvidas suscitadas na interpretação das disposições contidas no Regulamento do Sistema de Taxas de Radiodifusão⁴⁸.

As receitas provindas da taxa de radiodifusão constituem uma excepção ao princípio da não consignação das receitas, na medida em que, as mesmas são consignadas à Radio Moçambique para suportar parte dos seus encargos de funcionamento e realização de novos investimentos⁴⁹.

F. Da natureza jurídica

No que à incidência da taxa de radiodifusão diz respeito, assinalam-se algumas notas que, desde logo, permitem identificar na taxa de radiodifusão elementos que põem em crise a sua qualificação como taxa e que possibilitam aos particulares que vêm a assumir-se como sujeitos passivos da mesma questionar a legalidade da taxa de radiodifusão e, até mesmo, a sua conformidade com a

44 Artigo 12 e 13 do RSTR.

45 N.º 1 do artigo 14 do RSTR.

46 N.º 1 do artigo 14 do RSTR.

47 Artigo 11 do RSTR.

48 Artigo 16 do RSTR.

49 Artigo 15 do RSTR.

Constituição.

A taxa de radiodifusão constitui, é certo, receita da Rádio Moçambique, EP, e esta presta um serviço público (o serviço de radiodifusão sonora) que pode ser individualmente utilizado por todos quantos possuam receptores de radiodifusão. Simplesmente, tal taxa, que se paga no momento de pagamento do manifesto ou da electricidade, acha-se exclusivamente relacionada com a propriedade de viatura automóvel ou com o consumo de energia eléctrica, e não com a utilização do serviço de radiodifusão, ou seja, a relação estabelece-se entre a taxa de radiodifusão e o consumo de electricidade ou a propriedade de viatura automovel e não entre ela e a possibilidade de utilização do serviço de radiodifusão, pois é a qualidade de consumidor de energia eléctrica ou de proprietário de veiculo automóvel que obriga ao seu pagamento, embora ela não tenha a sua fonte em tal consumo, antes sendo apresentada como contraprestação do serviço de radiodifusão.

Ora, um tributo só pode qualificar-se como taxa, se a exigência do seu pagamento, mesmo quando feita pela simples possibilidade de utilização de um bem semipúblico, e não pela sua utilização efectiva, continuar exclusivamente relacionada com essa utilização. O pagamento das taxas, recorde-se, é feito, em regra, aquando da utilização, e só “conveniências da cobrança” justificam que ele seja antecipado⁵⁰.

A segunda nota a apontar em matéria de incidência traduz-se no facto de, tendo por base a prestação do serviço de radiodifusão sonora, uma análise cuidada conduzir à conclusão de que não só a prestação efectuada pela Rádio Moçambique não ser provocada por todos ou, no mínimo, por grande parte dos seus sujeitos passivos, nem estes beneficiam de qualquer concreta e efectiva prestação, na medida em que, apenas se faz presumir que o consumidor de energia eléctrica ou proprietário de veiculo automóvel é também utilizador de receptor de radiodifusão.

Forçoso é concluir, pois, que a relação comutativa que deveria estar pressuposta na taxa de radiodifusão não se encontra a partir de alguns dos seus elementos objetivos pelo que o referido tributo não merece, manifestamente, a qualificação jurídica de taxa, sendo antes de mais um imposto.

50 Ac. do TC de 12/05/1998 (Cons. Messias Bento).

G. Das consequências jurídicas da qualificação da taxa de radiodifusão como imposto

A desconformidade dos actos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade.

A doutrina costuma distinguir entre vícios formais, vícios materiais e vícios procedimentais⁵¹ nos seguintes moldes:

- a. **Vícios formais** - incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final;
- b. **Vícios materiais** - respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas ou princípios da constituição; no caso de inconstitucionalidade material ou substancial, viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas.
- c. **Vícios de procedimento** - autonomizados pela doutrina mais recente (mas englobados nos vícios formais pela doutrina clássica), são os que dizem respeito ao procedimento de formação, juridicamente regulado, dos actos normativos.

Os vícios formais são, consequentemente, vícios do acto; os vícios materiais são vícios das disposições ou das normas constantes do acto; os vícios de procedimento são vícios relativos ao complexo de actos necessários para a produção final do acto normativo⁵².

Como já se avançou acima, a taxa de radiodifusão foi instituída por meio de um diploma ministerial⁵³, porém da análise da sua estrutura e regime jurídico facilmente se conclui que a referida taxa é na verdade um imposto.

Bem se sabe que a reserva da lei⁵⁴, quando tenha por objecto a criação de impostos abarca a criação e a definição dos elementos essenciais daquelas receitas.

51 CANOTILHO, J. J. Gomes, (1993), *Direito Constitucional*. 6.ª edição, Coimbra: Almedina, p. 1013.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 1013.

53 Diploma Ministerial n.º 195/98 de 14 de Outubro pontualmente revisto pelo Diploma Ministerial n.º 4/2006, de 17 de Janeiro.

54 Alínea o) do N.º 2 artigo 178 conjugado com o n.º 2 do artigo 127 todos da CRM.

Ao se instituir a taxa de radiodifusão por meio de um diploma ministerial se invadiu o domínio de competência da Assembleia da República sofrendo o diploma ministerial em questão de vício de incompetência (expresso, entre outras coisas, na sua inconstitucionalidade orgânica e formal), por violação da reserva absoluta da lei em matéria de criação de impostos.

Tratando-se de vício de inconstitucionalidade caberá ao Conselho Constitucional, na qualidade de órgão de soberania competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais⁵⁵, declarar o Diploma Ministerial 195/98 de 14 de Outubro inconstitucional.

Destaque-se porém que o processo de contencioso constitucional só se inicia sob o impulso das entidades⁵⁶ às quais é constitucionalmente ou legalmente⁵⁷ reconhecida legitimidade processual activa.

Desta feita, o Conselho Constitucional actua a pedido das pessoas e entidades com legitimidade processual activa e não mediante iniciativa dos juizes que o compõem⁵⁸. Assim sendo, cabe as entidades com legitimidade processual activa dar o devido impulso com vista a que o Conselho Constitucional aprecie e diga da sua justiça em relação a inconstitucionalidade do diploma ministerial que institui a taxa de radiodifusão.

55 N.º 1 do artigo 240 da CRM.

56 Vide o n.º 2 do artigo 244 da CRM.

57 Artigo 67 da Lei n.º 6/2006 de 2 de Agosto.

58 CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 1033.

CONCLUSÃO

Em torno do núcleo que é o Direito Tributário giram dois principais tributos a saber, o imposto e a taxa que, desde muito cedo a doutrina e a jurisprudência debatem sobre qual devia ser o critério distintivo deste dois tributos, tendo se firmado a ideia de que essa distinção se reconduz à ideia da unilateralidade dos impostos e da bilateralidade ou sinalagmaticidade das taxas.

A caracterização de um tributo como imposto ou taxa não dependerá do *nomem iuris* atribuído pelo legislador, mas sim da estrutura e regime jurídico do tributo em análise.

A afirmação que deu moto a este trabalho, de que <<há impostos que são taxas e taxas que são impostos>>, deve ser tida como verdadeira, na medida em que, atendendo aos elementos caracterizadores do imposto e da taxa, a taxa de radiodifusão deve ser considerada um verdadeiro imposto, não obstante receber a designação de taxa.

Apesar de a prestação objecto da taxa de radiodifusão poder ser individualizada, garantindo, ainda que potencialmente, a possibilidade de a mesma poder ser tida como correlativa de um serviço efectivamente prestado, verifica-se, porém, que ela é cobrada a consumidores de eletricidade e proprietários de viaturas na base de uma presunção de que estes sujeitos fazem uso do serviço objecto da taxa de radiodifusão.

Ora, a cobrança de taxa não se compagina com presunções em relação ao aproveitamento da contraprestação efectuada pelo ente público, deve haver sempre um aproveitamento real por parte do sujeito passivo, garantindo deste modo a relação de *do ut des* própria das taxas.

A considerar que a taxa de radiodifusão é, de facto, um imposto, escusado será dizer que devia ter se obedecido todo o iter processual de criação dos impostos e a respectiva forma de revelação das normas que a corporizam, isto para dizer que a taxa de radiodifusão devia ter sido criada pela Assembleia da República e estar vertida em diploma legal com natureza de lei, em obediência ao preceituado na Constituição.

Não tendo sido obedecido tal comando constitucional deve se concluir que o diploma ministerial que institui a taxa de radiodifusão padece de um vício de incompetência.

Porque a taxa de radiodifusão está inquinada do vício de inconstitucionalidade orgânica e formal, por se ter violado a reserva absoluta da Assembleia da República em matéria de criação de impostos no processo de sua criação, pois que o Regulamento que a cria está assente sobre um diploma ministerial.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J. J. Gomes, (1993), *Direito Constitucional*. 6a edição, Coimbra: Almedina;

MARTINEZ, Soares, (1993), *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.

WATY, Teodoro Andrade, (2013), *Direito Tributário*. 4ª edição, Maputo: W&W;

XAVIER, Alberto. (1974), *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I. Lisboa: Manuais da FDL.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República de Moçambique;

Lei nº 2/2006, de 22 de Março - Lei Geral Tributária;

Lei nº 15/2002, de 26 de Junho – Lei de Bases do Sistema Tributário;

Diploma ministerial no 82/87, de 8 de Julho – Institui a taxa de utilização de receptores de radiodifusão;

Diploma ministerial no 195/98, de 14 de Outubro – Aprova o Regulamento do Sistema de Taxas de Radiodifusão;

Diploma Ministerial no 4/2006, de 17 de Janeiro – Actualiza as taxas de receptores de radiodifusão estabelecidas no Regulamento do Sistema de Taxas de Radiodifusão.

JURISPRUDÊNCIA

Ac. Do TC de 15/11.1995 (Cons. Ribeiro Mendes), Processo no 286/94, URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950640.html>

Ac. do TC de 06/11/1996 (Cons. Messias Bento), Processo no 569/96, URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961140.html>

Ac. do TC de 12/05/1998 (Cons. Messias Bento), Processo no 32/97, URL: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1998&numero_actc=354

Ac. do TC de 03/10/2000 (Cons. Tavares Costa), Processo no 364/99, URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000410.html>

Ac. do TC de 28/05/2002 (Cons. Alberto Tavares Costa), Processo no 567/00, URL: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2002&numero_actc=115

PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

CAMPOS, Diogo Leite de. As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário. Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I, 2007

OUTRAS FONTES

SANTOS, Inês. (2016). Liquidação e cobrança de imposto: limitações e âmbito de atuação da Administração Tributária anteriores à intervenção do poder judicial

SÍTIOS DA INTERNET

<https://www.rm.co.mz/rm.co.mz/index.php/sobre/item/4549-18-de-marco-de-1933-inicio-da-radiodifusao-em-mocambique.html>

*Os Crimes contra a Liberdade
e a Autodeterminação Sexual:
Algumas Notas sobre a Proposta de
Harmonização dos Artigos 201, 202 e
203 do Código Penal*

Mestre Elysa VIEIRA

Assistente Universitária na FDUEM. Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Resumo

O presente texto tem como objecto de estudo a análise dos artigos 201, 202 e 203, todos do Código Penal de 2019, aprovado pela Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro de 2019 e tem como objectivo apresentar uma proposta de harmonização da sua interpretação em face da divergência doutrinária e da jurisprudência contemporânea da legislação antecedente. Apresenta-se aqui uma pesquisa básica exploratória que recorre a um método dedutivo e a uma técnica ou procedimento bibliográfico. O trabalho permite a conclusão de que o conteúdo dos artigos 202 e 203, ambos do Código Penal é mais abrangente do que os seus antecedentes históricos. O alargamento é dedutível do sentido literal da terminologia usada na legislação penal geral e especial e da modificação dos bens jurídicos protegidos.

Expressões e palavras-chave: *Actos sexuais, Autodeterminação sexual, Trato sexual, Violação.*

INTRODUÇÃO

Constituiu objecto deste trabalho identificar a “roupagem”¹ dos articulados 201, 202 e 203, todos do Código Penal (CP) aprovado pela Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro de 2019, o qual consagrou, no Capítulo VII do Título I do Livro II, os designados crimes contra a liberdade sexual. Porém, a entrada em vigor deste instrumento, associada às inovações introduzidas na “criminalidade que põe em causa a liberdade sexual”, ocorreu com o sacrifício da maior clareza que caracterizava os códigos pretéritos. Isto porque o legislador penal socorreu-se de terminologias de difícil materialização, como é o caso de “trato sexual” e de “acto sexual”, foi omissa na definição do conteúdo destes conceitos e recorreu a uma técnica invulgar de definição de crime: a da incriminação por “exclusão de partes”, como sucede no artigo 203 CP (Outros actos sexuais com menores).

Assim, o presente trabalho consiste, do ponto de vista metodológico, num exercício de interpretação, considerando os elementos histórico e sistemático e a “lógica” (na medida permitida em direito penal), seguindo a orientação proporcionada pelo princípio da legalidade², pelas regras de interpretação da lei penal³ e, pelo princípio interpretativo de que “*Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”⁴.

Na proposta de harmonização, tem-se em conta o(s) posicionamento(s) de juristas nacionais que, num esforço de clarificação do “imbróglio”, se pronunciaram a respeito. Acima de tudo, procura-se descortinar as implicações dessas variações de interpretação na aplicação efectiva da lei.

1 Terminologia de LOPES, José Mouraz. (2008). *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 17-18.

2 N.º 1 do artigo 60 da Constituição da República de Moçambique (CRM) e n.º1 do artigo 1 do Código Penal (CP).

3 Artigo 7 do CP.

4 N.º 3 do artigo 9º do Código Civil.

I. O (AINDA) “DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO”

Sem descurar os desafios colocados ao direito penal pela sociedade do risco e, mais ainda, as implicações do avanço da tecnologia na arena jurídica, concorda-se com JOSÉ DE FARIA COSTA no sentido de “*que o bem jurídico permanece como a pedra angular de todo o direito penal, devendo ser entendido como manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário ou ainda como interesse ou valor cristalizado na manutenção de uma realidade como unitariamente relevante*”⁵.

É nesta base que, os princípios que legitimam a intervenção penal, enquanto direito de *ultima ratio*, ordenam, entre outras coisas, que a criminalização de uma conduta se faça apenas e exclusivamente quando se vise proteger um valor essencial ao indivíduo e à colectividade. Logo, não pode ser objecto de norma incriminadora conduta que não lese efectivamente (ou ameace de lesão) um bem jurídico constitucionalmente consagrado. É este pressuposto (dignidade penal) que justifica a opção legislativa de “descartar” a protecção da honestidade da mulher, em geral e a da mulher virgem, em particular, remetendo-os para arquivo histórico do Código Penal de 1886. O Código Penal de 2014, que lhe sucedeu, procurou já refletir a evolução nos valores sociais associando-se à protecção da liberdade sexual, opção mantida pelo legislador penal de 2019. Não obstante, constata-se ainda alguns desacertos do passo do legislador pátrio ao persistir no uso do termo pudor, nos crimes de atentado ao pudor (art. 204 CP) e de ultraje público ao pudor (art. 217 CP) porquanto, estas tipologias continuam a ser suportadas por conceitos cuja concretização pressupõe o recurso a valorações morais⁶.

Numa sociedade pluralista e tolerante coexistem diversos comportamentos, atitudes e valorações face à sexualidade⁷. Logo, não cabe ao Estado tutelar a forma como as pessoas devem se comportar sexualmente perante a sociedade. E, em matéria de criminalidade sexual, o fundamento

5 COSTA, José de Faria, (2010), *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Editor Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2ª edição, reimpressão, p. 179.

6 O Direito Penal tem em vista a protecção do bem jurídico e não a tutela dos “sentimentos colectivos da moral sexual dominante”. “Entende-se (...), modernamente, que não há lugar a incriminação pelo simples facto de certas condutas serem consideradas moralmente repreensíveis. Não entra na missão do direito penal a prevenção da ilegitimidade sem carácter socialmente danoso. Os factos que não causam dano, mesmo que possam ser sentidos como imorais, não devem ser sancionados. As puras imoralidades ficam fora do objeto das ameaças penais”. Cfr. GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela Rio. (2014). Código Penal, Parte geral e especial. Coimbra: Edições Almedina, pp. 676-677.

7 *Ibidem*, p. 679.

da incriminação de comportamentos de índole sexual é a liberdade sexual do indivíduo, ou seja, “o direito à sexualidade” e o “direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento”⁸.

A. A protecção do “direito à sexualidade” ou liberdade sexual

Num Estado democrático, liberal e secular, o bem jurídico digno de protecção é a liberdade sexual (positiva ou negativa) da pessoa, entendendo-se como tal a liberdade de expressão sexual. Ou, nas palavras de BANGULA QUEMBA, “o reconhecimento do direito de uma pessoa dispor livremente das suas necessidades sexuais, o que se traduz na faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo as suas aspirações sexuais, governado somente pela sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si (quando, como, porque), bem como na escolha de parceiros”⁹. Em sentido similar MIGUEZ GARCIA e CASTELA BRANCO esclarecem que “liberdade tem a ver com a possibilidade de decidir livremente quanto ao lugar, ao tempo, à forma e à escolha do parceiro das práticas sexuais.”¹⁰

Tutelar a liberdade sexual do indivíduo pressupõe que, nesta matéria, o único indicador válido é a vontade dos sujeitos envolvidos¹¹. Ao Direito apenas interessa proteger a vontade do indivíduo na esfera sexual e, nessa base, assegurar que essa vontade seja expressa sem erro, sem coação ou violência, sem aproveitamento da vulnerabilidade ou da incapacidade da pessoa para dar consentimento¹².

O que fica dito não se aplica quando a vítima seja menor, sendo, por isso, digno de registo a omissão de referência expressa a um bem jurídico igualmente protegido no Código Penal: a liberdade de autodeterminação sexual.

8 LOPES, José Mouraz, (2008), *op. cit.*, p. 16.

9 QUEMBA, Bangula, (2022), *Os crimes sexuais no Código Penal Angolano*. Lisboa: Universidade Católica Editora, Coleção Direito Angolano/Comentários de Leis, pp 21-22.

10 GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela Rio. (2014). *op. cit.*, p. 678.

11 Existem práticas sexuais a que determinada doutrina chama condutas da zona do ‘sexual underground’ (exemplo, jogos de urina, jogos escatológicos ou com fezes), só têm relevância, em termos criminais, no âmbito da criminalidade sexual, desde que praticadas contra a vontade de qualquer dos sujeitos envolvidos”. Vide LOPES, José Mouraz. (2008). *Ob. cit.*, p. 30. No mesmo sentido, GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela Rio. (2014). *op. cit.*, p. 695.

12 LOPES, José Mouraz. (2008). *op. cit.*, p. 15.

B. A liberdade de autodeterminação sexual

Nem sempre estará em causa a liberdade para consentir porque, abaixo de certa idade (menores de 16 anos, e excepcionalmente, menores de 18 anos), a pessoa não é livre de decidir em termos de relacionamento sexual. Presumivelmente, as crianças¹³ ainda não têm “discernimento necessário para, no que concerne ao sexo, se exprimirem com liberdade e autenticidade”. Em relação a elas, a liberdade se presume inexistente ou viciada. Consequentemente, a eventual concordância por estes manifestada não vale como consentimento.

Nestes casos protege-se, não a liberdade sexual, mas a liberdade de autodeterminação sexual e, por inerência, o “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual” (e psicológica). A finalidade é garantir o “desenvolvimento físico e psíquico harmonioso” da criança e a possibilidade de esta poder determinar a sua vivência sexual sem o condicionamento que uma relação precoce com um adulto pode implicar.

Na essência, está em causa o respeito pela “dignidade humana da criança”^{14 15}, dado que a pessoa, enquanto ser ético-espiritual, aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

C. Panorama legal dos crimes sexuais

Existe uma vasta cobertura legal dos bens jurídicos liberdade sexual e liberdade de autodeterminação sexual das crianças. Além da Constituição da República, existem os instrumentos internacionais ratificados¹⁶ e a legislação ordinária. No que respeita à legislação ordinária temos o Código Penal de 2019, aprovado pela Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro, a Lei da Violência Doméstica praticada contra a Mulher, aprovada pela Lei nº 29/2009, de 29 de

13 Criança é toda a pessoa menor de dezoito anos de idade (n.ºs 1 e 2 do artigo 3 da Lei n.º 7/2008, de Julho, Lei de Promoção e Protecção dos Direitos da Criança).

14 QUEMBA, Bangula. (2022). *op. cit.*, p. 97.

15 Criticando o conceito de “dignidade sexual”, um conceito variável e flutuante que se relaciona diretamente com a moralidade, por contraposição à dignidade da pessoa se liga ao respeito devido ao ser humano, cfr. GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os crimes Sexuais e a pessoa vulnerável, disponível em https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_01/revista_digital_ed_01_2.pdf consultado em 7 de Dezembro de 2023, às 21:44h, p. 27.

16 Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo aos Direitos da Mulher em África; Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção e Punição do Tráfico de Pessoas em especial Mulheres e Crianças.

Setembro, a Lei de Prevenção e Combate às Uniões Prematuras, aprovada pela Lei nº 19/2019, de 22 de Outubro e, inclusive, o Regulamento de Combate à Corrupção e Assédio Sexual, aprovado pelo Diploma Ministerial nº 36/2019, de 17 de Abril.

Este trabalho visa a análise dos artigos 201, 202 e 203, todos do CP partindo da centralidade do conceito de “actos sexuais” na criminalidade de natureza sexual.

II. DESAFIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 201, 202 E 203 DO CÓDIGO PENAL

A. Alcance do termo “actos sexuais”

Este é um conceito indeterminado propício a ambiguidades e que carece de concretização.

O artigo 181º do Código Penal de Angola define “acto sexual” como “o acto praticado para satisfação do instinto sexual”. A definição revela-se excessivamente ampla porque indicia que todo o acto sexual é relevante para efeitos criminais.

O Código Penal Português faz referência a “acto sexual de relevo” sem, no entanto, o definir. Mas, afasta-se logo a ideia de que o acto sexual seja “qualquer acto de natureza, conteúdo ou significado sexual”. Ele “Deve ser um acto que, pela sua natureza, conteúdo e gravidade, ofenda, de forma objectiva, a liberdade de autodeterminação sexual de uma pessoa”¹⁷.

Figueiredo Dias acentua

*“que ao exigir que acto sexual seja de relevo, a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os atos ‘insignificantes’ ou ‘bagatelares’, mas que investigue do seu relevo **na perspectiva do bem jurídico protegido (função positiva)**, isto é, determine de um ponto de vista objectivo – se o acto representa um entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima. Assim, ficam excluídos do tipo de actos que, embora ‘pesados’ ou em si ‘significantes por impróprios, desonestos, de mau gosto ou depuradoras, todavia, pela sua pequena quantidade, ou ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem, de forma importante, a livre determinação sexual da vítima”¹⁸.*

De facto, é de se subscrever o entendimento de que o acto sexual que tem interesse para o direito penal é o acto sexual de relevo e a sua relevância deverá ser determinada em função da sua adequação para lesar ou ameaçar de lesão o bem jurídico protegido, seja a liberdade sexual seja a autodeterminação sexual.

17 QUEMBA, Bangula. (2022). *op. cit.*, p. 15.

18 DIAS, Figueiredo. (1999). Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, anotação 12 ao artigo 163º, p. 442, *apud* QUEMBA, Bangula. (2022). *op. cit.*, p. 15.

B. Conteúdo de “actos sexuais” nas diversas tipologias de crime

A referência, no artigo 203 CP, a “Outros actos sexuais”, facilita a conclusão de que os artigos antecedentes traduzem igualmente actos sexuais. Nem a lei, nem a doutrina nem a jurisprudência definem o conteúdo de acto sexual ou lhe estabelecem parâmetros de “gravidade” (acto sexual grave) ou de “relevância” (acto sexual de relevo).

Parece que, no contexto moçambicano, deve entender-se como actos sexuais: a) a cópula, o coito anal, o coito oral, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos (“actos sexuais de relevo qualificados”) e outros “actos libidinosos” diversos dos descritos, nomeadamente, da conjunção carnal¹⁹.

Diversamente, ANA PRATA *et al.*²⁰ esclarecem o conteúdo de acto sexual (de relevo) atendendo ao elemento sistemático da interpretação. Concluindo que se trata de uma noção com conteúdo residual, definem-no como “todo e qualquer acto que se traduza na expressão efectiva da dimensão sexual do indivíduo que não possa ser reconduzido a cópula, coito oral ou coito anal” ou introdução vaginal ou anal de parte do corpo ou objecto.

i. Violação como crime contra a liberdade sexual (artigo 201 CP)

“Quem tiver cópula, coito anal ou oral, introdução vaginal ou anal com partes do corpo ou objectos com qualquer pessoa, de um ou de outro sexo, contra a sua vontade, por meio de violência física ou de veemente intimidação ou achando-se a vítima privada do uso da razão ou dos sentidos, comete o crime de violação e é punido com a pena de prisão de 2 a 8 anos.”

A vítima pode ser homem ou mulher. A cópula pressupõe a penetração do pénis na vagina (*introductio pénis intra vas*), o coito é anal ou oral consoante

19 O “acto sexual de relevo” inclui, também, cópula, cópula vulvar ou vestibular, penetração peniana anal (coito anal) ou bucal (coito oral), a penetração vaginal ou anal com objectos e partes do corpo, beijo lingual, excitação do clítores, passar as mãos nas coxas, seios e órgãos sexuais e, ainda, manipulação (v.g., masturbação), com ou sem ejaculação, em caso de masturbação do pénis. Cfr. LOPES, José Mouraz. (2008). *Ob. cit.*, p. 29. No mesmo sentido GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela Rio. (2014) *Ob. cit.*, pp. 680-681.

20 PRATA, Ana *et al.*, (2012), *Dicionário Jurídico*, (2012) v. II. Direito Penal, Direito Processual Penal. 2ª ed., 3ª reimpressão da edição de Março de 2009. Coimbra: Almedina, p. 26.

haja penetração do pénis no ânus ou na boca. A penetração de partes do corpo ou de objectos não assume designação específica. Por partes do corpo entende-se braços, pernas, pés, mãos, punhos, dedos, língua e nariz²¹. Por sua vez, no conceito de objectos *“estão incluídas as práticas sexuais envolvendo introdução de animais ou partes de animais, bem como a introdução de produtos vegetais [...] as partes de um cadáver (membros ou outras), que já não consubstanciam partes do corpo, bem como as próteses.”*²²

A conduta consiste em agir ‘contra a vontade da vítima’, por meio de violência física ou de veemente intimidação ou ‘sem a vontade’ desta. Os meios de execução são o pénis, as partes do corpo ou objectos. Na primeira forma de actuação (agir contra a vontade da vítima), a contrariedade é apreendida pela necessidade de o agente recorrer a uma violência física ou veemente intimidação, situações que correspondem à *vis absoluta* e *vis relativa*, respectivamente. Na segunda forma (agir na ausência da vontade da vítima), a vítima pode encontrar-se “privada do uso da razão ou dos sentidos”. Não se pode aferir a sua vontade porque a vítima não está em condição de a manifestar, ainda que condicionada ou viciada.

No plano subjectivo exige-se apenas o dolo genérico e não uma finalidade específica (por ex., satisfação da própria lascívia) porquanto o crime pode ter lugar quando o agente pretenda humilhar ou castigar a vítima. É um crime material porque a consumação exige a produção de um resultado naturalístico. Ele consuma-se com a prática, total ou parcial, do acto sexual, pelo que a tentativa é admissível. Assim como é admissível a forma omissiva (art. 10 CP).

- ii. Crime de “trato sexual com menor de doze anos” como crime contra a liberdade de autodeterminação sexual (artigo 202 CP)

“Quem tiver trato sexual com menor de doze anos é punido com a pena de prisão de 16 a 20 anos.”

Uma vez que a lei não define o termo trato sexual, a questão consiste em saber se, o seu conteúdo coincide com o crime de violação (a) ou se é mais abrangente (b). Estas duas posições são defensáveis na doutrina moçambicana.

21 Cfr. LOPES, José Mouraz. (2008). *op. cit.*, p. 48.

22 *Ibidem*. p. 47. GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela Rio. (2014) *op. cit.*, p. 695, indicam que, a introdução, à força de um saco de cocaína na vagina ou no ânus da vítima com vista a efectuar um transporte de droga consubstancia crime de violação.

a) Tese da correspondência com o crime de violação de menor de doze anos

Os defensores do entendimento de que o termo “trato sexual” é equivalente a “violação (sexual)” socorrem-se do elemento histórico e do elemento sistemático (argumento de exclusão de partes).

VITALINA PAPADAKIS refere, de forma categórica que o actual art. 202 CP substitui os crimes de violação de menor de doze anos previstos quer no art. 394 do CP de 1886 quer no art. 219 do CP de 2014. Segundo esta Autora, “Com esta revisão, o crime de violação de menor de 12 anos, punido com a pena de 20 a 24 anos de prisão, foi substituído pela designação de trato sexual com menor de doze anos, **com os mesmos elementos constitutivos**, mas punido com a pena de 16 a 20 anos de prisão.²³” (destacado nosso).

Em sentido idêntico, ELÍCIO DE SOUSA indica como antecedentes os artigos 394 do CP de 1886 e 219 do CP de 2014 e alega que “*É crime de violação de menores todo acto de coito com pessoa que ainda não tenha atingido os 12 anos de idade com ou sem consentimento. Não tendo havido coito completo não pode caracterizar este crime, todavia o mesmo acto pode caracterizar o crime de Actos Sexuais com Menores nos termos do art.º 220*”²⁴.

A análise das posições transcritas pressupõe recordar o conteúdo dos artigos indicados como antecedentes. Assim,

Nos termos do artigo 393 do CP de 1886 (Violação)

“Aquele que tiver cópula com mulher virgem, contra sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se esta privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e será punido com

23 PAPADAKIS, Vitalina. Violência Sexual: uma Protecção Negligenciada, in Wòkolola, Boletim Informativo do CFJJ, vol. 3, n.º2, 2020, pp 29-34, disponível em [newsletter-wokolola-nr2-volume3-versao-28-de-agosto.pdf](https://www.cfjj.gov.mz/newsletter-wokolola-nr2-volume3-versao-28-de-agosto.pdf) (cfjj.gov.mz), consultado em 3 de Dezembro de 2023, às 20:00h.

24 SOUSA, Elísio Francisco Xavier de. (s.a.) Novo Código Penal Moçambicano. Maputo: Escolar Editora, p. 206. O autor descarta o entendimento já consolidado doutrinária e jurisprudencialmente no sentido de que, o tipo não exige cópula vaginal completa, sendo bastante a cópula vulvar, visto que, na sua maioria, os menores impúberes, não são passíveis de cópula completa. Neste sentido, GONÇALVES, Maia. (2007). Código Penal Português. Coimbra: Almedina. p. 629 e LOPES, José Mouraz. (2008). *Ob. cit.*, p. 29: “Também a chamada cópula vulvar ou vestibular – verifica-se quando o acto sexual, consubstanciado no contacto externo dos órgãos sexuais masculinos e femininos atinge a consumação pela *emissio seminis*, sem que se tenha verificado penetração do pénis na vagina – se integra no conceito de ‘acto sexual de relevo’”.

a pena de prisão maior de dois a oito anos”.

Nos termos do artigo 394 do CP de 1886 (Violação de menor de doze anos)

“Aquele que violar menor de doze anos, posto que se não prove nenhuma das circunstâncias declaradas no artigo antecedente, será condenado a prisão maior de oito a doze anos”.

Nos termos do artigo 218 do CP de 2014 (Violação)

“Aquele que tiver coito com qualquer pessoa, contra sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a vítima privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e será punido com a pena de prisão maior de dois a oito anos”.

Nos termos do artigo 219 do CP de 2014 (Violação de menor de doze anos)

“Aquele que violar menor de doze anos, posto que se não prove nenhuma das circunstâncias declaradas no artigo antecedente, será punido com a pena de vinte a vinte e quatro anos de prisão maior, agravado nos termos do artigo 118.”

E nos termos do artigo 220 do CP de 2014 (Actos sexuais com menores)

“Quem praticar qualquer acto de natureza sexual, com menor de dezasseis anos, com ou sem consentimento, que não implique cópula, é punido com pena de prisão de dois a oito anos.”

Antes de mais, parece ser questionável a afirmação de que o crime de trato sexual com menor de doze anos “substituiu” os crimes antecedentes de violação de menor de doze anos tendo “os mesmos elementos constitutivos”.

Primeiro porque o crime p. e p. pelo artigo 393 do CP de 1886 restringia-se à cópula com mulher e o crime p. e p. pelo artigo 219 do CP de 2014 restringia-se ao coito com qualquer pessoa. E, posto que o actual artigo 201 do CP integra, no crime de violação, a cópula, o coito (anal ou oral) ou a introdução de partes do corpo ou objectos (na vagina ou ânus), nunca se poderia alegar a identidade de conteúdo, mas antes, e necessariamente, um conteúdo mais abrangente do que os dispositivos antecedentes.

Segundo porque, o legislador deixou de recorrer, tal como fazia nos dispositivos que têm vindo a ser referidos, de forma expressa e inequívoca, ao termo “violação”, seja na epígrafe, seja no próprio conteúdo, de modo a demonstrar a correspondência com o crime de violação. Se as palavras têm

sentido, que palavra exprime melhor o significado do crime retratado: “violação” ou “trato sexual”? Sendo “violação” o melhor termo para descrever a conduta de violar, se o legislador pretendesse incriminar apenas a violação, teria mantido a designação no art. 202 CP, tal como manteve no art. 201 CP. Ou então a “trato sexual com menor de doze anos” (artigo 202 CP) teria de corresponder um crime de “trato sexual” no art. 201 CP.

Terceiro porque, o elemento literal (“aquele que tiver trato sexual com menor de doze anos será punido com a pena de 16 a 20 anos”), dissociado do termo “violação” assim como da ressalva “posto que se não prove nenhuma das circunstâncias declaradas no artigo antecedente”^{25 26}, deixou de ser suficiente para permitir a remissão imediata para o dispositivo antecedente. Ao passo que, nos códigos anteriores, a redação dos crimes de violação de menor de doze anos remetia, obrigatória e expressamente, para o artigo que previa e punia o crime de violação.

Na verdade, a coincidência entre o artigo 202 CP e os seus alegados antecedentes, parece ser restrita à delimitação da idade da vítima (12 anos). Isto porque, até na punição se regista uma alteração significativa dado que, da pena de 20 a 24 anos, extraordinariamente agravada para 33 a 40 anos, passou-se para uma pena de 16 a 20 anos.

Por outro lado, o argumento sistemático ou de exclusão de partes pretende que o art. 203 CP indicia que o conteúdo dos artigos antecedentes (arts 201 e 202 CP) constitui igualmente actos sexuais, mas de natureza distinta. Ou seja, enquanto aqueles pressupõem acto de cópula, de coito (anal ou oral) ou de introdução de partes do corpo ou objectos na vagina ou ânus, o art. 203 CP teria um conteúdo residual. Este raciocínio parece ser igualmente contestável porque a validade do argumento dependeria de o artigo 203 CP prever, efectivamente (e não apenas formalmente), actos sexuais distintos dos prevenidos no art. 202 CP e artigo 201 do CP, o que não parece ser o caso.

Desde logo porque do art. 203 CP de 2019 não pode retirar-se um carácter residual porquanto, contrariamente ao art. 220 CP de 2014 (actos sexuais com menores) que, por excluir, expressamente, do seu conteúdo, qualquer acto que implicasse a cópula/coito (posto que o art. 218 CP já punia o coito com

25 Que seja contra a vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a vítima privada do uso da razão ou dos sentidos.

26 Acórdão do Tribunal Supremo, de 17 de Abril de 1995, Proc. n.º 107/89-2ª, p. 611: a cópula com mulher de idade inferior a doze anos é sempre punível, por força do disposto no art. 394.º do C.Penal, ainda que a mesma não seja virgem nem se encontre privada do uso da razão ou dos sentidos, ou que o agente não tenha usado de violência física ou moral, ou de qualquer fraude.

qualquer pessoa) permitia a conclusão de que este dispositivo abrangia apenas actos sexuais distintos de cópula/coito. Ou seja, o art. 203 CP pune a “prática de acto sexual” com menor de 16 anos sem proceder à exclusão expressa de qualquer acto sexual específico, donde a conclusão de que, sem embargo da epígrafe, a norma não tem carácter residual.

Finalmente porque a própria gravidade da pena, variável consoante haja ou não violência, afasta o argumento de que no artigo 203 CP estejam incluídos actos libidinosos distintos dos que constam dos artigos 201 e 202, todos do CP, como se poderá demonstrar mais adiante, lugar para o qual se remete o leitor interessado.

b) Tese do alargamento do âmbito de crime sexual contra menor de doze anos

Em termos comparativos, o conteúdo do artigo 202 CP é mais vasto do que o do artigo 219 do CP de 2014. Este argumento é baseado no significado da expressão trato sexual e na natureza do bem jurídico protegido.

É inegável que a jurisprudência contemporânea do Código Penal de 1886, fazia uso do termo trato sexual como equivalendo a relações de trato sexual de cópula completa²⁷, ou relações de trato carnal²⁸. Trato sexual correspondia a violação (cópula ou o coito completo ou não). No entanto, tratando-se de jurisprudência produzida numa altura em que o bem jurídico a tutelar era a honestidade, valorizando a condição de mulher virgem, não é de surpreender que trato sexual fosse associado a cópula, ainda que incompleta.

Ocorre que, como ficou demonstrado, o que interessa proteger agora é o “desenvolvimento físico e psíquico harmonioso” do menor, o que não pode ser conseguido se o menor for submetido a actividades de natureza sexual que lhe incutam traumas ou certas dependências. Se a “honestidade” da vítima se protege abstendo-se de contactos de natureza carnal, já o desenvolvimento físico e psíquico harmonioso se protege abstendo-se de quaisquer actividades sexuais precoces.

Nesse pressuposto, o sentido dado pela jurisprudência ao termo “trato

27 Acórdão do Tribunal Supremo, de 22 de Setembro de 1993, Proc. n.º 101/89-1ª, p. 61; Acórdão do Tribunal Supremo, de 29 de Novembro de 2001, Proc. n.º 1/89 - 2ª, p. 104; Acórdão do Tribunal Supremo, de 3 de Julho de 2002, Proc. n.º 201/89-2ª, p. 105 e 107; Acórdão do Tribunal Supremo, de 12 de Novembro de 1992, Proc. n.º 21/89-1ª, p. 189; Acórdão do Tribunal Supremo, de 29 de Fevereiro de 2000, Proc. n.º 175/99, p. 436.

28 Acórdão do Tribunal Supremo, de 20 de Junho de 2002, Proc. n.º 257/2000-C, p. 65; Acórdão do Tribunal Supremo, de 29 de Novembro de 2001, Proc. n.º 1/89 - 2ª, p. 104.

sexual” deve ser considerado temporalmente situado e não deve ser transposto, com o mesmo alcance, para o actual contexto legislativo.

A solução passa pela consideração do elemento literal. Assim, sem embargo de ser um termo polissémico, há que encontrar, de entre os seus possíveis conteúdos, aquele que melhor se adequa ao contexto. No dicionário, o termo pode ser substituído por “prática”²⁹, “relação” ou “modo de proceder com outrem”³⁰. Assim, o termo trato pode ser substituído por qualquer destes termos. E se os dois primeiros podem pressupor conjugação carnal ou similar, o último não o pressupõe, necessariamente.

A protecção absoluta deste menor implica que qualquer acto sexual relevante com ele realizado seja considerado crime de trato sexual consumado. O legislador entendeu por bem dar uma protecção autonomizada em função do estágio de crescimento³¹ e não em função da conduta. O legislador protege aqui a *infância*. E a protecção reforçada da infância não pode ser restrita ao crime de violação, abrangendo igualmente condutas que constituam actos sexuais de natureza diversa. O cerne da questão não é tanto a natureza ou gravidade do acto mas o impacto deste no livre desenvolvimento da personalidade do infante na esfera sexual. Ou seja, quer se trate de violação quer se trate de acto sexual de outra natureza, a razão que justifica a protecção de menor de 12 anos é a mesma.

Sendo o termo “trato sexual” amplo e genérico, qualquer acto sexual relevante, com menor de 12 anos, consistindo ou não em cópula, coito anal ou oral, introdução vaginal ou anal com partes do corpo ou objectos, com ou sem violência, deve caber na definição do artigo 202 do CP. Caberá ao aplicador estabelecer a diferença da gravidade do acto no contexto da dosimetria da pena.

29 Dicionário Integral da Língua Portuguesa, Universal, Texto Editora.

30 Dicionário Houaiss da língua portuguesa, Rio de Janeiro, 2009.

31 Existem diferentes fases do desenvolvimento humano, as quais comportam diversos estágios de crescimento classificados por faixas etárias que demonstram a evolução do indivíduo e as aptidões que adquire e consolida. As faixas etárias compreendem (i) infância, (ii) adolescência e (iii) a idade adulta e, no processo de transição de uma faixa etária para outra ocorre o desaparecimento paulatino de características da fase anterior e a assunção progressiva de características da fase subsequente. A infância (0 a 11 anos) corresponde ao período que vai desde o nascimento até aproximadamente o décimo-segundo ano de vida de uma pessoa. Ela compreende a primeira (do nascimento aos 3 anos), a segunda (dos 3 aos 6 anos), e a terceira (dos 6 aos 11 anos) infância. A adolescência (aprox. 12 a 18 anos) corresponde ao período da vida humana entre a infância e a fase adulta e, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), começa aos 10 anos e termina aos 19 anos completos: i) Pré-adolescência (dos 10 aos 14 anos); ii) Adolescência (dos 15 aos 19 anos completos); e iii) Juventude (dos 20 aos 24 anos).

C. Outros actos sexuais com menores (artigo 203 CP)

i. O alcance da lei geral (artigo 203 CP)

“1. Quem, mediante violência ou ameaça grave, praticar acto sexual com menor de dezasseis anos ou levar a que ele seja por este praticado com outrem é condenado a pena de prisão de 8 a 12 anos de prisão. 2. Não se provando a violência, a pena é de prisão de 2 a 8 anos e multa até 1 ano.”

O recurso à expressão “outros actos sexuais com menores” pareceria implicar que se trata de um conceito residual que abarca “as inúmeras condutas susceptíveis de violar a autodeterminação sexual da criança” (nomeadamente, “contactos e interacções, que visam a estimulação e satisfação sexual do agente, mesmo [que] praticado sem violência, coacção ou impossibilidade de resistir”).

Porém, uma interpretação sistemática e lógica não permite concluir que o art. 203 CP desempenha esse papel residual para a criminalidade contra menores de 12 anos.

Por um lado, o artigo 203 CP tem conteúdo distinto do art. 220 CP de 2014 o qual dispunha, expressamente, que os actos sexuais que integram o seu conteúdo “não implicam cópula”. A omissão desta ressalva no actual artigo 203 CP, associado à indeterminação do termo trato sexual indica que o que distingue os artigos 202 e 203 CP é o grupo etário e não o conteúdo da norma.

Por outro lado, o art. 203 CP não observa o princípio da presunção absoluta de violência e de vulnerabilidade aplicável à faixa etária abaixo de 12 anos, na medida em que exige a prova da violência para determinação da pena. Ora, o menor de 12 anos é pessoa sem capacidade de consentir e, portanto, de se autodeterminar. Por essa razão se presume que sobre ele se exerce uma violência, *ficta* e não real. A presunção absoluta de violência e de vulnerabilidade torna irrelevante a concordância, a experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente.

A presunção de violência contra menor de 12 anos não pode existir para os actos sexuais de relevo qualificados (violação) e não existir para actos sexuais de relevo distintos. Pelo que o artigo 203 CP é inadequado para a tutela da infância e deve considerar-se inaplicável para os menores de 12 anos.

Enquanto no art. 202 CP a violência não tem de ser provada (crime de perigo abstracto), no art. 203 CP, a violência faz parte do tipo e a sua prova ou ausência de prova é determinante para a punição (crime de perigo concreto).

ii. O alcance da lei especial (Lei das uniões prematuras)

A Lei das uniões prematuras³² (LUP) vem estabelecer um fundamento adicional à tese que foi sendo apresentada ao longo deste trabalho: a de que quer o “crime de trato sexual com menor de doze anos” (art. 202 CP) quer o crime de “outros actos sexuais com menores” (art. 203 CP) abrangem os actos descritos no “crime de violação” (art. 201 CP).

A Lei das uniões prematuras prevê duas tipologias de crime que interessam para a questão em discussão. São elas, o crime de violação de criança (art. 39 LUP) e o crime de actos sexuais com criança (art. 40 LUP).

O art. 39 da LUP (violação da criança) prescreve que:

“1. O crime de violação, quando praticado contra criança na constância da União, será punido com pena de prisão de 12 a 16 anos, se pena mais grave não couber nos termos da lei geral. 2. Se do acto resultar transmissão da doença ou infecção sexualmente transmissível, será aplicada a pena imediatamente superior nos termos gerais da lei penal, desde que o autor seja adulto e conhecesse o seu estado infeccioso.”

O art. 40 da LUP (actos sexuais com criança) estabelece:

“1. Se em virtude da união houver contacto sexual entre o adulto e a criança, posto que se não prove a violência, o adulto será punido de dois a oito anos, salvo se pena mais grave não couber nos termos da lei geral. 2. Se do acto resultar gravidez ou contágio com doença ou infecção sexualmente transmissível, será aplicada a pena imediatamente superior nos termos gerais da lei penal!”

O art. 40 LUP, que incrimina “actos sexuais com menores”, admite a possibilidade de conjugação carnal na medida em que se refere à gravidez ou à transmissão de doença sexualmente transmissíveis como agravantes do crime.

A análise dos artigos 39 e 40, ambos da LUP, permite a conclusão de que não existe diversidade de conduta típica, o que existe é diversidade do modo de execução. Assim, havendo violência (sentido lato) contra criança o crime é de violação e, não havendo violência, o crime é de actos sexuais com criança. Não existe a criminalização de actos sexuais com violência como acontece no artigo 203 CP.

A relação de hierarquia que se estabelece entre os dispositivos da Lei das

32 Neste diploma, a protecção é alargada dos 16 aos 18 anos, ou seja, protege-se a criança.

uniões prematuras e os do Código Penal determina as seguintes prevalências:

- a. O artigo 202 CP prevalece sobre o artigo 39 LUP se, no contexto da união prematura, ocorrer violação de criança menor de doze anos (subsidiariedade expressa);
- b. O artigo 39 LUP prevalece sobre o n.º 1 do artigo 203 e artigo 201 CP se, no contexto da união prematura, ocorrer violação de criança maior de 12 anos e menor de 16 anos e maior de 16 anos e menor de 18 anos, respectivamente (especialidade);
- c. O artigo 202 CP prevalece sobre o artigo 40 LUP se, no contexto da união prematura, ocorrer prática de acto sexual com criança menor de doze anos (subsidiariedade expressa?);
- d. O artigo 40 LUP prevalece sobre o n.º 2 artigo 203 CP se, no contexto da união prematura, ocorrer prática de acto sexual com criança maior de 12 anos e menor de 16 anos e maior de 16 anos e menor de 18 anos, respectivamente (especialidade).

D. Implicações práticas das posições defendidas

Se o agente, recorrendo a intimidação ou violência, manipula o pénis ou os seios da vítima sem que se siga o acto sexual que consiste em alguma das formas de penetração descritas no artigo 201 CP, e sem que haja essa intenção, tal conduta será subsumida em diferentes dispositivos consoante o grupo etário da vítima.

Se a vítima for maior de 16 anos, o agente comete, eventualmente, um crime de atentado ao pudor, na forma de “constrangimento a contacto de natureza sexual (não consumado)”, ou um crime de ofensa corporal ou de injúria, dependendo da situação concreta. Se se segue alguma das formas de penetração descritas no artigo 201 CP, o agente comete um crime de violação e a manipulação prévia dos genitais perde autonomia e deixa de ser punido por ser uma “conduta que normalmente acompanha outra”³³.

Se a vítima tiver menos de 12 anos, teremos, em ambas as situações, um crime de trato sexual com menor. Ou seja, o tipo preencher-se-á independentemente de seguir-se ou não um acto sexual que consiste em

33 Isto é assim porque a relação de consunção pressupõe a identificação de um delito acompanhante (crime-meio) e de um delito principal (crime-fim). Ou seja, pressupõe que o interesse da punição do crime-fim abranja o interesse da punição do crime-meio. Os actos sexuais distintos dos actos sexuais qualificados (cópula, coito, etc) entrem na descrição típica do crime de violação, como meios para a concretização do crime de violação.

alguma das formas de penetração descritas no artigo 201 CP. É que, conforme vem sendo defendido, o crime de trato sexual com menor de doze anos é mais do que um crime de violação. Nele, os actos sexuais distintos dos actos sexuais qualificados (penetração) estão previstos como condutas autónomas e não como meios para a concretização do crime de violação. Daqui resulta que, além de ser uma norma mais abrangente, a tutela penal no art. 202 CP traduz ainda uma tutela antecipada do bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual (é um crime de perigo abstracto³⁴) do infante.

Se a vítima tiver menos de 16 anos, teremos, em ambos os casos, um crime de “outros actos sexuais com menores” p. e p. pelo art. 203, n.º1 CP porque, como ficou esclarecido anteriormente, este dispositivo não exclui o coito e a cópula do seu conteúdo. A isto acresce que o legislador agravou a pena em relação ao art. 220 CP de 2014, alteração que pode indiciar a pretensão de incluir a sanção do acto de violação.

Em contrapartida, seguindo a linha de raciocínio que contestamos (os artigos 201 e 202 do CP prevêm a conduta de violação e o artigo 203 CP prevê actos sexuais distintos dos que integram o conteúdo da violação), a prática, com menor de 12 anos, de actos sexuais de relevo que não impliquem penetração seria punida com 8 a 12 anos, provando-se a violência. Parece ser inquestionável que esta norma é inadequada para esta faixa etária em relação à qual existe uma presunção de violência. Ou seja, a violência não carece de prova.

Já a prática, com menor de 16 anos, de actos sexuais de relevo que não impliquem penetração seria punida com 8 a 12 anos, provando-se a violência (artigo 203, n.º1 CP). Em contrapartida, a violação (*stricto sensu*) de um(a) menor de 16 anos, com recurso a violência seria subsumida no artigo 201 do CP, cabendo ao autor as penas de 2 a 8 anos de prisão. Desta solução resulta que, o agente que praticasse apenas o crime acompanhante seria punido mais severamente do que aquele que cometesse um crime dominante. É inaceitável a solução que promove que a violação seja punida mais brandamente do que a prática, com violência, de outros actos sexuais como, por exemplo, o apalpar

34 “O critério geral de subsidiariedade, deixa-se fundamentar na relação que se estabelece entre normas que tutelam o mesmo ou análogos bens jurídicos em diferentes graus ou estádios de ofensa” (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). Assim, nas situações em que se produziu um resultado de dano, o princípio da subsidiariedade justifica o afastamento da punição pela criação de perigo concreto mas não afasta a punição dos crimes abstractos “uma vez que a punição toma aqui por fundamento a criação de um perigo colectivo que não coincide necessariamente com aquele que se concretiza na lesão produzida”. FÁRIA, Maria Paula Ribeiro de. (2017). Formas especiais do crime. Porto: Universidade Católica do Porto, 1ª edição, p. 389.

os seios, o beijo ou a excitação do clítoris. A lógica possível seria a de subsumir a conduta como sendo de violação mas aplicando a pena de 8 a 12 anos por conta de uma eventual relação de consunção impura entre os artigos 201 e 203, ambos do CP.

CONCLUSÃO

A dificuldade na interpretação e aplicação dos artigos 201, 202 e 203, todos do Código Penal resulta da combinação do recurso a uma terminologia polissémica, genérica e indeterminada e da ausência de materialização, pelo legislador, das condutas tipificadas na norma incriminadora.

Acto sexual é o género de que derivam várias espécies. Deve entender-se que a cópula, o coito e a introdução de objectos ou partes do corpo integram a tipologia dos três dispositivos. Sem embargo, os artigos 202 e 203 CP são mais amplos. Assim, havendo violação, o enquadramento penal dependerá da idade da vítima. Antes dos doze anos, pune-se pelo artigo 202 CP. Acima dos doze anos mas antes dos dezasseis anos, pune-se pelo artigo 203 CP. Acima dos dezasseis anos, pune-se pelo art. 201 CP.

Entre os artigos 202 e 203 CP existe, em princípio uma coincidência ao nível do núcleo descritivo ou valorativo. Porém, distinguem-se em dois aspectos: o primeiro é a natureza abstracta ou concreta do perigo; o segundo é a idade da vítima.

A tese que defende ter ocorrido um alargamento do âmbito da protecção dos actuais artigos 202 e 203, ambos do CP é sustentada, entre outros, pela interpretação da Lei das Uniões Prematuras a qual inclui no crime de “actos sexuais com menores” a conjunção carnal. Ou seja, praticar acto sexual e ter trato sexual constituem, materialmente, a mesma realidade.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DE REFERÊNCIA

COSTA, José de Faria, (2010), *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Editor Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2ª edição, reimpressão.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de., (2017), *Formas especiais do crime*. Porto: Universidade Católica do Porto, 1ª edição.

GARCIA, M. Miguez e J. M. Castela Rio, (2014), *Código Penal, Parte geral e especial*. Coimbra: Edições Almedina.

GONÇALVES, Maia, (2007), *Código Penal Português*. Coimbra: Almedina.

LOPES, José Mouraz, (2008), *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

PRATA, Ana *et al.* Dicionário Jurídico. (2012). v. II. Direito Penal, Direito Processual Penal. 2ª ed., 3ª reimpressão da edição de Março de 2009. Coimbra: Almedina.

QUEMBA, Bangula, (2022), *Os crimes sexuais no Código Penal Angolano*. Lisboa: Universidade Católica Editora, Coleção Direito Angolano/Comentários de Leis.

SOUSA, Elísio Francisco Xavier de. (s.a), *Novo Código Penal Moçambicano*. Maputo: Escolar Editora.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República de Moçambique.

Código Civil.

Código Penal de 1886.

Código Penal de 2014.

Código Penal de 2019, aprovado pela Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro de 2019.

Lei da Violência Doméstica praticada contra a Mulher, aprovada pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro.

Lei de Prevenção e Combate às Uniões Prematuras, aprovada pela Lei n.º 19/2019, de 22 de Outubro.

Regulamento de Combate à Corrupção e Assédio Sexual, aprovado pelo Diploma Ministerial n.º 36/2019, de 17 de Abril.

Lei n.º 7/2008, *de Julho*, Lei de Promoção e Protecção dos Direitos da Criança.

Resolução n.º 28/2005 de 13 de Dezembro, Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo aos Direitos da Mulher em África.

Resolução n.º 87/2002 de 11 de Dezembro – Ratifica o *Protocolo* Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à Prevenção e Punição do Tráfico de Pessoas em especial Mulheres e Crianças.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Supremo, de 17 de Abril de 1995, Proc. n.º 107/89-2ª.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 22 de Setembro de 1993, Proc. n.º 101/89-1ª.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 29 de Novembro de 2001, Proc. n.º 1/89 - 2ª.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 3 de Julho de 2002, Proc. n.º 201/89-2ª.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 12 de Novembro de 1992, Proc. n.º 21/89-1ª.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 29 de Fevereiro de 2000, Proc. n.º 175/99.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 20 de Junho de 2002, Proc. n.º 257/2000-C.

Acórdão do Tribunal Supremo, de 29 de Novembro de 2001, Proc. n.º 1/89 - 2ª.

INTERNET

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os crimes Sexuais e a pessoa vulnerável, disponível em https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_01/revista_digital_ed_01_2.pdf.

PAPADAKIS, Vitalina. Violência Sexual: uma Protecção Negligenciada, in Wòkolola, Boletim Informativo do CFJJ, vol. 3, n.º 2, 2020, pp 29-34, disponível em newsletter-wokolola-nr2-volume3-versao-28-de-agosto.pdf (cfjj.gov.mz).

DICIONÁRIOS

Dicionário Integral da Língua Portuguesa, Universal, Texto Editora.

Dicionário Houaiss da língua portuguesa, Rio de Janeiro, 2009.

Algumas Notas sobre os Tribunais Marítimos em Moçambique e o Direito Internacional do Mar

Doutor Fernando Loureiro BASTOS

Professor Associado da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa.

Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo

Sendo Moçambique um Estado costeiro, com uma extensa zona costeira de cerca de dois mil e setecentos quilómetros, a Constituição da República de Moçambique previu expressamente a possibilidade de tribunais marítimos integrarem a estrutura jurisdicional (nº 2 do artigo 222º). Em conformidade, a Lei nº 10/2022, de 7 de julho de 2022, regulou de forma atualizada a previsão da existência de tribunais marítimos em Moçambique. Tendo em consideração a legislação em vigor na República de Moçambique, o presente texto avança com alguns elementos para uma adequada compreensão do enquadramento jurídico-internacional pelo Direito Internacional do Mar do exercício de jurisdição pelos tribunais marítimos moçambicanos. Nestes termos, trata sucessivamente da distinção entre Direito Internacional do Mar e Direito Marítimo, das fontes do Direito Internacional do Mar como parte integrante do ordenamento jurídico de Moçambique, do estatuto jurídico das zonas marítimas que integram o espaço marítimo da República de Moçambique e da previsão de crimes marítimos e de contravenções marítimas em Moçambique. Sendo bastante diversificadas as fontes do ordenamento jurídico moçambicano que os tribunais marítimos devem ter em consideração quando estão a apreciar comportamentos que podem ser potencialmente qualificados como crimes marítimos ou como contravenções marítimas no âmbito do espaço marítimo nacional de Moçambique, a tarefa dos tribunais marítimos moçambicanos aparenta ser particularmente espinhosa na sua seleção, interpretação e aplicação.

Palavras-chave: *contravenções marítimas; crimes marítimos; Direito Internacional do Mar; Direito Marítimo; Tribunais Marítimos; zonas marítimas*

INTRODUÇÃO

Moçambique é um Estado costeiro, banhado pelo Oceano Índico, com uma extensão de zona costeira de cerca de dois mil e setecentos quilómetros¹. O n.º 1 do artigo 6º da Constituição da República de Moçambique (doravante CRM) estipula que o “território da República de Moçambique é uno, indivisível e inalienável, abrangendo toda a superfície terrestre, a zona marítima e o espaço aéreo delimitado pelas fronteiras nacionais”. Em conformidade com a existência de uma muito extensa costa marítima, o n.º 2 do artigo 222º CRM prevê que “[p]odem existir tribunais (...) marítimos” a integrar a estrutura dos tribunais de Moçambique.

A Lei n.º 10/2022, de 7 de julho, publicada no Boletim da República, Iª Série, n.º 130, de 7 de julho de 2022, com o título “[a]tinente a revisão da Lei n.º 5/96, de 4 de janeiro, que aprova a Organização, Composição, Funcionamento e Competências dos Tribunais Marítimos e revoga a Lei n.º 5/96, de 4 de Janeiro” (doravante Lei dos Tribunais Marítimos ou LTM), procedeu a criação desta espécie de tribunais em Moçambique, substituindo a legislação anterior sobre a matéria.

A Lei dos Tribunais Marítimos é composta por sessenta e seis artigos e um anexo, com a designação de glossário, integrando a definição de trinta “termos e expressões” utilizados na redação dos seus artigos. O articulado está dividido em seis capítulos: i) capítulo I, “Disposições Gerais”, artigos 1º a 6º; capítulo II, “Organização, Funcionamento e Competência dos Tribunais Marítimos”, artigos 7º a 28º; capítulo III, “Provimentos dos Juízes”, artigos 29º a 31º; capítulo IV, “Do Processo”, artigos 32º a 46º; capítulo V, “Processos Urgentes e Especiais”, artigos

1 Em conformidade com os dados disponibilizados pelo Centro de Desenvolvimento Sustentável para as Zonas Costeiras do Ministério da Terra, Ambiente e Desenvolvimento Rural, a costa de Moçambique integra quatro macrounidades definidas pelas suas características naturais: i) Costa de Coralina, com uma extensão de cerca de 770 Km, indo do Rio Rovuma (10° 32' S) até ao Arquipélago das Primeiras e Segundas (17° 20' S); ii) Costa de Mangal, com uma extensão de cerca de 978 Km, indo de Angoche (16° 14' S) até ao Arquipélago do Bazaruto (21° 10' S); iii) Costa de Dunas Parabólicas, com uma extensão de cerca de 850 Km, indo do Arquipélago do Bazaruto até à Ponta do Ouro (26° 52' S), e continuando até ao Rio Mlalazi (28° 57' S), na África do Sul; e iv) Costa do Delta, ocorrendo com grande singularidade nas regiões da foz dos Rios Zambeze e Save (dados acessíveis em <https://cds.sislog.com/spip.php?rubrique2>). Em conformidade com a Estratégia de Gestão do Mangal (Estratégia do Mangal) 2020-2024, aprovada pela Resolução n.º 33/2020, de 18 de maio de 2020, “[m]ais de 60% da população moçambicana vive na zona costeira sendo altamente dependente dos recursos e ecossistemas costeiros e marinhos, principalmente pesqueiros, para subsistência e rendimento. Os mangais são o habitat natural e local de reprodução para estas espécies tornando-os cruciais para a segurança alimentar e geração de rendimento para grande parte da população” (Boletim da República, p. 551, “Contextualização”).

47º a 58º; capítulo VI, “Disposições Transitórias e Finais”, artigos 59º a 66º. Nos termos do artigo 66º (Entrada em vigor), a Lei dos Tribunais Marítimos entrou em vigor “90 dias após a data da sua publicação”, revogando a Lei n.º 5/96, de 4 de Janeiro.

Em conformidade com o artigo 2º (Âmbito) da LTM, os “tribunais marítimos dirimem litígios relacionados à jurisdição marítima, fluvial e lacustre em matéria cível, criminal e comercial, bem como contravenções marítimas, fluviais, lacustres e de outras matérias de natureza marítima, fluvial e lacustre que não sejam por lei atribuídas a outra jurisdição”. O artigo 5º (Jurisdição) da LTM prevê que a jurisdição dos tribunais marítimos abrange “o espaço marítimo nacional e todas as águas fluviais e lacustres e o respectivo leito e subsolo, bem como o domínio público adjacente a tais águas” (alínea a) e “as zonas portuárias e de estaleiros de construção e reparação naval, docas secas, tiradouros, tendais de artes de pesca e seus arraiais e instalações de natureza semelhante” (alínea b). Na lista de definições constante do glossário, para que remete o artigo 4º da LTM, o conceito de “espaço marítimo nacional” é definido como sendo o “conjunto de zonas marítimas situadas no território nacional, nomeadamente as águas interiores marítimas, o mar territorial, a zona contígua, a zona económica exclusiva, a plataforma continental e a zona costeira”.

Em função do âmbito de aplicação espacial da Lei dos Tribunais Marítimos, uma adequada compreensão desta legislação impõe que se tenha em devida consideração a caracterização do “espaço marítimo nacional” de Moçambique e o seu enquadramento jurídico-internacional pelo Direito Internacional do Mar (doravante DIM). Nestes termos, as presentes notas pretendem contribuir com alguns elementos para o enquadramento jurídico-internacional da atuação dos tribunais marítimos, quando exercem jurisdição em relação às “zonas marítimas” que integram o “espaço marítimo nacional” do Estado moçambicano².

Assim sendo, uma adequada compreensão desta matéria implica que se tenha por ponto de referência em Moçambique a Lei n.º 20/2019, de 8 de novembro, que estabeleceu “o regime jurídico aplicável ao exercício dos poderes de soberania e de jurisdição sobre o espaço marítimo nacional, à exploração dos recursos marinhos vivos e não-vivos, bem como à utilização do domínio público marítimo” (artigo 1º). Tendo a Lei n.º 20/2019, de 8 de novembro, sido

2 As presentes notas foram elaboradas tendo por base uma parte da Formação Avançada para Magistrados em Direito do Mar e Direito Marítimo ministrada, no decurso do ano de 2023, no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Moçambique, a solicitação do Supremo Tribunal de Moçambique. Em razão da necessidade de adequar o texto aos limites de extensão de um artigo científico a ser integrado numa obra coletiva, as presentes notas ficam limitadas apenas à enunciação de questões de enquadramento jurídico-internacional de DIM.

publicada no Boletim da República, 1ª série, n.º 216, de 8 de novembro de 2019, com o título “Lei de Revisão da Lei n.º 4/96, de 4 de Janeiro, Lei do Mar”, as referências posteriores a esta legislação irão adotar a designação de Lei do Mar ou LM para referenciar os artigos que forem sendo citados.

O objeto de regulação da Lei do Mar, composta por noventa e oito artigos e um anexo, com a designação de glossário, com a definição de trinta e nove “termos e expressões” utilizados na redação dos artigos, é mais amplo do que a mera fixação do “espaço marítimo nacional” de Moçambique. Com efeito, o seu articulado está dividido em onze capítulos que tratam sucessivamente das seguintes matérias: i) capítulo I, “Disposições Gerais”, artigos 1º a 9º; capítulo II, “Espaço Marítimo Nacional”, artigos 10º a 19º; capítulo III, “Poderes de Soberania e Jurisdição do Estado Moçambicano”, artigos 20º a 68º; capítulo IV, “Embarcações”, artigos 69º a 74º; capítulo V, “Regime Laboral Marítimo”, artigos 75º e 76º; capítulo VI, “Acidentes e Incidentes Marítimos”, artigos 77º e 78º; capítulo VII, “Política do Mar”, artigos 79º a 81º; Capítulo VIII, “Ordenamento e Utilização do Espaço Marítimo Nacional”, artigos 82º a 89º; capítulo IX, “Fiscalização do Espaço Marítimo Nacional”, artigos 90º a 92º; capítulo X, “Crimes e Contravenções”, artigos 93º a 95º; e capítulo XI, “Disposições Finais”, artigos 96º a 98º.

Em conformidade com o artigo 4º (Interpretação) da LM, que procede a uma receção material do DIM no ordenamento jurídico de Moçambique³, as “disposições da presente Lei são interpretadas em conformidade

3 Em termos gerais, sobre a receção do Direito Internacional no ordenamento jurídico de Moçambique, ver Gilles CISTAC, “A questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique”, Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, vol. VI, 2004, pp. 9-57; Fernando LOUREIRO BASTOS, “O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004”, O Direito, Ano 142, n.º 3, 2010, pp. 435-464 (também publicado em António Menezes Cordeiro (edit.), Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem, Almedina, 2012, pp. 327-358; e em Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza (edits), Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2011, pp. 171-202); Henriques José HENRIQUES, O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontros e desencontros à luz do pluralismo jurídico global, Tese de doutoramento, Universidade Nova de Lisboa, 2015, pp. 318-361; Francisco PEREIRA COUTINHO, “O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenação), O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa, CEDIS, 2018, pp. 229-263; e Edson da Graça Francisco MACUÁCUA, “O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana”, in Dário Moura Vicente, Henriques José Henriques, Catarina Matos Salgado e Almeida Zacarias Machava (organização), Estudos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, AAFDL Editora, 2021, pp. 379-425, e “Singularidade do sistema de integração do Direito Internacional no ordenamento jurídico moçambicano”, Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 7, n.º 2, 2021, pp. 597-611.

com os princípios e normas do direito interno e do direito internacional, designadamente as previstas na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, ratificada pela Resolução n.º 21/96, de 26 de Novembro⁴, adiante designada apenas por Convenção, bem como noutros instrumentos internacionais, relativos ao mar, ratificados pela República de Moçambique”.

Assim sendo, as presentes notas vão procurar avançar com alguns elementos para uma adequada compreensão do enquadramento jurídico-internacional pelo DIM do exercício de jurisdição pelos tribunais marítimos moçambicanos. Nestes termos, vão tratar sucessivamente da distinção entre DIM e Direito Marítimo, das fontes do DIM como parte integrante do ordenamento jurídico de Moçambique, do estatuto jurídico das “zonas marítimas” que integram o “espaço marítimo de Moçambique” e da previsão de crimes marítimos e de contravenções marítimas em Moçambique.

4 Nos termos da Resolução n.º 21/96, de 26 de novembro, Moçambique “[r]atifica a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e o Acordo relativo à Implementação da Parte XI da mesma Convenção”, tendo por pressuposto que “[p]ara o aproveitamento e exploração de riquezas e de recursos vivos na plataforma continental e na zona económica exclusiva, a República de Moçambique necessita de observar os princípios previstos nas actividades da área ou para beneficiar dos recursos aí existentes terá de se guiar pelo Acordo de Implementação da Parte XI da Convenção”.

I. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL DO MAR E DIREITO MARÍTIMO

A Lei dos Tribunais Marítimos trata primacialmente de questões relacionadas com matérias reguladas pelo Direito Marítimo, tendo por pano de fundo um enquadramento jurídico-internacional de DIM. A relevância deste entendimento é manifesta na apreciação das questões que foram integradas na jurisdição dos Tribunais Marítimos, com destaque para o artigo 17º (Competências em matéria cível) da LTM, e que aparecem referenciadas como sendo de “Direito Marítimo Privado” (alínea r) e de “Direito Comercial no âmbito marítimo, fluvial e lacustre” (alínea s)), em contraponto às matérias qualificadas como de “Direito Marítimo Internacional” (n.º 1 do artigo 22º da LTM).

Tendo em consideração a utilização do mar como um local para a prossecução de atividades de natureza económica, é corrente existir uma certa confusão entre os específicos objetos do DIM e do Direito Marítimo⁵. Em termos muito gerais, é possível afirmar que o DIM trata do estatuto jurídico-internacional dos espaços marítimos, o que inclui o enquadramento jurídico das diversas atividades que podem ser prosseguidas nesses espaços marítimos. Daqui decorre que o DIM irá regular os termos gerais como a navegação marítima pode ser levada a cabo nos mares e nos oceanos. Em termos paralelos, sujeito ao enquadramento geral dos regimes jurídico-internacionais regulados pelo DIM, o Direito Marítimo regula os termos concretos como a navegação marítima é prosseguida, com destaque para os contratos privados que devem ser celebrados para que esta possa ter lugar. O Direito Marítimo é formado

5 Sobre a distinção entre DIM e Direito Marítimo, ver Ignacio ARROYO, “Concept, Sources, and International Organisations Relating to Shipping Law”, in David Joseph Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman A. Martínéz Gutiérrez, Ignacio Arroyo e Elda Belja (editores), *The IMLI Manual on International Maritime Law, vol. II, Shipping Law of the Sea*, Oxford University Press, 2016, pp. 1-18; Manuel Januário da COSTA GOMES, *O ensino do Direito Marítimo. O soltar das amarras do Direito da Navegação Marítima. Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Almedina, 2005 e “Direito Marítimo”, in Dário Moura Vicente, Fernando Loureiro Bastos, Manuel Almeida Ribeiro, Aziz Tuffi Saliba, Márcilio Toscano Franca Filho e Paulo Borba Casella (coordenadores), *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional, D. Quixote*, 2023, pp. 455-459; Fernando LOUREIRO BASTOS, *Direito Internacional do Mar. Guia de Estudo, AAFDL*, 2017, pp. 79-84 e “Direito Internacional do Mar”, in Dário Moura Vicente, Fernando Loureiro Bastos, Manuel Almeida Ribeiro, Aziz Tuffi Saliba, Márcilio Toscano Franca Filho e Paulo Borba Casella (coordenadores), *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional, D. Quixote*, 2023, pp. 435-438; Tullio SCOVAZZI, “The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges”, *RCADI*, vol. 286, 2000, pp. 39-244; Marjolaine ROCCATI, “Les personnes privées”, in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Editions A. Pedone, 2017, pp. 308-319; e Treves TREVES, “Law of the Sea” (2011), in R. Wolfrum (edit.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, pp. 708-732.

essencialmente por regras de direito privado destinadas a regular relações entre pessoas jurídicas privadas, em questões tão diversas como os seguros marinhos ou o transporte de mercadorias por mar. Em conformidade com esta qualificação, o artigo 17º da LTM integra expressamente na jurisdição dos tribunais marítimos, e a título meramente de exemplo, “indenizações devidas por danos causados ou sofridos por embarcações e outros equipamentos ou construções flutuantes ou resultantes da sua utilização marítima” (alínea a), “contratos de construção, reparação, compra e venda de embarcações e outros equipamentos flutuantes ou fixos, desde que destinados ao uso no mar” (alínea b), “contratos de transporte por via marítima, fluvial ou lacustre, ou contrato de transporte combinado com transporte marítimo, fluvial ou lacustre” (alínea c), “contratos de utilização marítima de embarcações ou construções flutuantes ou fixas no mar, designadamente os contratos de fretamento e os de locação financeira, para fins marítimos” (alínea d), “contratos de seguros de embarcações e outro equipamento flutuante ou fixo destinado ao uso marítimo, fluvial ou lacustre e respectiva carga” (alínea e), “processos especiais relativos a embarcações, outras construções flutuantes e respectiva carga (alínea f), “providências cautelares sobre as embarcações, as construções flutuantes ou fixas no mar, nos rios ou nos lagos, a respectiva carga, os combustíveis, os lubrificantes e outros valores pertencentes as respectivas embarcações ou construções, bem como a solicitação preliminar à Autoridade Marítima competente para sustar a saída das coisas que constituam objecto de tais providências” (alínea g), “avarias comuns ou particulares, incluindo as que digam respeito a embarcações ou outras construções flutuantes ou fixas destinadas ao uso marítimo” (alínea h) e “assistência e salvação marítima” (alínea i).

Embora existam matérias que podem ser adjudicadas sem grande dificuldade a cada uma destas áreas da enciclopédia jurídica, qualquer que seja o ordenamento jurídico com que estamos a lidar, importa sublinhar a simultânea existência de áreas de complementaridade entre o DIM e o Direito Marítimo, com destaque para os regimes jurídicos aplicáveis à prevenção e ao combate da poluição marítima. Em conformidade, na Lei dos Tribunais Marítimos é prevista a jurisdição dos tribunais marítimos para apreciar a “responsabilidade civil emergente de danos por poluição no mar e outras águas sob jurisdição da Autoridade Marítima competente” (alínea l) do artigo 17º da LTM).

O DIM é fundamentalmente integrado por três grandes grupos de matérias. Por um lado, regula o regime jurídico-internacional dos diversos espaços marítimos, quer estes estejam sujeitos à soberania ou jurisdição dos Estados costeiros, quer sejam espaços internacionais ou internacionalizados. Por outro lado, enquadra as atividades que podem ser prosseguidas nos espaços marítimos, com destaque para as atividades económicas, como a navegação, a pesca, e a exploração de recursos naturais não vivos, como o petróleo e o gás

natural. E, finalmente, integra os mecanismos de resolução de conflitos que ocorrem nos espaços marítimos, com destaque para as questões relacionadas com a delimitação das fronteiras marítimas e os litígios que envolvem navios na prossecução de atividades de natureza económica.

Os regimes jurídico-internacionais dos espaços marítimos permitem saber quais são os direitos e os deveres reconhecidos aos diversos sujeitos de Direito Internacional nos mares e oceanos. Podem ser feitas duas aproximações distintas aos direitos e deveres dos diversos sujeitos. Por um lado, com base na ideia de liberdade dos mares e das restrições que lhe foram sendo histórica e sucessivamente introduzidas, com destaque para o período subsequente à Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, como um contraponto entre os poderes que são reconhecidos aos Estados costeiros no âmbito das zonas sujeitas à sua soberania e jurisdição e os poderes que são reconhecidos aos restantes Estados (ou terceiros Estados). Em qualquer caso, importa salientar que o DIM visa conciliar de uma forma o mais harmónica possível as atividades que podem ser prosseguidas nos espaços marítimos pelos diversos sujeitos de Direito Internacional. A necessidade de serem conciliados e harmonizados os direitos e deveres dos Estados costeiros e dos Estados terceiros é particularmente significativa na zona económica exclusiva, estabelecendo o nº 2 do artigo 56º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (doravante CNUDM) que “[n]o exercício dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres na zona económica exclusiva nos termos da presente Convenção, o Estado costeiro terá em devida conta os direitos e deveres dos outros Estados e agirá de forma compatível com as disposições da presente Convenção”.

Embora a extensão dos mares e dos oceanos seja muito superior aos territórios terrestres dos Estados, importa salientar que a impossibilidade de uma ocupação permanente dos espaços marítimos conduz a que a liberdade de navegação marítima continue a ser uma questão central e estruturante no DIM. Uma circulação livre e não condicionada dos navios continua a ser absolutamente fundamental para um adequado funcionamento do modelo de comunidade internacional atualmente existente, seja para o comércio internacional de mercadorias, seja para o movimento das marinhas de guerra (tanto em tempo de paz como em tempo de conflito armado).

O DIM inclui simultaneamente regras de natureza costumeira sedimentadas ao longo dos séculos, uma multiplicidade de tratados que se têm vindo a multiplicar nas últimas décadas, e o direito derivado de um conjunto de organizações internacionais intergovernamentais cujo âmbito espacial de

atuação é o mar⁶. Trata-se de um ramo do Direito Internacional particularmente dinâmico, tendo as matérias incluídas no seu âmbito vindo a multiplicar-se e a diversificar-se de uma forma muito acentuada desde o final da Segunda Guerra Mundial. Daqui decorre que o DIM lida fundamentalmente com regras de enquadramento de origem internacional, não obstante a sua aplicação pelos Estados ser fundamental para uma adequada compreensão do direito efetivamente em vigor em cada ordenamento jurídico nacional.

6 Sobre as fontes do DIM, ver as sínteses de Donald R. ROTHWELL e Tim STEPHENS, *The International Law of the Sea*, 2ª ed., Hart, 2016, pp. 22-25, e de Yoshifumi TANAKA, *The International Law of the Sea*, 4ª ed., Cambridge University Press, 2023, pp. 10-24.

II. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DO MAR COMO PARTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE MOÇAMBIQUE

No seguimento do artigo 4º (Interpretação) da LM que procede a uma receção material do DIM no ordenamento jurídico de Moçambique, os tribunais marítimos devem ter em devida consideração “os princípios e normas (...) do direito internacional, designadamente as previstas na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, ratificada pela Resolução n.º 21/96, de 26 de Novembro (...) bem como noutros instrumentos internacionais, relativos ao mar, ratificados pela República de Moçambique”.

Nestes termos, quando os tribunais marítimos estão a exercer as suas competências no âmbito das “zonas marítimas” sujeitas à soberania ou jurisdição de Moçambique devem atuar tendo em devida consideração as fontes de direito do DIM vigentes no ordenamento jurídico moçambicano, com especial destaque para o costume internacional, o direito convencional e o direito derivado de organizações internacionais intergovernamentais (em particular, em razão do DIM produzido no âmbito da Organização Marítima Internacional⁷ e da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura⁸).

O ponto de referência tradicional para abordar a matéria das fontes de Direito Internacional⁹, e conseqüentemente as fontes do DIM, é o artigo 38º

7 Moçambique é membro da Organização Marítima Internacional (IMO) desde 1979 (informação disponível em <https://www.imo.org/en/OurWork/ERO/Pages/MemberStates.aspx>). Uma síntese sobre a IMO, em língua portuguesa, pode ser encontrada em Manuel Januário da COSTA GOMES, “Organização Marítima Internacional (OMI)”, in Dário Moura Vicente, Fernando Loureiro Bastos, Manuel Almeida Ribeiro, Aziz Tuffi Saliba, Marçílio Toscano Franca Filho e Paulo Borba Casella (coordenadores), Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional, D. Quixote, 2023, pp. 830-835.

8 Moçambique é membro da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) desde 14 de novembro de 1977 (informação disponível em <https://www.fao.org/legal-services/membership-of-fao/en/>).

9 Uma visão atualizada sobre as fontes de Direito Internacional, na mais reputada doutrina em língua portuguesa e em língua inglesa, pode ser encontrada em Hildebrando ACCIOLY, G.E. NASCIMENTO E SILVA e Paulo BORBA CASELLA, Manual de Direito Internacional Público, 25ª ed., Saraiva, 2021; Samantha BESSON e Jean d'ASPREMONT (editores), The Oxford Handbook of the Sources of International Law, Oxford University Press, 2018; Eduardo CORREIA BAPTISTA, Direito Internacional Público, vol. I, Conceito e Fontes, Lex, 1998 [reimpressão, AAFDL, 2018]; e vol. II, Sujeitos e Responsabilidade, Almedina, 2004 [reimpressão, AAFDL, 2015]; James CRAWFORD, Brownlie's Principles of Public International Law, 9ª ed., Oxford University Press, 2019; Maria Luísa DUARTE, Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI, 2ª ed., AAFDL, 2023; André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, Manual de Direito Internacional Público, 3ª ed., Almedina, 1993

do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de 1945 (doravante Estatuto TIJ), decalcado do texto do artigo 38º do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, de 1920. O artigo 38º do Estatuto TIJ distingue entre três tipos de fontes de Direito Internacional. Em primeiro lugar, faz menção a fontes principais: a “convenções internacionais, quer gerais, quer especiais”, ao “costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito”, e aos “princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”. Em segundo lugar, a fontes auxiliares: as “decisões judiciais” e a “doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações”. Em terceiro lugar, a fontes supletivas: “a faculdade do Tribunal de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes assim convierem”. Subjacente ao elenco de fontes previstas neste artigo estão um conjunto de pressupostos, nomeadamente doutrinários, que se foram alterando ao longo do século vinte. Com efeito, no decorrer do século passado a natureza primordialmente contratual dos compromissos internacionais foi sendo completada pela criação de regimes jurídico-internacionais através de tratados multilaterais, com participação universal ou praticamente universal; uma parte relevante do Direito Internacional passou a ser produzido no âmbito de organizações internacionais, intergovernamentais ou de integração, com características muito específicas quando sejam de integração regional política, económica ou jurídica; um conjunto relevante das regras internacionais não tem uma natureza vinculativa, integrando a categoria do denominado *soft law*; e, finalmente, surgiu e foi sendo consolidada pela prática dos Estados e pelas decisões dos tribunais internacionais uma categoria de normas imperativas de direito internacional geral, ou normas de *ius cogens*.

Ao invés do que sucede nas ordens jurídicas dos Estados, onde a produção do direito é primordialmente escrita e sujeita a procedimentos reconhecíveis generalizadamente, as fontes de Direito Internacional não apresentam uma idêntica clareza. A questão é particularmente difícil relativamente ao Direito Internacional costumeiro, dado que a sua identificação pode resultar de atos de natureza muito diversa. Nestes termos, uma aproximação contemporânea às fontes de Direito Internacional implica que se proceda a um desdobramento do elenco previsto no artigo 38º do Estatuto TIJ, de modo a integrar: os tratados ou vinculações internacionais convencionais, o costume internacional (seja universal, regional ou local), os princípios gerais de direito, os atos jurídicos

[com muitas reimpressões posteriores]; Jorge MIRANDA, Curso de Direito Internacional Público, 6ª ed., Principia, 2016; Malcolm N. SHAW, International Law, 9ª ed., Cambridge University Press, 2021; Hugh W. A. THIRLWAY, The sources of International Law, 2ª ed., Oxford University Press, 2019; e Tullio TREVES, “The expansion of International Law. General course on Public International Law”, in The Hague Academy of International Law: Recueil des Cours, tomo 398, 2018, pp. 9-398.

unilaterais dos Estados, o direito derivado produzido por organizações internacionais, a jurisprudência, a doutrina, e a equidade (ou decisão *ex aequo et bono*). Lidar com este elenco diversificado de fontes de Direito Internacional implica que se devam ter em consideração processos distintos de criação de normas ou de regras jurídicas com natureza jurídica-internacional. Nestes termos, um tratado internacional será o resultado de um acordo de vontades de um conjunto de sujeitos de Direito Internacional, do mesmo modo que os diversos tipos de atos que podem ser integrados no direito derivado de uma organização internacional implicam a utilização dos procedimentos específicos que tenham sido previstos no tratado que a regula. Uma adequada compreensão do elenco de fontes referenciado implica, ainda, que se tenha em consideração o tipo de efeitos que as normas ou regras constantes destas fontes podem produzir. É na decorrência desta perspectiva que importa perceber se se está em presença de uma norma imperativa de Direito Internacional geral (ou de *ius cogens*), de uma norma vinculativa de Direito Internacional ou, em termos muito distintos, de uma norma (ou regra) não vinculativa de Direito Internacional (que deva ser integrada no âmbito do denominado *soft law*). Esta aproximação às fontes de Direito Internacional é particularmente exigente quando se esteja em presença de atos com idêntica designação mas com efeitos jurídicos diferentes em função da intenção das partes intervenientes ou contratantes, como sucede com o *memorandum of understanding* (MOU ou MoU), ou memorando de entendimento, que tanto pode ser uma espécie de compromisso internacional vinculativo ou, em termos contrapostos, integrar o *soft law* por ter sido intencionalmente concluído para não gerar obrigações jurídico-internacionais¹⁰.

Importa salientar que a manutenção do costume como uma muito relevante fonte de Direito Internacional pode criar dificuldades ao intérprete e ao aplicador do direito quando pretendem apurar qual é o direito aplicável em determinadas áreas do Direito Internacional, como sucede com o DIM. Nestes casos, é muito relevante ter em consideração que existem regimes jurídico-internacionais que podem ser, simultaneamente, convencionais para um conjunto de Estados e costumeiros para os restantes. O que poderá ser particularmente difícil quando o regime costumeiro integre um conjunto de regras básicas de atuação e o regime convencional seja particularmente detalhado e inovador, como pode ser visto no articulado da CNUDM. Além disso, deve ser sublinhado que a existência de regras intencionalmente

10 Sobre esta particularmente difícil questão das fontes de Direito Internacional, ver Jeremy HILL, *Aust's Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 4ª ed., 2023, pp. 34-35 e 41-69.

não vinculativas ou não obrigatórias não impede que estas se possam vir a transmutar futuramente, em resultado de uma prática consistente dos Estados, em normas jurídicas vinculativa de Direito Internacional de natureza costumeira.

Assim sendo, durante séculos, até ao processo de codificação e de desenvolvimento do DIM iniciado com a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar na década de cinquenta do século passado, o DIM tinha uma natureza primordialmente costumeira¹¹. Na atualidade, o costume internacional continua a ser uma importante fonte do DIM¹², particularmente relevante para os Estados que não são partes da CNUDM, pelo que, em alguns casos, as relações com terceiros Estados no âmbito das matérias do DIM devem ser enquadradas, simultaneamente, com o recurso a normas do DIM costumeiro e a normas escritas do DIM convencional (seja bilateral ou multilateral).

O conjunto dos direitos e dos deveres jurídico-internacionais derivados do DIM aplicável em Moçambique é mais nítido quando estamos a lidar com o direito convencional, em resultado da sua forma escrita. O ponto de referência do DIM convencional, como expressamente afirmado no artigo 4º da LM, é a CNUDM.

A CNUDM é um monumento jurídico, independentemente de qualquer apreciação do seu conteúdo. É composta por um preâmbulo, um articulado com 320 artigos, 9 anexos ao texto da Convenção e 6 anexos à Acta Final. O articulado está dividido em dezassete partes. A Parte I – Introdução - e a Parte VIII – Regime das ilhas - têm apenas um artigo, mas em contrapartida a Parte XI – Área, dos artigos 133 ao 191 -, e a Parte XII – Proteção e preservação do meio marinho, dos artigos 192 ao 237 -, têm uma extensão superior à da maior parte dos tratados em vigor¹³.

A CNUDM tem a seguinte sistematização: i) “Preambulo”; ii) “Parte I. Introdução”, artigo 1º; iii) “Parte II. Mar territorial e zona contígua”, artigos 2º a 33º; iv) “Parte III. Estreitos utilizados para a navegação internacional”, artigos 34º a 45º; v) “Parte IV. Estados arquipélagos”, artigos 46º a 54º; vi) “Parte V. Zona económica exclusiva”, artigos 55º a 75º; vii) “Parte VI. Plataforma continental”, artigos 76º a 85º; viii) “Parte VII. Alto mar”, artigos 86º a 120º; ix) “Parte VIII.

11 Sobre a questão, ver Franck LATTY, “Du droit coutumier aux premières tentatives de codification”, in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Editions A. Pedone, 2017, pp. 36-54.

12 Sobre a questão, ver Michael WOOD, “Le rôle contemporain du Droit International coutumier”, in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Editions A. Pedone, 2017, pp. 68-77.

13 Uma síntese da CNUDM pode ser encontrada em Annick de MARFFY-MANTUANO, “La Convention de Montego Bay”, in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Editions A. Pedone, 2017, pp. 54-68.

Regime das ilhas”, artigo 121º; ix) “Parte IX. Mares fechados e semifechados”, artigo 122º; x) “Parte X. Direito de acesso ao mar e a partir do mar dos Estados sem litoral e liberdade de trânsito”, artigos 124º a 132º; xi) “Parte XI. A Área”, artigos 133º a 191º; xii) “Parte XII. Protecção e preservação do meio marinho”, artigos 192º a 237º; xiii) “Parte XIII. Investigação científica marinha”, artigos 238º a 265º; xiv) “Parte XIV. Desenvolvimento e transferência de tecnologia marinha”, artigos 266º a 278º; xv) “Parte XV. Solução de controvérsias”; xvi) “Parte XVI. Disposições gerais”, artigos 300º a 304º; xvii) “Parte XVII. Disposições finais”, artigos 305º a 320º; xviii) “Anexo I. Espécies altamente migratórias”; xix) “Anexo II. Comissão de Limites da Plataforma Continental”, artigos 1º a 9º; xx) “Anexo III. Condições básicas para a prospecção, exploração e aproveitamento”, artigos 1º a 22º; xxi) “Anexo IV. Estatuto da empresa”, artigos 1º a 13º; xxii) “Anexo V. Conciliação”, artigos 1º a 14º; xxiii) “Anexo VI. Estatuto do Tribunal Internacional do Direito do Mar”, artigos 1º a 41º; xxiv) “Anexo VII. Arbitragem”, artigos 1º a 13º; e xxv) “Anexo VIII. Arbitragem especial”, artigos 1º a 8º.

Em março de 2024, a CNUDM tinha 170 Partes: i) 166 Estados membros das Nações Unidas; ii) as Ilhas Cook, desde 15 de fevereiro de 1995; iii) a União Europeia, desde 1 de abril de 1998; iv) Niue, desde 11 de outubro de 2006; e v) o Estado da Palestina¹⁴, desde 2 de janeiro de 2015. Os Estados membros das Nações Unidas não partes da CNUDM podem ser divididos em duas categorias: Estados costeiros e Estados sem litoral. A Organização das Nações Unidas integra quarenta e quatro Estados no grupo dos Estados sem litoral, incluindo a Santa Sé que não é um Estado membro da organização. Fazem parte do grupo dos Estados costeiros não partes da CNUDM: i) o Camboja (membro da ONU desde 14 de novembro de 1955), com assinatura da CNUDM a 1 de julho de 1983; ii) a Colômbia (membro da ONU desde 5 de novembro de 1945), com assinatura da CNUDM a 10 de dezembro de 1982; iii) a Coreia do Norte (membro da ONU desde 17 de julho de 1991), com assinatura da CNUDM a 10 de dezembro de 1982; iv) El Salvador (membro da ONU desde 24 de outubro de 1945), com assinatura da CNUDM a 5 de dezembro de 1982; v) os Emiratos Árabes Unidos (membro da ONU desde 9 de dezembro de 1971), com assinatura da CNUDM a

14 A Resolução 67/19, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 29 de novembro de 2012, decidiu “to accord to Palestine non-member observer State status in the United Nations, without prejudice to the acquired rights, privileges and role of the Palestine Liberation Organization in the United Nations as the representative of the Palestinian people, in accordance with the relevant resolutions and practice”. A Resolução, que recordava na sua fundamentação que o Estado da Palestina já tinha sido anteriormente reconhecido por 132 membros da Organização das Nações Unidas, foi aprovada com 138 votos a favor, 9 contra (Canadá, Estados Unidos da América, Israel, Ilhas Marshall, Micronésia, Nauru, Palau, Panamá, e República Checa), 41 abstenções, e 5 Estados não participantes na votação.

10 de dezembro de 1982; vi) a Eritreia (membro da ONU desde 28 de maio de 1993), não assinou a CNUDM; vii) os Estados Unidos da América (membro da ONU desde 24 de outubro de 1945), não assinou a CNUDM; viii) o Irão (membro da ONU desde 24 de outubro de 1945), com assinatura da CNUDM a 10 de dezembro de 1982; ix) a Líbia (membro da ONU desde 14 de dezembro de 1955), com assinatura da CNUDM a 3 de dezembro de 1984; x) o Peru (membro da ONU desde 31 de outubro de 1945), não assinou a CNUDM; xi) a Síria (membro da ONU desde 24 de outubro de 1945), não assinou a CNUDM; xii) a Turquia (membro da ONU desde 24 de outubro de 1945), não assinou a CNUDM; xiii) a Venezuela (membro da ONU desde 15 de novembro de 1945), não assinou a CNUDM.

O exercício de jurisdição pelos tribunais marítimos moçambicanos deverá ter em devida consideração os “instrumentos internacionais, relativos ao mar, ratificados pela República de Moçambique”¹⁵. A este nível, a título de exemplo, os tribunais marítimos devem proceder à aplicação dos compromissos internacionais assumidos no âmbito da Organização Marítima Internacional e da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, e cuja listagem pode ser encontrada nos sítios de cada uma destas organizações internacionais intergovernamentais¹⁶.

15 Obrigação de aplicação equivalente impende sobre os juizes dos tribunais marítimos relativamente aos compromissos internacionais assumidos por Portugal antes da independência de Moçambique e em que tenha havido sucessão por parte do Estado moçambicano. A título de exemplo, a Portaria nº 21 814, do Ministério do Ultramar [de Portugal] determinou que fosse “publicado no Boletim Oficial de todas as províncias ultramarinas, para cumprimento, o Regulamento para Evitar Abalroamentos no Mar e respetivo anexo, constantes do Diário do Governo n.º 239, 1.º série, de 21 de Outubro de 1965”.

16 A listagem dos compromissos internacionais assumidos por Moçambique no âmbito da Organização Marítima Internacional pode ser encontrada em <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>. A listagem dos compromissos internacionais assumidos por Moçambique no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura pode ser encontrada em <https://www.fao.org/treaties/status-by-participant/general-profile/en/?iso3=MOZ>.

III. O ESPAÇO MARÍTIMO DE MOÇAMBIQUE E OS PODERES QUE PODEM SER EXERCIDOS EM CADA UMA DAS ZONAS MARÍTIMAS QUE O INTEGRAM

A. Introdução

O artigo 10º da Lei n.º 20/2019, de 8 de novembro, designada como Lei do Mar, estipula que o “espaço marítimo sob soberania e jurisdição do Estado moçambicano compreende as seguintes zonas marítimas: a) zona costeira; b) águas interiores marítimas; c) mar territorial; d) zona contígua; e) zona económica exclusiva; e f) plataforma continental”.

Tendo em consideração que o exercício de jurisdição por parte dos tribunais marítimos nas zonas marítimas sob soberania e jurisdição do Estado moçambicano implica o entendimento dos poderes que Moçambique pode exercer em cada uma dessas zonas marítimas, importa proceder a apresentação sintética dos mesmos, tendo por base o regime jurídico previsto na CNUDM e na legislação interna moçambicana.

B. Zona costeira

A zona costeira aparece expressamente autonomizada como uma zona marítima na legislação moçambicana, em termos distintos do que sucede no DIM, onde é tratada como parte integrante do território terrestre, pelo que não constitui uma área marítima em sentido próprio para o DIM.

Nos termos do artigo 12º (extensão) da LM, a “zona costeira constitui a faixa terrestre compreendida entre o limite das águas interiores marítimas, no mar, que inclui a faixa da orla marítima e no contorno de ilhas, baías e estuários, medida da linha das máximas preia-mares até 100 metros para o interior do território, salvo nos casos em que extensão maior esteja casuisticamente estabelecida por lei”.

Sendo uma parte do território terrestre de Moçambique, o n.º 1 do artigo 22º (Natureza jurídica dos poderes) da LM determina que o “Estado moçambicano exerce plenamente a sua soberania na zona costeira, em conformidade com as normas do direito interno e do direito internacional”, não dependendo o exercício de jurisdição de um enquadramento jurídico-internacional no âmbito do DIM.

C. Águas interiores marítimas

O artigo 13º (Águas interiores marítimas) da LM estipula que “[s]ão águas interiores marítimas as situadas no interior da linha de base, a partir da qual se mede a largura do mar territorial, nos termos do disposto no artigo 8 da Convenção”¹⁷ 18. Em termos mais detalhados do que é corrente em outras legislações estrangeiras, o artigo 23º (Natureza jurídica dos poderes) da LM determina que o “Estado moçambicano exerce plenamente a sua jurisdição nas águas interiores marítimas, em conformidade com as normas do direito interno e do direito internacional” (n.º 1), e ainda que o “Estado moçambicano, por via das entidades competentes do Governo, exerce plena jurisdição e soberania sobre a actuação das embarcações nacionais e estrangeiras, a actuação individual dos seus tripulantes, a investigação, a prospeção e pesquisa científica de qualquer natureza, a protecção e preservação do meio marinho, a instalação de infra-estruturas e demais actividades nas águas interiores marítimas, nos termos do direito interno” (n.º 2). Em conformidade com os poderes de soberania assumidos pelo Estado moçambicano, o n.º 1 do artigo 24º (Entrada de navios estrangeiros) da LM, determina expressa e expressivamente que a “entrada, passagem e permanência de navios de guerra estrangeiros e outras embarcações de Estado estrangeiro, não empregues para fins comerciais, nas águas interiores marítimas da República de Moçambique, realiza-se mediante autorização de entrada concedida pelo Governo, por via diplomática, ao Estado de bandeira do navio”. No mesmo sentido, o artigo 25º (Tipos de entrada) da LM prevê que o Governo da República de Moçambique pode conceder quatro distintos de autorizações de entrada nas águas interiores marítimas: “entrada de visita oficial”, “entrada de visita não oficial”, “entrada por razões operacionais” e “entrada por razões de força maior”. A “entrada, passagem e permanência

17 As linhas de base de Moçambique estão previstas no Decreto nº 55/2020, de 13 de julho de 2020, que “Aprova a lista de coordenadas geográficas dos pontos que definem a Linha de Base da República de Moçambique, que resulta da combinação de segmentos de Linhas de Base Rectas (adiante designadas “LBR”) e da Linha de Base Normal (adiante designada “LBN”)”. Nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 55/2020, de 13 de julho, “[a] Linha de Base da República de Moçambique tem, respectivamente, no Norte, o ponto inicial nas coordenadas da linha mediana da Bacia do Rovuma, que servem de referência para o traçado dos limites laterais marítimos entre a República e a República Unida da Tanzânia, e ponto final, no Sul, nas coordenadas da Ponto d’Ouro, que servem de referência para o traçado dos limites laterais marítimos entre a República de Moçambique e a República da África do Sul”.

18 Na Lei n.º 4/96, de 4 de janeiro, era usada a expressão “águas interiores”, definidas como “águas situadas no interior da linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial” (alínea a) do artigo 1º (Definições).

de navio não autorizada pelo Governo” é passível de ser sancionada civil e criminalmente, ao abrigo no n.º 2 do artigo 24º da LM.

A expressa remissão para o artigo 8º da CNUDM visa reforçar os poderes soberanos do Estado moçambicano nas águas interiores marítimas, não obstante serem muito escassas as referências que podem ser encontradas a esta zona marítima nos artigos 2º e 8º da CNUDM. Com efeito, em conformidade com as disposições convencionais citadas, as águas interiores do Estado ficam “situadas no interior das linhas de base do mar territorial” e são uma zona marítima onde o Estado costeiro exerce soberania.

Nestes termos, da conjugação da legislação interna moçambicana e do DIM pode ser entendido que: i) as águas interiores marítimas têm um estatuto equivalente aquele que o Estado costeiro exerce soberanamente no território terrestre; ii) não existe um limite genérico para as águas interiores, seja interno ou exterior, na medida em que estas dependem das linhas de base que tenham sido adotadas¹⁹; iii) a CNUDM reduziu ao mínimo as referências às águas interiores por se entender que o estatuto jurídico-internacional desta zona marítima não careceria de qualquer regulamentação convencional; iv) os poderes que o Estado moçambicano pode exercer nas águas interiores marítimas não estão dependentes da sua conciliação com os poderes de terceiros Estados.

D. Mar territorial

Pondo fim a uma polémica de séculos, a CNUDM fixou a largura máxima do mar territorial em doze milhas marítimas. Em conformidade, está previsto no artigo 12º da CNUDM que “[t]odo o Estado tem o direito de fixar a largura do seu mar territorial até um limite que não ultrapasse 12 milhas marítimas”. Essa foi a opção do Estado moçambicano no artigo 12º da LM, confirmando a reivindicação que tinha sido inicialmente feita no n.º 2 do artigo 4º (Mar territorial) da Lei n.º 4/96, de 4 de janeiro).

O mar territorial é uma zona marítima onde o Estado costeiro goza tradicionalmente de soberania, sendo relativamente circunscritos os poderes que são reconhecidos aos terceiros Estados. Com efeito, com exceção do direito de passagem inofensiva reconhecido aos navios com a bandeira de outros Estados, ao Estado moçambicano são, explícita ou implicitamente, reconhecidos todos os outros poderes que podem ser concebíveis e necessários à sua atuação nesse espaço marítimo. Daqui decorre um estatuto jurídico-

19 Ver n.ºs 3 e 4 do artigo 4º (Mar territorial) da Lei n.º 4/96, de 4 de janeiro.

internacional próximo da territorialização, sem que possa ser defendida uma assimilação entre os regimes jurídicos do mar territorial e do território terrestre.

Assim sendo, num elenco circunscrito ao exercício do direito de passagem inofensiva, o artigo 21º (Leis e regulamentos do Estado costeiro relativos à passagem inofensiva) da CNUDM estipula que o Estado moçambicano no seu mar territorial tem o poder para criar normas relativas: i) à segurança da navegação e à regulamentação do tráfego marítimo, nomeadamente através de sistemas de separação de tráfego; ii) à proteção das instalações e dos sistemas de auxílio à navegação e de outros serviços ou instalações; iii) à proteção de cabos ou ductos submarinos; iv) à conservação dos recursos vivos do mar; v) à pesca; vi) à preservação do meio marinho e ao controlo da poluição; vii) à investigação científica e aos levantamentos hidrográficos; e viii) às matérias aduaneiras, fiscais, de imigração e de segurança sanitária.

Da mesma forma que, tendo como ponto de partida o artigo 19º (Significado de passagem inofensiva) da CNUDM, é possível entender que são atribuições exclusivas do Estado moçambicano no mar territorial: i) a segurança e a defesa; ii) os exercícios e as manobras com armas de qualquer tipo; iii) o lançamento, pouso ou recebimento a bordo de qualquer aeronave; iv) o lançamento, pouso ou recebimento a bordo de qualquer dispositivo militar; v) as atividades de pesca; e vi) a realização de atividades de investigação ou de levantamento hidrográfico.

Em termos bastantes desenvolvidos e detalhados, com base no exercício de soberania, os poderes de actuação do Estado moçambicano no seu mar territorial estão previstos nos artigos 26º a 34º da LM. Em conformidade com o n.º 1 do artigo 28º (Critério material) da LM, o “Estado moçambicano exerce jurisdição civil sobre navio estrangeiro que transite pelo seu mar territorial em casos excepcionais, só podendo tomar, sobre o mesmo navio, medidas executórias ou medidas cautelares e, matéria civil, por força de obrigações assumidas pelo navio, ou de responsabilidades que o mesmo haja incorrido durante a navegação ou devido a esta, quando da sua passagem por águas jurisdicionais moçambicanas”. Com base numa expressa incorporação do regime da CNUDM no ordenamento moçambicano, o n.º 2 do artigo 28º da LM estipula que o “Estado moçambicano exerce jurisdição penal sobre os navios que passam pelo seu mar territorial, nos termos do disposto nos artigos 19, 20, 21, 22, 23 e 27 da Convenção, por violações do direito de passagem inofensiva e nos casos em que igual regime seja aplicável, nos termos do disposto nos artigos 21, 23, 23 e 27 da Convenção”.

E. Zona Contígua

A CNUDM fixou a largura máxima da zona contígua em vinte e quatro milhas marítimas. Em conformidade, está previsto no n.º 2 do artigo 33º da CNUDM que a “zona contígua não pode estender-se além de 24 milhas marítimas”. Essa é a posição assumida pelo Estado moçambicano, no artigo 16º da LM, ao estabelecer que a “zona contígua ao mar territorial deve ser definida como a faixa do mar adjacente ao mar territorial, a qual se estende até 24 milhas náuticas, medidas a partir da linha de base”. Em termos consonantes, o n.º 1 do artigo 8º (Zona contígua ao mar territorial) da Lei n.º 4/96, de 4 de janeiro, previa que a “zona contígua ao mar territorial é definida como a faixa de mar adjacente ao mar territorial, a qual se estende até 24 milhas marítimas medidas a partir da linha de base”.

A zona contígua é um espaço de alto mar relativamente ao qual o Estado moçambicano pode exercer os poderes previstos para a zona contígua em conjugação com os poderes específicos previstos para a zona económica exclusiva e para a plataforma continental. Nestes termos, em conformidade com os artigos 33º e 303º da CNUDM, entre as doze milhas marítimas e as vinte e quatro milhas marítimas, para além dos poderes resultantes da zona económica exclusiva e da plataforma continental, o Estado moçambicano ainda tem poderes para: i) criar legislação que permita a repressão de infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de emigração ou sanitários que tenham lugar no território terrestre ou no mar territorial; ii) fiscalizar os navios que possam estar a violar as leis e os regulamentos aduaneiros, fiscais, de emigração ou sanitários aplicáveis ao território terrestre ou ao mar territorial; iii) reprimir as violações às leis e aos regulamentos aduaneiros, fiscais, de emigração ou sanitários aplicáveis ao território terrestre ou ao mar territorial; iv) criar legislação que permita a repressão da remoção não autorizada dos fundos marinhos da zona contígua de objetos arqueológicos e históricos achados no mar; v) fiscalizar os navios que possam estar a violar as leis e os regulamentos aplicáveis à remoção não autorizada dos fundos marinhos da zona contígua ou no mar territorial de objetos arqueológicos e históricos achados no mar; e vi) reprimir as violações às leis e aos regulamentos aplicáveis à remoção não autorizada de objetos arqueológicos e históricos achados nos fundos marinhos da zona contígua ou no mar territorial.

Em conformidade com o enquadramento jurídico-internacional e com uma redação particularmente explícita, o n.º 2 do artigo 38º (Fiscalização, inspeção e exercício do direito de visita) da LM estipula que as autoridades moçambicanas “ao exercer a acção de fiscalização, inspeção e direito de visita e ao abrigo do disposto no artigo 110 da Convenção, têm em conta que só [o] devem fazer quando tenham o mínimo de suspeita da prática eminente

de qualquer infracção à legislação moçambicana ou que o navio pretende demandar qualquer dos seus portos”.

F. Zona económica exclusiva

A CNUDM fixou a largura máxima da zona económica exclusiva em duzentas milhas marítimas. Em conformidade, está previsto no artigo 57º da CNUDM que a “zona económica exclusiva não se estenderá além de 200 milhas marítimas”. Essa foi a opção do Estado moçambicano, no artigo 16º da LM, em consonância com a reivindicação constante do artigo 9º (Zona económica exclusiva) da Lei n.º 4/96, de 4 de Janeiro²⁰.

A zona económica exclusiva é um espaço *sui generis* onde, em conformidade com a CNUDM, devem ser harmonizados os poderes do Estado costeiro e os poderes que são identicamente reconhecidos nesse espaço marítimo aos terceiros Estados. Em conformidade: i) o artigo 55º da CNUDM (Regime específico da zona económica exclusiva) determina que a zona económica exclusiva está “sujeita ao regime jurídico específico” estabelecido na parte V “segundo o qual os direitos e a jurisdição do Estado costeiro são regidos pelas disposições pertinentes da presente Convenção”; ii) o n.º 2 do artigo 56º da CNUDM (Direitos, jurisdição do Estado costeiro na zona económica exclusiva) afirma expressamente que “[n]o exercício dos seus deveres e no cumprimento dos seus deveres (...), o Estado costeiro terá em devida conta os direitos e deveres dos outros Estados”; iii) no n.º 1 do artigo 58º da CNUDM (Direitos e deveres de outros Estados na zona económica exclusiva) está previsto que na “zona económica exclusiva, todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral, gozam (...) das liberdades de navegação e sobrevoo e de colocação de cabos e ductos submarinos (...), bem como de outros usos do mar internacionalmente lícitos”; iv) no n.º 3 do artigo 58º da CNUDM (Direitos e deveres de outros Estados na zona económica exclusiva) está estabelecido que “no exercício dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres na zona económica exclusiva (...), os Estados terão em devida conta os direitos e deveres do Estado costeiro e cumprirão as leis e regulamentos por ele adotados”.

20 A reivindicação inicial de poderes pelo Estado moçambicano na zona marítima qualificada atualmente como zona económica exclusiva pode ser encontrada no artigo 2º do Decreto-Lei n.º 31/76, de 19 de agosto, ao ser afirmado que “[n]a zona contígua ao mar territorial, até às duzentas milhas marítimas da linha de base, a República Popular de Moçambique tem poderes soberanos relativamente a prospecção e exploração, conservação e administração dos recursos naturais, biológicos ou não biológicos, do fundo do mares, do seu subsolo e das águas suprajacentes”.

Os poderes do Estado moçambicano na zona económica exclusiva, em conformidade com a terminologia utilizada na CNUDM, podem ser divididos em duas categorias principais: a dos denominados “direitos de soberania” e a de “jurisdição”. Não existe uma diferença substancial entre as duas, na medida que ambas consagram poderes circunscritos a atividades específicas.

De acordo com a primeira categoria, a dos denominados “direitos de soberania”, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 56º da CNUDM (Direitos, jurisdição do Estado costeiro na zona económica exclusiva), ao Estado moçambicano são reconhecidos direitos exclusivos de: i) exploração e aproveitamento dos recursos naturais, vivos e não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar; ii) conservação e gestão dos recursos naturais, vivos e não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar; e iii) de exploração e aproveitamento da zona para fins económicos, nomeadamente para a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos.

De acordo com a segunda categoria, a de “jurisdição”, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 56º da CNUDM (Direitos, jurisdição do Estado costeiro na zona económica exclusiva), ao Estado moçambicano são identicamente reconhecidos direitos exclusivos de: i) colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; ii) de realização e de autorização de investigação científica marinha; e iii) de proteção e preservação do meio marinho.

O núcleo essencial da parte V da CNUDM, compreendido entre os artigos 61º e 72º, é dedicado à regulamentação da pesca. Apesar de estar desdobrada num articulado bastante extenso e detalhado, o artigo 63º (Populações existentes dentro das zonas económicas exclusivas de dois ou mais Estados costeiros ou dentro da zona económica exclusiva e numa zona exterior e adjacente à mesma) da CNUDM foi posteriormente completado pelo Acordo relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores, assinado em 4 de Agosto de 1995²¹.

Em consonância com a receção material da CNUDM no ordenamento moçambicano, o artigo 39º (Natureza jurídica dos poderes) da LM prevê que o Estado moçambicano exerce sobre a zona económica exclusiva os seguintes poderes: “direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento,

21 O Acordo relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores, assinado em Nova Iorque a 4 de agosto de 1995, foi ratificado por Moçambique a 10 de dezembro de 2008.

conservação e gestão dos recursos naturais vivos ou não vivos existentes na coluna de água abrangida pela zona, bem como as potencialidades energéticas dessa coluna de água e da camada aérea que sobre ela assenta” (alínea a), “direitos de jurisdição sobre a utilização e colocação de ilhas artificiais e outras estruturas, sobre ductos e cabos, sobre a investigação científica, prospecção e pesquisa marinhas de qualquer natureza” (alínea b), e “direitos de jurisdição quanto à criação de reservas naturais para fins de protecção e preservação do meio marinho” (alínea c).

Em termos particularmente explícitos, o artigo 40º da LM estabelece que o Estado moçambicano “exerce jurisdição penal sobre os navios que se achem na zona económica exclusiva quando violem a parte XII da Convenção ou violem a legislação adoptada em conformidade com a parte V da Convenção” (n.º 1), com a muito relevante ressalva de que o exercício da jurisdição penal devem ter em consideração as “limitações impostas nos artigos 73 e 220, ambos da Convenção, os quais, em geral, não admitem a aplicação de penas privativas de liberdade”. Os poderes de jurisdição civil e criminal do Estado moçambicano são reforçados no artigo 42º (Protecção e preservação do meio marinho) da LM, ao ser prevista a atuação para “prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, bem como a degradação dos ecossistemas” (n.º 3), e para prevenir a “poluição proveniente de instalações, estruturas, plataformas, ilhas artificiais ou outros dispositivos que funcionem no meio marinho” (n.º 6). Em termos consonantes, a alínea b) do artigo 50º (Atividades de fiscalização e direito de visita e inspeção) estabelece o direito de fiscalização e de visita e inspeção no quadro do “exercício de jurisdição no que concerne à protecção e à preservação do meio marinho, investigação científica, ilhas artificiais, instalações e outras estruturas”.

O artigo 46º da LM prevê a emissão de leis e de regulamentos pelo Estado moçambicano para fixar as regras relativas à exploração de recursos vivos na zona económica exclusiva de Moçambique. De modo a assegurar o efetivo cumprimento da legislação que tenha sido emitida, o Estado moçambicano, “no âmbito da sua jurisdição civil, administrativa e penal, fiscaliza, inspecciona e exerce o direito de visita, bem como adopta medidas de execução para apresamento de embarcações, incluindo o estabelecimento de mecanismos judiciais e processuais que entenda necessários” (n.º 2).

G. Plataforma continental

O n.º 1 do artigo 17º (Limites da plataforma continental) da LM, estabeleceu como limite exterior da plataforma continental “o bordo exterior da margem continental ou até uma distância de 200 milhas náuticas a partir das linhas de base, da qual se mede a largura do mar territorial, nos termos

do disposto no número 1 do artigo 76 da Convenção”. Esta previsão deve ser completada com a previsão, no n.º 3 da mesma disposição, da possibilidade da extensão da plataforma continental de Moçambique até “350 milhas náuticas ou 100 milhas náuticas medias a partir da isóbata, nos termos do disposto nos números 4, 5, 6 e 7 do artigo 76 da Convenção”^{22 23}.

Importa salientar que a plataforma continental é uma zona marítima inerente ao Estado costeiro, na medida em que os seus direitos “sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa”, nos termos do n.º 3 do artigo 77º da CNUDM. Os poderes do Estado costeiro nesta zona marítima estão claramente recortados desde a Convenção de Genebra sobre a Plataforma Continental de 1958²⁴, tendo sido incorporados, praticamente sem discussão, na CNUDM. Assim, em conformidade com a CNUDM, na continuidade do regime jurídico anterior, o Estado moçambicano tem na plataforma continental: i) direitos de soberania para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais²⁵; ii) direitos exclusivos de colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; iii) direitos exclusivos de autorização e regulamentação de perfurações; iv) direitos exclusivos de realização e de autorização de investigação científica marinha; v) direito a estabelecer condições para os cabos e ductos submarinos que penetrem no seu território ou no seu mar territorial; vi) jurisdição sobre cabos e ductos submarinos construídos ou utilizados em

22 A interpretação desta disposição deve ter em consideração a redação do nº 5 do artigo 76º CNUDM, em conformidade com o qual a distância não deve exceder “350 milhas marítimas da linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial ou uma distância que não exceda 100 milhas marítimas de isóbata de 2500 m, que é uma milha que une profundidades de 2500 m”.

23 Moçambique apresentou uma submissão para o alargamento da sua plataforma continental além de duzentas milhas marítimas à Comissão de Limites da Plataforma Continental a 7 de julho de 2010 (informação disponível em https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_moz_52_2010.htm).

24 Uma tradução oficial em língua portuguesa da Convenção sobre a Plataforma Continental, aprovada na Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em Genebra a 28 de Outubro de 1958, pode ser encontrada no Decreto-Lei n.º 44490 (Diário do Governo [de Portugal], 1ª Série, n.º 177, de 3 de agosto de 1962, acessível em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-plataforma-continental-0>). O texto original em língua inglesa pode ser encontrado em United Nations, Treaty Series, vol. 499, p. 311.

25 Sendo recursos naturais, para os efeitos do n.º 4 do artigo 77º da CNUDM, “os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo, bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias, isto é, aquelas que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo ou só podem mover-se em constante contacto físico com esse leito ou subsolo.”

relação com a exploração da plataforma continental ou com o aproveitamento dos seus recursos; e vii) jurisdição sobre cabos e ductos submarinos construídos ou utilizados em relação com o funcionamento de ilhas artificiais, instalações ou estruturas instaladas na plataforma continental.

A principal inovação introduzida pela CNUDM relativamente à exclusividade dos poderes soberanos do Estado moçambicano no aproveitamento dos recursos naturais da plataforma continental pode ser encontrada no “pagamento ou contribuições em espécie”, em conformidade com o artigo 82º (Pagamento e contribuições relativos ao aproveitamento da plataforma continental além das 200 milhas marítimas) da CNUDM, quando se concretizar o seu alargamento além das duzentas milhas marítimas.

O n.º 1 do artigo 51º (Natureza jurídica dos poderes exercidos na plataforma continental) da LM caracteriza os poderes do Estado moçambicano sobre a plataforma continental como “dominiais próprios e de raiz”, o que implica que, em conformidade com o artigo 52º (Especificidade dos direitos de jurisdição e de fiscalização) da LM, tenha “direitos de jurisdição específicos” sobre “a colocação de cabos e ductos submarinos”, “a construção e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas”, “a sua plataforma continental”, “as perfurações na sua plataforma continental”²⁶, “a escavação de túneis”, “a proteção e preservação do meio marinho” e “a investigação científica e pesquisas marinhas de qualquer natureza”.

26 Sobre o regime jurídico da atribuição de direitos para a realização de operações petrolíferas em Moçambique, ver a Lei n.º 21/2014, de 18 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2022, de 19 de dezembro.

IV. CRIMES MARÍTIMOS E CONTRAÇÕES MARÍTIMAS

O n.º 1 do artigo 18º (Competência em matéria penal) da LTM determina que “[c]ompete aos tribunais marítimos julgar os crimes marítimos cometidos na respetiva área de jurisdição e assim tipificados pela lei penal marítima ou outra legislação aplicável”. No mesmo sentido, o n.º 2 do artigo citado prevê que “[c]ompete ainda aos tribunais marítimos conhecer das contrações marítimas que concorram com algum crime marítimo”. Esta disposição deve ser interpretada e aplicada em conjugação com o artigo 21º (Competência em matéria de contrações) da LTM, na medida em que está previsto que “[c]ompete às administrações marítimas locais, conhecer das contrações marítimas que não caibam na disposição do artigo 20º (n.º 1) e, ainda, que “[c]ompete ainda, ao tribunal marítimo, conhecer dos recursos das decisões do administrador marítimo local proferido em processo de contração marítima”.

Com uma redação que pode ser excessivamente aberta, o artigo 20º (Crimes marítimos) da LTM estipula que “[c]onsideram-se crimes marítimos, as infracções que pela sua estreita relação com a vida no mar (...), sejam tipificados como tal pela lei penal marítima e outra legislação aplicável”. No mesmo sentido, o artigo 50º (Penas por crimes e danos ambientais) da LTM determina que “[s]ão aplicáveis aos crimes e danos ambientais que cabem na jurisdição marítima, as penas e as multas previstas em legislação vigente”²⁷.

A remissão feita pela LTM para o ordenamento moçambicano abrange, antes de mais, a Lei n.º 20/2019, de 8 de novembro de 2019, ou Lei do Mar, na medida em que esta legislação dedica um capítulo específico do seu articulado à previsão de sanções para a violação do regime jurídico em vigor, atribuindo jurisdição aos tribunais marítimos para apreciar os crimes marítimos, em conformidade com o n.º 2 do artigo 93º (Crimes) da LM. Em termos particularmente específicos e relevante para um adequado funcionamento do sistema, o artigo 94º (Prevenção de crimes) da LM determina que “[c]ompete ao Governo, assegurar através da autoridade marítima competente ou a quem o Governo delegar, a proteção de construções navais flutuantes, navegantes ou não, ou qualquer infra-estrutura instalada no espaço marítimo, a fim de prevenir o cometimento dos crimes marítimos previstos na presente Lei”.

O n.º 1 do artigo 93º (Crimes) da LM, integrado no Capítulo X, “Crimes

27 Um panorama da legislação ambiental vigente em Moçambique pode ser encontrado em Carlos Manuel SERRA, *Colectânea de Legislação do Ambiente*, 2ª ed., Centro de Direito do Ambiente, da Biodiversidade e da Qualidade de Vida, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, 2021.

e Contravenções”, elenca um conjunto de mais de duas dezenas de crimes marítimos, com um âmbito bastante alargado e diversificado, relacionado com os diversos usos do mar, com a salvaguarda de que estes devem ser harmonizados com o “disposto em legislação específica, os definidos no Código Penal e no Código Disciplinar da Marinha Mercante”. Em alguns casos é manifesta a necessidade de conjugar os tipos legais de crimes marítimos com a receção material do DIM pelo ordenamento jurídico moçambicano. São exemplos particularmente relevantes do enquadramento jurídico-internacional dos crimes marítimos previstos no ordenamento jurídico moçambicano: i) a alínea a), ao qualificar como crime marítimo “a poluição do espaço marítimo nacional ou, por qualquer forma degradar as suas qualidades, e o meio ambiente marinho por fonte de qualquer natureza sem observância das disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas por autoridade competente, bem como da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL) sendo o autor punido com pena de prisão de dois a oito anos e multa correspondente”²⁸; ii) a alínea j), ao qualificar como crime marítimo o “transporte por via marítima e/ou águas navegáveis do domínio público lacustre e fluvial de droga ou outros estupefacientes, sendo o autor punido com a pena de prisão de doze a dezasseis anos e multa correspondente”; iii) a alínea m), ao qualificar como crime marítimo “a apropriação ilícita ou exercício intencional de força ou por outra forma de intimidação, do controlo de uma plataforma, ilha artificial ou qualquer estrutura ou instalação, sendo o autor punido com a pena de prisão de doze a dezasseis anos e multa correspondente”; iv) a alínea n), ao qualificar como crime marítimo “a prática intencional de violência contra uma pessoa a bordo de uma plataforma, se o acto colocar em perigo a sua segurança náutica, sendo o autor punido com a pena de prisão de oito a doze anos e multa correspondente”; v) a alínea o), ao qualificar como crime marítimo “a destruição de plataforma, ilha artificial ou qualquer estrutura ou instalação, sendo o autor punido com a pena de prisão de oito a doze anos e multa correspondente”; e vi) a alínea p), ao qualificar como crime marítimo, “a colocação ou fazer colocar por outrem numa plataforma, por qualquer meio, um dispositivo ou uma substância que a possa destruir ou pôr em perigo a sua segurança náutica, sendo o autor punido com a pena de prisão de doze a dezasseis anos e multa correspondente”²⁹.

28 A adesão de Moçambique à Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios 1973 e seu Protocolo de 1978 – MARPOL 1973-1978 teve lugar através da Resolução n.º 5/2003, publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 7, 3º Suplemento, de 25 de fevereiro de 2003.

29 Em conformidade com o n.º 4 do artigo 58º (Mecanismos jurisdicionais para o controlo

Em resultado da expressa remissão para o Código Penal de Moçambique (Lei n.º 24/2019, de 24 de dezembro de 2019, com a redação dada pela Lei n.º 17/2020, de 23 de dezembro) importa ter em consideração, nomeadamente, o artigo 228º (Captura ou desvio de aeronave, navio, comboio ou veículo de transporte colectivo de passageiros), o artigo 229º (Atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho de ferro ou terra), o artigo 232º (Condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho de ferro), o artigo 317º (Poluição), o artigo 386º (Pirataria) e o artigo 387º (Hostilidade contra navio ou aeronave moçambicana em tempo de paz). A expressa previsão do crime de pirataria no ordenamento jurídico moçambicano é particularmente importante, na medida em que a prática jurídico-internacional tem demonstrado a impossibilidade de punir atuações desta natureza quando não existe legislação interna que o preveja³⁰. Em conformidade com o n.º 1 do artigo 386º (Pirataria), “[c]omete o crime de pirataria, punível com a pena de prisão de 16 a 20 anos, todo aquele que tripule ou comande por meios violentos, nave ou aeronave, ou dela se aproprie com fraude ou violência, ou desvie da sua rota normal, no intuito de cometer roubos, praticar violência contra a nave ou aeronave ou contra as pessoas ou bens a bordo das mesmas, bem como para atentar contra a segurança do Estado ou de Estado estrangeiro”. Os números 2 e 3 do mesmo artigo alargam a punição por pirataria a “todo aquele que usurpar o comando de nave ou aeronave nacional ou fretada por empresa nacional, seguida de navegação com violação das normas fundamentais de liberdade e de segurança de comércio ou com lesão dos interesses nacionais” e, ainda, à “alteração dos sinais de terra, mar ou ar que constituam manobras fraudulentas de naufrágio, a portagem, amaragem, ou aterragem de naves ou aeronaves com o fim de atentar contra estas ou contra as pessoas ou bens a bordo”.

É muito mais complexa a remissão para o Código [Penal e] Disciplinar da Marinha Mercante, na medida em que é necessário delimitar com extremo rigor o texto que se encontra em vigor em Moçambique e, também, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico de Moçambique. A versão

da poluição marinha) da LM, o “Estado moçambicano exerce jurisdição penal sobre ilhas artificiais, instalações e estruturas infractoras por intermédio de funcionários oficialmente habilitados e navios de guerra ou aeronaves militares, ou outros navios ou aeronaves que possuam sinais claros e sejam identificáveis como estando ao serviço do Estado moçambicano, e autorizados para o efeito, e aos quais a Convenção atribui poderes para o exercício de poderes de polícia em relação às embarcações estrangeiras para a execução dessas medidas, em observância da parte XII da Convenção”.

30 Sobre o regime jurídico-internacional aplicável à pirataria, ver Fernando LOUREIRO BASTOS, “Comentário à Parte VII. Alto Mar”, in Wladimir Brito e Fátima Castro Moreira, *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, Almedina, 2022, pp. 314-316.

inicial do diploma foi aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 33252, de 19 de novembro de 1943, tendo sido posteriormente alterada, antes da independência de Moçambique, pelo Decreto-Lei n.º 39688, de 5 de junho de 1954, e pelo Decreto-Lei n.º 307/70, de 2 de julho de 1970. Assim sendo, em resultado da receção material do direito de origem portuguesa pelo ordenamento jurídico moçambicano aquando da independência, a aplicação do diploma em referência não deverá ter em consideração as alterações que foram introduzidas após a independência de Moçambique pelo Decreto-Lei n.º 678/75, de 6 de dezembro de 1975, pelo Decreto-Lei n.º 194/78, de 19 de julho de 1978, e pelo Decreto-Lei n.º 39/85, de 11 de fevereiro de 1985.

Se tivermos em consideração a versão original do Código [Penal e] Disciplinar da Marinha Mercante, o artigo 126º estipula que “[s]ão crimes marítimos aqueles que pela sua íntima relação com a vida do mar são classificados como tais por este Código”, e qualifica como crimes marítimos em especial, a deserção (artigos 132º a 134º), a insubordinação (artigos 135º e 136º), a desobediência (artigos 137º a 139º), a falsificação de documentos (artigos 140º a 143º), as ofensas corporais (artigos 144º a 149º), as ameaças (artigos 150º a 152º), a difamação e injúria (artigos 153º a 155º), as lesões causadas ao navio, à carga ou aos objetos de bordo (artigos 156º a 162º), o embarque clandestino (artigos 163º e 164º), a introdução de bebidas alcoólicas e de substâncias perigosas ou nocivas (artigo 165º), o embarque ou desembarque ilícito de outras mercadorias (artigo 166º), os atentados contra a segurança da navegação (artigos 167º a 169º), o abandono do navio (artigo 170º) e a recusa de socorros a náufragos (artigo 171º)³¹.

A harmonização do enquadramento jurídico anteriormente enunciado com outras áreas do ordenamento jurídico moçambicano, em razão da remissão para legislação específica, é particularmente evidente e sensível quando estamos a lidar com regime jurídico previsto no Regulamento de Gestão e Ordenamento da Zona Costeira e das Praias, aprovado pelo Decreto n.º 97/2020, de 4 de novembro de 2020. Com efeito, em conformidade com o n.º 1 do seu artigo 3º (Âmbito de aplicação), está previsto que as “disposições do presente Regulamento aplicam-se às áreas de domínio público marítimo do mar territorial e da zona costeira dentro da faixa de terra que orla as águas marítimas, contorno de ilhas, baías e estuários medida das linhas máximas de

31 A interpretação e aplicação do Código Disciplinar da Marinha Mercante deverá ter em consideração o Regulamento do Trabalho Marítimo, aprovado pelo Decreto n.º 50/2014, de 23 de setembro de 2014, nomeadamente quando este prevê que a “violação das disposições deste Regulamento é punida nos termos da Lei do Trabalho” (artigo 76º, Sanções) e que “[e]m tudo o que não estiver regulado no presente Regulamento é aplicável o regime geral da Lei do Trabalho” (artigo 77º, Direito Subsidiário).

preia-mar até 100 metros para o interior do território, nos termos da legislação aplicável”. Daqui decorre que o seu artigo 51º (Infracções e Sanções) estipule que as “infracções ao presente Regulamento são sancionadas com multa e acompanhadas de medidas de recuperação ou de indemnização obrigatória aos danos causados de acordo com a legislação específica, e, sem prejuízo de aplicação de sanções penais a que derem lugar”³².

Importa ter identicamente em consideração que o artigo 165º (Participação de infracções) do Regulamento da Pesca Marítima (REPMAR), aprovado pelo Decreto n.º 89/2020, de 8 de outubro de 2020, estipula que “[t]odo aquele que testemunhar ou presenciar a prática de uma infracção à Lei das Pescas e incumprimento do presente Regulamento e demais legislação aplicável deve participar da ocorrência à entidade competente que superintende a área das pescas”. A interpretação e aplicação desta previsão deverá ser feita em conjunção com o n.º 2 do artigo 166º (Processo de infracção de pesca), na medida em que determina que a “instrução do Processo de Infracção de Pesca obedece a um formalismo próprio a ser aprovado, em regulamentação complementar específica, pelo Ministro que superintende a área das pescas”. A necessidade da tomada em consideração desta regulamentação resulta, nomeadamente, da previsão no n.º 4 do seu artigo 154º (Poluição marinha), ao ser determinado que o “disposto na legislação sobre a prevenção e proteção do ambiente marinho costeiro aplica-se, com as necessárias adaptações, às embarcações de pesca que operam nas águas jurisdicionais moçambicanas e para as embarcações moçambicanas que operam no alto mar e nas águas de terceiros Estados”.

Da apresentação anterior resulta evidente que são bastante diversificadas as fontes do ordenamento jurídico moçambicano que os tribunais marítimos devem ter em consideração quando estão a apreciar comportamentos que podem ser potencialmente qualificados como crimes marítimos ou como contravenções marítimas no âmbito do espaço marítimo nacional de Moçambique³³.

32 A título de exemplo, o Anexo II, atinente ao n.º 2 do artigo 51º do Regulamento de Gestão e Ordenamento da Zona Costeira e das Praias, prevê: i) para a infracção de “[l]ançar, abandonar, despejar, enterrar ou queimar qualquer tipo de resíduos, sólidos ou líquidos” a sanção de “3 salários mínimos”; ii) para a infracção de “[d]estruir ecossistemas sensíveis” a sanção de “6 salários mínimos”; e iii) para a infracção de “[e]xplorar, abater, destruir ou remover vegetação”, a sanção de 6 salários mínimos e apreensão do equipamento utilizado para a prática da infracção”.

33 É passível de discussão a produção de efeitos em Moçambique da qualificação como crimes marítimos das infracções à Convenção Internacional para a Proteção dos Cabos Submarinos, assinada em Paris em 14 de março de 1884, com entrada em vigor em Portugal a 1 de maio de 1888, que foram objeto de regulamentação no ordenamento jurídico português pelo

CONCLUSÕES

Sendo Moçambique um Estado costeiro, com uma extensa zona costeira de cerca de dois mil e setecentos quilómetros, a CRM previu expressamente a possibilidade de tribunais marítimos integrarem a estrutura jurisdicional (n.º 2 do artigo 222º CRM). Em conformidade, a Lei n.º 10/2022, de 7 de Julho de 2022, regulou de forma atualizada a previsão da existência de tribunais marítimos em Moçambique, substituindo a legislação anteriormente em vigor (Lei n.º 5/96, de 4 de janeiro).

Em conformidade com o artigo 2º (Âmbito) da LTM, os “tribunais marítimos dirimem litígios relacionados à jurisdição marítima, fluvial e lacustre em matéria cível, criminal e comercial, bem como contravenções marítimas, fluviais, lacustres e de outras matérias de natureza marítima, fluvial e lacustre que não sejam por lei atribuídas a outra jurisdição”. O artigo 5º (Jurisdição) da LTM prevê que a jurisdição dos tribunais marítimos abrange “o espaço marítimo nacional e todas as águas fluviais e lacustres e o respectivo leito e subsolo, bem como o domínio público adjacente a tais águas” (alínea a) e “as zonas portuárias e de estaleiros de construção e reparação naval, docas secas, tiradouros, tendais de artes de pesca e seus arraiais e instalações de natureza semelhante” (alínea b)). Na lista de definições constante do glossário, para que remete o artigo 4º da LTM, o conceito de “espaço marítimo nacional” é definido como sendo o “conjunto de zonas marítimas situadas no território nacional, nomeadamente as águas interiores marítimas, o mar territorial, a zona contígua, a zona económica exclusiva, a plataforma continental e a zona costeira”.

Em função do âmbito de aplicação espacial da Lei dos Tribunais Marítimos, uma adequada compreensão desta legislação e das suas remissões impõe que se tenha em devida consideração a caracterização do “espaço marítimo nacional” de Moçambique e o seu enquadramento jurídico-internacional pelo DIM, nos termos em que este se encontra regulado pelo Direito Internacional e pela Lei nº 20/2019, de 8 de novembro de 2019 (Lei do Mar). Com efeito, em conformidade com o artigo 4º (Interpretação) da LM, que procede a uma receção material do DIM no ordenamento jurídico de Moçambique, as “disposições da presente Lei são interpretadas em conformidade com os princípios e normas do direito interno e do direito internacional, designadamente as previstas na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (...) bem como noutros instrumentos internacionais, relativos ao mar, ratificados pela República de Moçambique”.

Assim sendo, as presentes notas procuraram avançar com alguns elementos para uma adequada compreensão do enquadramento jurídico-internacional pelo DIM do exercício de jurisdição pelos tribunais marítimos moçambicanos, dando conta da distinção entre o DIM e a Direito Marítimo, da relevância das fontes do DIM como parte integrante do ordenamento jurídico de Moçambique em resultado da sua receção material, da necessidade de ser tido em consideração o específico estatuto jurídico de cada uma das “zonas marítimas” que integram o “espaço marítimo de Moçambique” e, finalmente, em apenas breves referências, um alerta para a existência de um muito complexo regime de crimes marítimos e de contravenções marítimas no ordenamento jurídico de Moçambique a carecer de um estudo aprofundado, tendo em consideração a duração das penas de prisão previstas.

Com efeito, embora a Lei dos Tribunais Marítimos trate primacialmente de questões relacionadas com matérias reguladas pelo Direito Marítimo, tem por pano de fundo um enquadramento jurídico-internacional de DIM, e deve ter em consideração a existência de áreas de complementaridade entre o DIM e o Direito Marítimo, com destaque para os regimes jurídicos-internacionais e de direito interno moçambicanos aplicáveis à prevenção e ao combate da poluição marítima.

Importa salientar que, em conformidade com o artigo 4º (Interpretação) da LM, quando os tribunais marítimos moçambicanos estão a exercer as suas competências no âmbito das “zonas marítimas” sujeitas à soberania ou jurisdição de Moçambique devem atuar tendo em devida consideração as fontes de direito do DIM vigentes no ordenamento jurídico moçambicano, com especial destaque para o costume internacional, o direito convencional, com destaque para a CNUDM, e o direito derivado de organizações internacionais intergovernamentais (em particular, em razão do DIM produzido no âmbito da Organização Marítima Internacional e da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura).

Deve ser posto, identicamente, em destaque que a manutenção do direito consuetudinário internacional como uma muito relevante fonte de Direito Internacional pode criar dificuldades aos tribunais marítimos em Moçambique quando pretendem apurar qual é o direito aplicável em determinadas áreas do DIM. Nestes casos, é muito relevante ter em consideração que existem regimes jurídico-internacionais que podem ser, simultaneamente, convencionais para um conjunto de Estados e costumeiros para os restantes. O que poderá ser particularmente difícil quando o regime costumeiro integre um conjunto de regras básicas de atuação e o regime convencional seja particularmente detalhado e inovador, como pode ser visto no articulado da CNUDM.

O artigo 10º da Lei n.º 20/2019, de 8 de novembro, enquadrado pelo DIM, estipula que o “espaço marítimo sob soberania e jurisdição do Estado

moçambicano compreende as seguintes zonas marítimas: a) zona costeira; b) águas interiores marítimas; c) mar territorial; d) zona contígua; e) zona económica exclusiva; e f) plataforma continental". Assim sendo, tendo em consideração que o exercício de jurisdição por parte dos tribunais marítimos nas zonas marítimas sob soberania e jurisdição do Estado moçambicano implica o entendimento dos poderes que Moçambique pode exercer em cada uma dessas zonas marítimas, estes deverão analisar os litígios que ocorram em cada uma destas zonas marítimas fazendo uma adequada ponderação do regime jurídico-internacional previsto na CNUDM e na legislação interna moçambicana.

Finalmente, sendo bastante diversificadas as fontes do ordenamento jurídico moçambicano que os tribunais marítimos devem ter em consideração quando estão a apreciar comportamentos que podem ser potencialmente qualificados como crimes marítimos ou como contravenções marítimas no âmbito do espaço marítimo nacional de Moçambique, a tarefa dos tribunais marítimos moçambicanos aparenta ser particularmente espinhosa na sua seleção, interpretação e aplicação. Com efeito, o n.º 1 do artigo 18º (Competência em matéria penal) da LTM determina que "[c]ompete aos tribunais marítimos julgar os crimes marítimos cometidos na respetiva área de jurisdição e assim tipificados pela lei penal marítima ou outra legislação aplicável". No mesmo sentido, o n.º 2 do artigo citado prevê que "[c]ompete ainda aos tribunais marítimos conhecer das contravenções marítimas que concorram com algum crime marítimo". Esta disposição deverá ser interpretada e aplicada em conjugação com o artigo 21º (Competência em matéria de contravenções) da LTM, na medida em que está previsto que "[c]ompete às administrações marítimas locais, conhecer das contravenções marítimas que não caibam na disposição do artigo 20º" (n.º 1) e, ainda, que "[c]ompete ainda, ao tribunal marítimo, conhecer dos recursos das decisões do administrador marítimo local proferido em processo de contravenção marítima".

Com uma redação que pode ser excessivamente aberta, em razão da duração das penas de prisão que estão previstas, o artigo 20º (Crimes marítimos) da LTM estipula que "[c]onsideram-se crimes marítimos, as infracções que pela sua estreita relação com a vida no mar (...), sejam tipificados como tal pela lei penal marítima e outra legislação aplicável". No mesmo sentido, o artigo 50º (Penas por crimes e danos ambientais) da LTM determina que "[s]ão aplicáveis aos crimes e danos ambientais que cabem na jurisdição marítima, as penas e as multas previstas em legislação vigente"³⁴. A remissão feita pela LTM para outros

34 Um panorama da legislação ambiental vigente em Moçambique pode ser encontrado em Carlos Manuel SERRA, *Colectânea de Legislação do Ambiente*, 2ª ed., Centro de Direito do

diplomas legais em vigor no ordenamento moçambicano abrange, antes de mais, a Lei n.º 20/2019, de 8 de novembro de 2019, ou Lei do Mar, na medida em que esta legislação dedica um capítulo específico do articulado à previsão de sanções para a violação do regime jurídico em vigor, atribuindo jurisdição aos tribunais marítimos para apreciar os crimes marítimos, em conformidade com o n.º 2 do artigo 93º (Crimes) da LM.

O n.º 1 do artigo 93º (Crimes) da LM, integrado no Capítulo X, “Crimes e Contravenções”, elenca um conjunto de mais de duas dezenas de crimes marítimos, com um âmbito bastante alargado e diversificado, relacionado com os diversos usos do mar, com a salvaguarda de que estes devem ser harmonizados com o “disposto em legislação específica, os definidos no Código Penal e no Código Disciplinar da Marinha Mercante”. É especialmente complexa a remissão para o Código [Penal e] Disciplinar da Marinha Mercante, na medida em que é necessário delimitar com extremo rigor o texto que se encontra em vigor em Moçambique e, também, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico moçambicano contemporâneo.

Relativamente à remissão genérica para legislação específica, será bastante complexa a sua harmonização com o Regulamento de Gestão e Ordenamento da Zona Costeira e das Praias, aprovado pelo Decreto n.º 97/2020, de 4 de novembro de 2020, e com o Regulamento da Pesca Marítima (REPMAR), aprovado pelo Decreto n.º 89/2020, de 8 de outubro de 2020, nomeadamente no que se refere ao enquadramento jurídico-penal dos diversos tipos de poluição que podem ocorrer em Moçambique, seja de proveniente de fontes terrestres, seja gerado nos diversos espaços marítimos sujeitos à soberania ou jurisdição do Estado costeiro moçambicano.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, G.E., Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA e BORBA CASELLA, Paulo, (2021), *Manual de Direito Internacional Público*, 25ª ed., Saraiva.

ARROYO, Ignacio, *“Concept, Sources, and International Organisations Relating to Shipping Law”*, in David Joseph Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman A. Martínéz Gutiérrez, Ignacio Arroyo e Elda Belja (editores), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. II, *Shipping Law of the Sea*, Oxford University Press, 2016, pp. 1-18.

BESSON, Samantha e d'ASPREMONT, Jean (editores), (2018), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press.

CISTAC, Gilles, (2004), *“A questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique”*, *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, vol. VI, pp. 9-57.

CORREIA BAPTISTA, Eduardo, *Direito Internacional Público*, vol. I, *Conceito e Fontes*, Lex, 1998 [reimpressão, AAFDL, 2018; e vol. II, *Sujeitos e Responsabilidade*, Almedina, 2004 [reimpressão, AAFDL, 2015].

COSTA GOMES, Manuel Januário da, (2005), *O ensino do Direito Marítimo. O soltar das amarras do Direito da Navegação Marítima*. Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino, Almedina.

COSTA GOMES, Manuel Januário da, (2023), *“Direito Marítimo”*, in Dário Moura Vicente, Fernando Loureiro Bastos, Manuel Almeida Ribeiro, Aziz Tuffi Saliba, Marcílio Toscano Franca Filho e Paulo Borba Casella (coordenadores), *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, D. Quixote, pp. 455-459.

COSTA GOMES, Manuel Januário da, (2023), *“Organização Marítima Internacional (OMI)”*, in Dário Moura Vicente, Fernando Loureiro Bastos, Manuel Almeida Ribeiro, Aziz Tuffi Saliba, Marcílio Toscano Franca Filho e Paulo Borba Casella (coordenadores), *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, D. Quixote, pp. 830-835.

CRAWFORD, James, (2019), *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9.ª ed., Oxford University Press.

DUARTE, Maria Luísa, (2023), *Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*, 2º ed., AAFDL.

GONÇALVES PEREIRA, André e FAUSTO DE QUADROS, (1993), *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Almedina [com muitas reimpressões posteriores].

HENRIQUES, Henriques José, (2015), *O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontros e desencontros à luz do pluralismo jurídico global*, Tese de

doutoramento, Universidade Nova de Lisboa, pp. 318-361.

HILL, Jeremy, (2023), *Aust's Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 4.ª ed.

LATTY, Franck, (2017), "*Du droit coutumier aux premières tentatives de codification*", in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Editions A. Pedone, pp. 36-54.

LOUREIRO BASTOS, Fernando, (2011), "O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004", *O Direito*, Ano 142, n.º 3, 2010, pp. 435-464 (também publicado em António Menezes Cordeiro (edit.), *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pp. 327-358; e em Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza (coordenadores), *Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, pp. 171-202).

LOUREIRO BASTOS, Fernando, (2017), *Direito Internacional do Mar. Guia de Estudo*, AAFDL, pp. 79-84.

LOUREIRO BASTOS, Fernando, (2022), "*Comentário à Parte VII. Alto Mar*", in Wladimir Brito e Fátima Castro Moreira, *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, Almedina, pp. 314-316.

LOUREIRO BASTOS, Fernando, (2023), "*Direito Internacional do Mar*", in Dário Moura Vicente, Fernando Loureiro Bastos, Manuel Almeida Ribeiro, Aziz Tuffi Saliba, Marcílio Toscano Franca Filho e Paulo Borba Casella (coordenadores), *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, D. Quixote, pp. 435-438.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, "*O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*", in Dário Moura Vicente, Henriques José Henriques, Catarina Matos Salgado e Almeida Zacarias Machava (organização), *Estudos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, AAFDL Editora, 2021, pp. 379-425.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, (2021), "*Singularidade do sistema de integração do Direito Internacional no ordenamento jurídico moçambicano*", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7, n.º 2, pp. 597-611.

MARFFY-MANTUANO, Annick de, (2017), "*La Convention de Montego Bay*", in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Éditions A. Pedone, pp. 54-68.

MIRANDA, Jorge, (2016), *Curso de Direito Internacional Público*, 6ª ed., Principia.

PEREIRA COUTINHO, Francisco, (2018), "*O Direito Internacional na Ordem Jurídica*

Moçambicana”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenação), O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa, CEDIS, pp. 229-263.

ROCCATI, Marjolaine, (2017), “*Les personnes privées*”, in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Éditions A. Pedone, 2017, pp. 308-319.

RTHWELL, Donald R. e STEPHENS, Tim, (2016), *The International Law of the Sea*, 2ª ed., Hart.

SCOVAZZI, Tullio, (2000), “*The evolution of international law of the sea: new issues, new challenges*”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, vol. 286, pp. 39-244.

SERRA, Carlos Manuel, (2021), *Colectânea de Legislação do Ambiente*, 2ª ed., Centro de Direito do Ambiente, da Biodiversidade e da Qualidade de Vida, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo.

SHAW, Malcolm N., (2021), *International Law*, 9ª ed., Cambridge University Press.

TANAKA, Yoshifumi, (2023), *The International Law of the Sea*, 4ª ed., Cambridge University Press.

THIRLWAY, Hugh W. A., (2019), *The sources of International Law*, 2ª ed., Oxford University Press.

TREVES, Tullio, (2021), “*Law of the Sea*”, in R. Wolfrum (edit.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, pp. 708-732.

TREVES, Tullio, (2018), “*The expansion of International Law. General course on Public International Law*”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, tomo 398, pp. 9-398.

WOOD, Michael, (2017), “*Le rôle contemporain du Droit International coutumier*”, in Mathias Forteau e Jean-Marc Thouvenin (direção), *Traité de Droit International de la Mer*, Éditions A. Pedone, 2017, pp. 68-77.

*Efeitos Jurídicos da Ratificação
dos Instrumentos Internacionais
sobre Pessoas com Deficiência
em Moçambique: A Questão da
Capacidade Jurídica*

Mestre Luís BITONE

Docente da Faculdade de Direito da Universidade
Eduardo Mondlane e Advogado.

Resumo

O artigo analisa os efeitos jurídicos da ratificação, por Moçambique, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPcD) e do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência (PCADHPDPcD), com foco na questão da capacidade jurídica. O autor destaca que, embora Moçambique tenha assumido compromissos internacionais relevantes, a legislação nacional ainda está desalinhada com os padrões internacionais, mantendo modelos de substituição de vontade (como interdições e inabilitações) em vez de adotar o modelo de apoio à tomada de decisão. A nova Lei de Promoção e Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em abril de 2025, representa um avanço ao reconhecer a capacidade jurídica plena e prever salvaguardas, mas ainda não revogou normas contraditórias existentes no Código Civil, Código Penal e Lei da Família. O autor conclui que é urgente harmonizar o ordenamento jurídico moçambicano com os compromissos internacionais, promovendo a autonomia e igualdade das pessoas com deficiência.

INTRODUÇÃO

Uma das categorias de grupos de minorias que sofrem da discriminação social e ausência de leis adequadas e eficientes de promoção e protecção dos seus direitos em muitos países e em especial em Moçambique são pessoas com deficiência. Com efeito, antes da aprovação, em Abril último, da Lei da Promoção e Protecção dos Direitos de Pessoas com Deficiência¹, o País não possuía uma legislação doméstica alinhada aos padrões internacionais sobre a deficiência.

Consciente na existência da discriminação e exclusão social desta categoria de pessoas, o Estado moçambicano ratificou dois instrumentos jurídicos internacionais muito importantes para a promoção e protecção dos direitos das pessoas com deficiência, designadamente, (i) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPcD)² e (ii) o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência em África (PCADHPDPcD)³.

Os dois instrumentos acima referidos vieram consagrar, em algumas das suas disposições, padrões revolucionários e progressistas que exigirão dos países signatários ou partes, reformas significativas na sua legislação doméstica sobre a matéria. São exemplos dessas disposições, os artigos 12 da CDPcD e 7 do PCADHPDPcD, que versam sobre reconhecimento igual perante a lei e questão da capacidade jurídica das pessoas com deficiência.

Aliás, foi em reconhecimento da necessidade de reformas legislativas dos Estados signatários, que no artigo 4 da CDPcD, alíneas a) e b), os Estados-Partes comprometeram-se a adoptar todas as medidas adequadas, legislativas e administrativas, bem como de outra natureza, para a implementação dos direitos reconhecidos na Convenção; e a tomarem todas as medidas adequadas, incluindo as do foro legislativo, para alterar ou abolir leis, regulamentos, costumes e práticas existentes que sejam discriminatórias das pessoas com deficiência. De igual modo, no artigo 4 do PCADHPDPcD, nas suas alíneas a) a c), os Estados-Partes comprometem-se a adoptar as medidas apropriadas para a implementação plena e eficaz dos direitos previstos no Protocolo; a integrar a deficiência nas políticas, legislação, planos, programas e actividades

-
- 1 A Lei de Promoção e Protecção dos Direitos de Pessoas com Deficiência, foi aprovada em Abril e até ao presente momento não foi ainda publicada. Nos termos do artigo 39 da referida Lei, esta entrará em vigor 120 dias após a sua publicação.
 - 2 Aprovado pela Resolução n.º 29/2010, de 31 de Dezembro, publicada no BR n.º 52, I Série, de 31 de Dezembro de 2010.
 - 3 Aprovado pela Resolução n.º 11/2021, de 27 de Dezembro, publicada no BR n.º 249, I Série de 27 de Dezembro de 2021.

de desenvolvimento e em todas as esferas da vida; e a prever nas suas constituições e em outros instrumentos legislativos e adoptar outras medidas com vista a modificar ou abolir as políticas, leis, regulamentos, usos e costumes que constituem uma discriminação contra pessoas com deficiência.

Ora, o presente artigo visa, primeiro, contribuir com propostas de soluções jurídicas para o ciclo de reformas legais em curso no País, relativamente ao exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência, e, segundo, despertar ou chamar atenção ao legislador material da necessidade de tomar em consideração os padrões internacionais sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiências nos processos de reforma legal.

De um modo específico, o artigo visa analisar até que ponto a legislação moçambicana sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência encontra-se alinhada aos padrões internacionais previstos nos artigos 12 da CDPcD e 7 do PCADHPDPcD. Caso não haja tal alinhamento, avaliar em que medida as reformas legais em curso tomam em consideração tais padrões.

O artigo terá como principais métodos (i) a revisão da literatura e (ii) a análise comparativa dos regimes jurídicos sobre a capacidade e incapacidade jurídicas das pessoas com deficiência, previstos nos artigos 12 da CDPcD e 7 do PCADHPDPcD; e no Capítulo I, Subtítulo I do Título II do Código Civil (artigos 66 a 156). Nas fontes internacionais sobre a deficiência, para além da legislação acima referida, será analisada a jurisprudência existente com destaque para os Comentários gerais do Comité sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em termos de estrutura, o presente artigo contempla 4 (quatro partes). A primeira parte é introdutória; a segunda parte é relativa aos padrões internacionais sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência; a terceira parte é dedicada ao regime jurídico doméstico sobre capacidade jurídica das pessoas com deficiência e sua conformidade com os padrões internacionais; e a quarta e última parte diz respeito às conclusões e recomendações.

I. OS ARTIGOS 12 DO CDPCD E 7 DO PCADHPDCD SOBRE A PERSONALIDADE, CAPACIDADE JURÍDICAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A. Conceitos “personalidade jurídica”, “capacidade jurídica” e capacidade mental”

O regime jurídico sobre os institutos jurídicos da personalidade e capacidade jurídicas das pessoas com deficiências está previsto nos artigos 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD) e 7 do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência em África (PCADHPDCD) sob epígrafe “**Reconhecimento igual perante a lei**”.

De acordo com o Comentário Geral n.º 1(2014) do Comité sobre Direitos das Pessoas com Deficiência⁴ – igual tratamento perante a lei é um princípio básico de protecção dos direitos humanos e é indispensável para o exercício de outros direitos humanos.

Durante muito tempo, os conceitos personalidade e capacidade jurídicas eram tratados como sinónimos⁵. De facto, historicamente, a personalidade e capacidade jurídicas são duas categorias jurídicas que habilitam qualquer pessoa a ter e exercer direitos. Porém, com o tempo os dois conceitos evoluíram para sua diferenciação. A **personalidade jurídica** é a susceptibilidade, a idoneidade, a qualidade ou aptidão de possuir direitos ou ser-se sujeito de direitos⁶. Enquanto a **capacidade jurídica** é a medida ou quantidade de direitos que um indivíduo pode possuir e exercer⁷.

Em resumo, a personalidade jurídica é uma qualidade jurídica, pressuposto de todos os direitos e obrigações e da capacidade jurídica. Isto é, a capacidade jurídica é inerente à personalidade jurídica, pois não se pode ter capacidade jurídica sem se ter a personalidade jurídica.

4 Comentário Geral n.º1 (2014), CRPD/C/GC/I, ponto. 1.

5 Veja-se OLIVEIRA, José de, (1997), Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, p.123.

6 No mesmo sentido veja-se, CAMBULE, Gil. *Teoria Geral do Direito Civil: Introdução Geral. Situação Jurídica. As Pessoas. os Bens*, VI, Maputo, Remata Communications & Printers Production House (PTY) Ltd, p. 117.

7 Neste sentido veja-se Carlos Alberto de Mota e out. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra editora, 2005, p. 194.No mesmo sentido veja-se os artigos 66 a 69 do Código Civil moçambicano.

Como muito bem disse Costa Gonçalves⁸, só no plano puramente abstracto é possível conceber os dois conceitos separadamente. Porém, na concretização do processo aplicativo do Direito, a capacidade absorve a personalidade.

A existência de experiências históricas-jurídicas que negaram ao homem a qualidade de ser pessoa⁹, bem como a existência de diferentes níveis de incapacidades impuseram a necessidade de enfatizar e manter os dois conceitos distintos em vários instrumentos de direitos humanos¹⁰.

Em relação à capacidade jurídica, é fundamental fazer-se a destrição ou diferenciação entre os conceitos “capacidade gozo” e a “capacidade de exercício”. A capacidade de gozo consagra a possibilidade genérica das pessoas serem titulares de todas ou parte das relações jurídicas de que não são expressamente excluídas por lei. Por sua vez, a capacidade de exercício ou capacidade de agir mede a susceptibilidade de alguém praticar, por si e livremente, actos jurídicos”. “A pessoa, dotada de capacidade de exercício de direitos, age pessoalmente, isto é, não carece de ser substituída por interposta pessoa na prática de actos que movimentam a sua esfera jurídica¹¹.”

Ainda ao nível da delimitação de conceitos, é fundamental que se faça a destrição entre “capacidade jurídica e “capacidade mental” das pessoas. Não raras vezes, vários instrumentos jurídicos usam os dois conceitos como sinónimos, impactando negativamente no exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Por exemplo, o artigo 32 alínea b) da Lei da Família moçambicana usa os dois conceitos como sinónimos. Todavia, estes conceitos são bem distintos.

Com efeito, como muito bem esclarece o Comentário Geral n.º (2014), do Comité sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, relativo ao artigo 12 da CDPcD, no seu ponto 13, há que distinguir a capacidade jurídica da capacidade mental. A capacidade jurídica é a medida ou quantidade de direitos que um indivíduo pode possuir e exercer. Enquanto a capacidade mental refere-se a habilidades de tomada de decisão de cada pessoa, que naturalmente varia de pessoa para pessoa e pode ser diferente de pessoa para pessoa de acordo com

8 GONÇALVES, Costa, *Personalidade Vs. Capacidade Jurídica – Um regresso ao Monismo Conceptual* – in <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D>. pdf. p. 131.

9 Como por exemplo, os casos de escravidão.

10 Neste sentido, os artigos 6 e 7 da DUDH.

11 PINTO, Carlos Alberto da Mota et all, (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., Coimbra Editora, p. 220.

vários factores tais como, factores ambientais e sociais¹². Portanto, capacidade jurídica é uma figura legal enquanto a capacidade mental é uma capacidade biológica. Em termos práticos, a distinção destes dois conceitos tem um valor fundamental no exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Por exemplo, uma pessoa com anomalia psíquica não deixa de ter plena capacidade jurídica de gozo e de exercício. Porém, pode acontecer que, algumas pessoas com anomalia psíquica, não tenham capacidade mental adequada, isto é, habilidades biológicas de tomada de decisão para o exercício de todos os seus direitos. Neste caso, as medidas a tomar serão concretas e variarão de pessoa para pessoas e não serão medidas gerais e abstractas.

Todavia, parte significativa dos Estados signatários dos instrumentos acima referidos, não fazem nenhuma distinção dos conceitos “capacidade jurídica” e “capacidade mental”, o que, não raras vezes, resulta na limitação geral e abstracta do exercício da capacidade dos direitos das pessoas com deficiência. As pessoas com deficiência cognitiva, mental ou psicossocial são as que mais sofrem o impacto negativo da falta de distinção entre os conceitos “capacidade jurídica” e “capacidade mental”. A maioria da legislação e políticas internas dos Estados continuam a negar ou a limitar a capacidade jurídica das pessoas com deficiência cognitiva, mental ou psicossocial e mantêm o sistema de substituição na tomada de decisões relativas a estas pessoas ao invés do sistema de apoio ou suporte na tomada de decisões previsto nos padrões internacionais. Por exemplo, aos artigos 138 e segs e 138 e segs do Código Civil moçambicano sobre interdições e inabilitações, respectivamente, são exemplos da negação ou limitação da capacidade jurídica das pessoas com deficiência cognitiva, mental ou psicossocial.

12 Veja-se, Comentário Geral n.º 1(2014), CRPD/G/GC/I, *ob.cit.*, ponto 13.

II. O REGIME JURÍDICO DA PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICAS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CDPcD E NO PCADHPDPCD

Os artigos 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPcD) e 7 do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência em África (PCADHPDPCD) reconhecem a todas as pessoas com deficiência a inerente personalidade jurídica em igualdade com as demais pessoas. Com efeito, o n.º 1 do artigo 12 da CDPcD estabelece que *“os Estados membros reafirmam que as pessoas com deficiência têm direito de ser reconhecidas em qualquer parte como pessoas perante a Lei”*: No mesmo sentido dispõe o n.º 1 do artigo 7 do PCADHPDPCD que *“os Estados partes reconhecem que as pessoas com deficiência são iguais perante a lei e têm o direito, sem discriminação, a igual protecção e benefício da Lei”*. Estas duas disposições ilustram, de forma inequívoca que a personalidade jurídica das pessoas com deficiência é reconhecida na sua plenitude em igualdade com as demais pessoas. Este reconhecimento é feito em todas as legislações nacionais sobre a matéria.

Ora, se a questão da personalidade jurídica, isto é, a qualidade de sujeito das pessoas com deficiência não levanta problemas na actualidade, diferente situação verifica-se na questão da capacidade jurídica, com particular ênfase na capacidade de exercício ou de agir. É que historicamente, as pessoas com deficiência, em quase todos os sistemas jurídicos do mundo, incluindo o moçambicano, vêm negada a sua capacidade jurídica em várias áreas da vida social, através de imposição de sistemas de interdições e inabilitações, que têm como escopo a substituição da autonomia de decisão da pessoa com deficiência por uma outra pessoa, tutor ou curador¹³. Por exemplo, a Lei n.º 22/2019, de 11 de Dezembro – Lei de Família – no seu artigo 32 alínea b) refere que não é permitido contrair casamento às pessoas com demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos.

No que respeita à **capacidade jurídica**, a CDPcD e o PCADHPDPCD impõem aos Estados profundas mudanças nas suas leis, políticas e práticas internas, isto é, mudanças de paradigma em termos de sistemas de regulamentação, obrigando os Estados-Partes a instituir um sistema de **apoio ou assistência** ao

13 Veja-se, Comentário Geral n.º 1 (2014), CRPD/C/GC/I, ponto 7. Para o caso do sistema jurídico moçambicano, os artigos 138 n.º 1 e 152 do Código Civil (CC). No mesmo sentido veja-se também, MACHAVA, Ester Fenias, Análise do regime jurídico de limitação da capacidade jurídica em função da deficiência à luz da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, Trabalho de final do Curso. Instituto Superior de Ciência de Tecnologia, Maputo, Junho de 2018, p. 9.

livre exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência ao invés do sistema de **substituição** da vontade da pessoa com deficiência actualmente em vigor em muitos Estados. Assim, é na capacidade jurídica das pessoas com deficiência que os Estados são chamados a concentrar suas acções reformistas¹⁴.

Segundo o n.º1 do artigo 12 da CDPcD "*os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de serem reconhecidas em qualquer parte como pessoas perante a lei*". Para tal, os Estados Partes deverão reconhecer nas suas leis internas que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida (n.º 2 do artigo 12 da CDPcD).

Para garantir plena efectivação destes direitos os Estados comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas, administrativas, judiciais e outras apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio ou suporte necessário (sublinhado nosso) para o exercício da sua capacidade jurídica incluindo as salvaguardas apropriadas e efectivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos¹⁵.

On.º4 do artigo 12 da CDPcD chama especial atenção para as salvaguardas a serem adoptadas. De acordo com esta disposição, as salvaguardas devem (i) respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência;(ii) estar isentas de conflito de interesses e de influência indevida; (iii) ser proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa com deficiência; (iv) ser aplicados pelo período mais curto possível; (v) ser submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial; e (vi) ser proporcionais ao grau em que tais medidas afectarem os direitos e interesses da pessoa.

O artigo 12 n.º 5 da Convenção dedicou, igualmente, especial atenção a administração de bens da pessoa com deficiência tendo instado a todos os Estados Partes a tomarem todas as medidas apropriadas e efectivas para assegurar que as pessoas com deficiência tenham o direito de (i) possuir ou herdar bens; (ii) controlar as próprias finanças; (iii) ter acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro; e assegurar que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Igualmente, o Protocolo à Carta Africa dos Direitos Humanos e dos Povos Relativos aos Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁶ dedicou o extenso artigo

14 Veja-se Comentário Geral n.º1 (2014), CRPD/C/GC/I, ponto 7.

15 Artigo 12 n.ºs 3 e 4.

16 Aprovado pela Resolução n.º 11/2021, de 27 de Dezembro, publicada no BR n.º 249, I Série de 27 de Dezembro de 2021.

7 à questão da capacidade jurídica das pessoas com deficiência. O artigo 7 do Protocolo os Estados- Partes reconhecem que as pessoas com deficiência são iguais perante lei com as demais pessoas e têm igual protecção e benefício perante a lei (n.º 1 do artigo 12). Para a efectivação deste reconhecimento, o Protocolo insta aos Estados a tomarem todas as medidas adequadas e eficazes que garantam que:

- (i) As pessoas com deficiência tenham capacidade jurídica (gozo ou exercício), em igualdade de circunstâncias com as demais em todos os aspectos da vida;
- (ii) Os intervenientes não estatais e outros indivíduos não violem o direito de exercer a capacidade jurídica das pessoas com deficiência;
- (iii) As pessoas com deficiência obtenham a protecção jurídica eficaz e o **apoio** que necessitem no usufruto da sua capacidade jurídica consistente com os seus direitos, vontade e necessidades específicas;
- (iv) Sejam concebidas salvaguardas apropriadas e eficazes para a protecção das pessoas com deficiência de abusos;
- (v) Políticas e leis que têm o propósito ou o efeito de limitar ou restringir o usufruto da capacidade das pessoas com deficiência sejam revistas ou revogadas;
- (vi) As pessoas com deficiência tenham direitos iguais de ser titular de documentos de identidade e outros documentos que lhes permitam exercer o seu direito de capacidade jurídica;
- (vii) As pessoas com deficiência tenham o mesmo direito de possuir ou herdar bens e não serem arbitrariamente expropriadas dos seus bens;
- (viii) As pessoas com deficiência tenham direitos iguais de controlar as suas próprias questões financeiras e tenham igual acesso aos empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito.

Os padrões internacionais relativos à capacidade jurídica das pessoas com deficiência visam reconhecer a igualdade, inclusão e máxima autonomia da pessoa com deficiência, propondo, para o efeito, um sistema de **apoio ou suporte** a autonomia de decisão da pessoa com deficiência em detrimento do sistema da **substituição** da vontade vigentes em muitos ordenamentos jurídicos¹⁷.

17 No mesmo sentido, veja-se MENEZES, Joyceane Bezerra de, Tomada de decisão apoiada: Instrumento de apoio ao exercício de capacidade civil da pessoa com deficiência pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.º 13.146), 2015, Revista Brasileira do Direito Civil, Vol. 9, Junho/Set, 2016, p. 36.

Segundo os padrões internacionais previstos nos instrumentos acima referidos, o sistema de apoio ou suporte no exercício da capacidade jurídica deve respeitar os direitos, vontade e preferências da pessoa com deficiência e nunca deve significar a substituição da pessoa com deficiência na tomada de decisões que impactam na sua esfera jurídica¹⁸. De acordo com o Comentário Geral n.º 1(2014), CRPD/G/GC/I, ponto 17, o conceito “apoio ou suporte” deve ser entendido como um conceito lato que inclui medidas formais e informais de diferentes tipos e intensidade (sublinhado nosso). Por exemplo, o apoio no exercício de capacidade jurídica pode significar para a pessoa com deficiência, (i) a escolha da pessoa da sua confiança para lhe assistir no exercício da sua capacidade; (ii) a assistência na comunicação; (iii) a disponibilidade de desenhos universais; (iv) acessibilidade; (v) interpretação profissional da linguagem de sinais ou (vi) a disponibilização de formas informais de comunicação entre outras medidas.

Portanto, o tipo, a extensão e a intensidade de apoio ou suporte vai variar de pessoa para pessoa com deficiência tendo como base os princípios de respeito pela diferença e aceitação da pessoa com deficiência como parte da diversidade humana. Para que o sistema de apoio ou suporte no exercício da capacidade jurídica não viole os direitos das pessoas com deficiência, é fundamental que as medidas de apoio sejam acompanhadas de uma série de **salvaguardas** que garantam os direitos, vontade e preferências da pessoa com deficiência e que protejam a pessoa com deficiência de abusos em igualdade de circunstâncias com as demais pessoas¹⁹. As salvaguardas devem igualmente garantir as influências indevidas, tais como o medo, agressão, ameaça e manipulação da pessoa com deficiência.

Todavia, quando não for possível e praticável, depois de vários esforços, determinar a vontade e preferências da pessoa com deficiência, a decisão deve basear-se na “melhor interpretação da sua vontade e preferências” (sublinhado nosso) da pessoa com deficiência no lugar de procurar descobrir o “melhor interesse” da pessoa com deficiência como estabelecido por grande parte da legislação nacional vigente²⁰.

Em suma, o regime da capacidade jurídica (de gozo e de exercício) das pessoas com deficiência previsto nos dois instrumentos internacionais acima previstos traz inovações substanciais a ter em conta nas reformas legais estaduais, com destaque para as seguintes:

18 Comentário Geral n.º 1(2014), CRPD/G/GC/I, *ob.cit*, ponto 17, p. 4.

19 Comentário Geral n.º 1(2014), CRPD/G/GC/I, *ob.cit*, ponto 20, p. 4.

20 *Ibidem*. Ponto 21.

- (i) Todas as pessoas com deficiência gozam plena capacidade jurídica (de gozo e de exercício) em igualdade de circunstâncias com demais pessoas. Esta regra implica que nenhuma pessoa com deficiência, seja qual for o tipo e grau da sua deficiência, deve ser considerado incapaz de agir no exercício dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres. Significa igualmente que todos os institutos de limitação da capacidade das pessoas com deficiência (interdição e inabilitação) assim como as várias formas e meios de suprimimento, tais como a representação, devem ser eliminados.
- (ii) Não deve haver confusão entre capacidade jurídica de exercício com capacidade mental. Aquela é jurídica, geral e abstracta e esta é biológica e concreta, isto é, varia de pessoa para pessoa de acordo com as suas habilidades biológicas. Os Estados que consideram estes conceitos sinónimos devem alterar as suas leis no sentido de diferencia-los e alinhá-los aos padrões internacionais;
- (iii) As pessoas com deficiência devem obter dos seus Estados a protecção jurídica eficaz e o **apoio** que necessitem no usufruto da sua capacidade jurídica (de gozo e de exercício) consistente com os seus direitos, vontade e necessidades específicas. Significa que os modelos de substituição ou representação no exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência devem dar lugar ao modelo de **apoio ou suporte** a autonomia de decisão da pessoa com deficiência;
- (iv) Os Estados devem conceber um sistema de salvaguardas apropriadas e eficazes para a protecção das pessoas com deficiência de abusos;

III. O REGIME JURÍDICO MOÇAMBICANO SOBRE PERSONALIDADE JURÍDICA E CAPACIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA CONFORMIDADE COM OS PADRÕES INTERNACIONAIS

Como foi referido anteriormente, o Estado moçambicano, através das Resoluções n.º 29/2010, de 31 de Dezembro, publicada no BR n.º 52, I Série, de 31 de Dezembro de 2010; e n.º 11/2021, de 27 de Dezembro, publicada no BR n.º 249, I Série de 27 de Dezembro de 2021, ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD) e (ii) o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência em África (PCADHPDCD), respectivamente. Parte das obrigações gerais assumidas nestes instrumentos foi de tomar todas medidas adequadas, incluindo as de foro legislativo, para alterar ou abolir leis, regulamentos, costumes e práticas existentes que sejam discriminatórias das pessoas com deficiência.

Neste ponto pretende-se aferir até que ponto a legislação moçambicana sobre capacidade jurídica das pessoas com deficiência está alinhada aos padrões internacionais sobre a matéria adoptados pelo Estado moçambicano.

Ora, da análise feita ao regime jurídico nacional vigente sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, nota-se total desalinhamento com os padrões internacionais. Porém, a nova lei de promoção e protecção dos direitos das pessoas com deficiência aprovada em Abril último e que ainda não entrou em vigor, está, de uma forma geral, alinhada aos padrões internacionais mas ela em revogou a legislação doméstica contrária. De seguida apresentam-se alguns destas incongruências.

A. Constituição da República de Moçambique(CRM)

A **Constituição da República de Moçambique** estabelece como um dos seus objectivos centrais a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei (sublinhado nosso)²¹. Este objectivo constitucional é fundamental para justificar e impulsionar a reforma legislativa infra-constitucional em matéria da capacidade jurídica das pessoas com deficiência. O objectivo foi concretizado no artigo 35 da CRM ao estabelecer

21 Artigo 11, alínea e).

que *“todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão e opção política”*.

Embora o artigo 35 da CRM não faça referência especial à deficiência como fundamento da não-discriminação, fica implícito de que nesta disposição incluem-se as pessoas com deficiência por força dos princípios da universalidade e da igualdade. É verdade que, sob o ponto de vista da técnica legislativa, seria bom fazer-se uma menção especial à deficiência como um dos fundamentos do princípio da não-discriminação para o reforço da protecção dos direitos das pessoas com deficiência.

O artigo 37 da Constituição vem, de forma particular, ocupar-se do estatuto das pessoas com deficiência, ao estabelecer que *“os cidadãos portadores de deficiência gozam plenamente dos direitos consignados na constituição e estão sujeitos aos mesmos deveres com ressalva do exercício (sublinhado nosso) ou cumprimento daqueles para os quais, em razão da deficiência, sem encontrem incapacitados”*

Ora, a disposição acima citada tem seu mérito e demérito. É que, embora a disposição garanta, na sua primeira parte, que todos os cidadãos com deficiência gozam plenamente dos direitos consagrados na CRM e estão sujeitos aos mesmos deveres, na segunda parte, admite a possibilidade da pessoa com deficiência não gozar de certos direitos, o que representa uma limitação injustificada da capacidade de agir das pessoas com deficiência na medida em que, de acordo com os padrões internacionais, as pessoas com deficiência gozam de capacidade plena em igualdade de circunstâncias com as demais pessoas. O Estado deve conformar essa disposição aos instrumentos internacionais acima referidos.

B. Código Civil e Código de Processo Civil

Os **Códigos Civil** e de **Processo Civil** encontram-se desajustados aos padrões internacionais sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, pois continuam a manter os institutos de interdição (artigo 138 e segs CC) e inabilitação (artigo 138 e segs CC) que permitem limitações ao exercício da capacidade jurídica, em particular, a capacidade de exercício das pessoas com deficiência em razão da deficiência, isto é, as pessoas com anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira podem sofrer limitações no exercício da sua capacidade jurídica. O regime do Código de Processo Civil nesta matéria é equiparado ao regime do Código Civil. Tanto no regime da interdição como no da inabilitação vigoram modelos de limitação da capacidade de exercício de direitos através de institutos de representação e assistência.

O Estado deve substituir o regime de representação no exercício da capacidade das pessoas com deficiência com o regime de apoio ou assistência plena e efectiva no exercício da capacidade das pessoas com deficiência. Mais ainda, estes dois instrumentos tratam sem distinção a “capacidade jurídica” e a “capacidade mental” das pessoas com deficiência, daí a adopção de regras abstractas e genéricas para suprimir as incapacidades. O regime da capacidade jurídica das pessoas com deficiência constante nos dois Códigos encontra-se desalinhado com os padrões internacional que vinculam o Estado moçambicano nesta matéria.

C. Código Penal

O **Código Penal** (CP) nega às pessoas com deficiência o exercício da sua capacidade jurídica. Com efeito, o artigo 48 alínea b) do CP considera absolutamente inimputáveis os que sofrem de anomalia psíquica sem intervalos lúcidos e relativamente inimputáveis os que sofrem de anomalia psíquica que, embora tenha intervalos lúcidos, praticarem o facto naquele estado. Estes são exemplos de negação da capacidade jurídica com base na deficiência. A razão central deste regime geral e abstracta sobre a capacidade jurídica penal das pessoas com deficiência tem a ver com a equiparação dos conceitos “capacidade jurídica” e “capacidade mental”, o que entra em colisão com os padrões internacionais nesta área.

D. Lei da Família

A **Lei da Família** moçambicana também continua a manter um regime que nega o exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Embora a última revisão dessa lei tenha ocorrido recentemente, concretamente em 2019²² o artigo 32 alínea b) da Lei proíbe a celebração de casamento às pessoas com demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e aos interditos e inabilitados por anomalia psíquica. Esta disposição contraria os padrões internacionais nesta matéria. Esta Lei vai na mesma linha dos instrumentos anteriores quando faz confusão entre a capacidade jurídica e capacidade mental.

22 Lei n.º 22/2019, de 11 de Dezembro.

E. Lei do Direito à Informação

Lei do Direito à Informação²³. O artigo 15 n.º 4 da Lei, estabelece que sempre que uma pessoa com deficiência queria fazer um pedido, quem a atende deve tomar providências necessárias para apoiar (sublinhado nosso) a requerente. Note-se que esta disposição, embora garanta “apoio” à pessoa com deficiência no exercício do direito à informação, não enumera e muito menos exemplifica, as providências ou os apoios necessários referidos nesta disposição. Deixa ao critério do agente detentor ou responsável pela informação definir, em cada caso concreto, estas providências.

F. Lei sobre Lei de Promoção e Protecção dos Direitos de Pessoas com Deficiência

Em Abril último, a Assembleia da República aprovou a **Lei sobre Lei de Promoção e Protecção dos Direitos de Pessoas com Deficiência**. A referida Lei ainda não foi publicada e termos do seu artigo 39 esta entrará em vigor 120 dias após a sua publicação.

O artigo 11 da recente aprovada lei, sob epígrafe “*reconhecimento igual perante a lei*” traz soluções inovadoras em relação à matéria de capacidade de gozo e de exercício de direitos das pessoas com deficiência comparativamente ao regime jurídico nacional até aqui vigente e estão, de certo modo, alinhadas aos padrões internacionais adoptados pelo Estado moçambicano nesta matéria.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 11 reconhece que “as pessoas com deficiência possuem a capacidade jurídica em igualdade de oportunidades com as demais, em todos os domínios da vida social, política e económica. Entenda-se aqui que se refere capacidade jurídica de gozo e de exercício ou de agir das pessoas com deficiência. Portanto, a presente lei segue os padrões consagrados na CDPcD e no PCADHPDPcD ambos ratificados pelo Estado moçambicanos e em vigor em todo o território moçambicano.

A nova lei não aceita qualquer tipo de diferenciação ou discriminação no exercício da capacidade jurídica por parte das pessoas com deficiência. Em termos práticos, significa que o regime de incapacidades aplicável às pessoas com deficiência em vigor na legislação doméstica deve ser abolido e, em seu lugar, instituir-se o regime de apoio ou suporte da pessoa com deficiência tendo em conta à vontade, preferência e necessidades específicas da pessoa com deficiência.

23 A Lei n.º 34/2014, de 31 de Dezembro.

É assim que o n.º 2 do artigo 11 da Lei vem estabelecer uma série de garantias para o cumprimento cabal do tratamento não diferenciado das pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade jurídica.

De acordo com a alínea b) do n.º 2 do artigo 11, as pessoas com deficiência devem obter uma protecção jurídica eficaz e apoio necessário para o usufruto da sua capacidade jurídica, consistente com os seus direitos, vontade, preferências e necessidades específicas. Dito por outro modo, as pessoas com deficiência, de nenhuma forma, devem exercer sua capacidade jurídica através de um representante, mas sim através de apoio ou suporte tendo em conta os direitos, vontade, preferências e necessidades específicas da pessoa com deficiência.

Trata-se de mudança de paradigma em relação ao regime vigente. Em segundo lugar, para evitar abuso que possa resultar das medidas tomadas para o apoio do exercício da sua capacidade jurídica, devem ser concebidas salvaguardas apropriadas e eficazes para a protecção das pessoas com deficiências. Segundo a jurisprudência internacional, as salvaguardas podem ser de natureza variada, podem, por exemplo, incluir a escolha de intermediário da confiança e próximas das pessoas com deficiência e uma série de acomodações razoáveis legais e institucionais para apoiarem o exercício da sua capacidade. As salvaguardas devem igualmente garantir as influências indevidas, tais como o medo, agressão, ameaça e manipulação da pessoa com deficiência. Todavia, quando não for possível e praticável, depois de vários esforços, determinar a vontade e preferências da pessoa com deficiência, deve prevalecer a “melhor interpretação da sua vontade e preferências” (sublinhado nosso) no lugar do seu “melhor interesse”²⁴.

Não restam dúvidas que, a nova lei, quando entrar em vigor, vai revolucionar o regime de capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Todavia, pode questionar-se sobre a Constitucionalidade desta lei, pois, desde já, está em contradição com o artigo 37 da CRM. Como foi referido anteriormente, é que o artigo 37 da CRM, embora garantida, na sua primeira parte, que todos os cidadãos com deficiência gozam plenamente dos direitos consagrados na CRM e estão sujeitos aos mesmos deveres, na sua segunda parte, admite a possibilidade de a pessoa com deficiência não gozar de certos direitos, o que representa uma limitação injustificada da capacidade de agir das pessoas com deficiência. Este artigo é contrário ao disposto no artigo 11 da nova lei sobre a promoção e protecção dos direitos das pessoas com deficiência e aos padrões internacionais que estabelecem que as pessoas com deficiência

24 Ibidem. Ponto 21.

gozam de capacidade plena em igualdade de circunstâncias e oportunidades com as demais pessoas.

Além disso, a nova lei não revogou as disposições infra-constitucionais que entram em contradição com ela, tais como o Código Civil (lei geral e subsidiária para questões de capacidade jurídica das pessoas), Código de Processo Civil e Lei da Família. Por isso, duvidamos a real intenção e conhecimento do legislador sobre o conteúdo desta nova lei. O legislador moçambicano, para evitar contradições normativas e valorativas, deve, com urgência, harmonizar o regime em vigor, revogando toda a legislação que entra em contradição com a nova lei na matéria de capacidade jurídica das pessoas com deficiência.

NOTAS CONCLUSIVAS

Do que foi dito acima nos permite evidenciar e concluir o seguinte:

1. O Estado moçambicano assumiu o compromisso de reconhecer e promover ao nível da legislação doméstica o reconhecimento da capacidade jurídica plena das pessoas com deficiência em iguais circunstâncias e oportunidades com demais pessoas, através da ratificação dos principais instrumentos internacionais sobre a matéria com destaque para o CDPCD e o Protocolo à Carta África dos Direitos Humanos e dos Povos Relativos aos Direitos das Pessoas com Deficiência.
2. Em Abril último, a Assembleia da República aprovou a Lei sobre Lei de Promoção e Protecção dos Direitos de Pessoas com Deficiência (ainda não entrou em vigor). Esta lei, de uma forma geral, está alinhada aos padrões internacionais no que concerne à capacidade jurídica das pessoas com deficiência.
3. Porém, o legislador moçambicano demonstra fraco conhecimento ou, pelo menos, ignora o âmbito e alcance das obrigações assumidas nos instrumentos acima referidos.
4. Com efeito, a CRM, embora de um modo geral, reconheça, na primeira parte do artigo 37, a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, na sua última parte restringe o exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência quando admite a possibilidade de elas não gozarem de certos direitos ou não cumprirem certos deveres em razão da deficiência (artigo 37 *in fine*). Esta posição constitucional é contrária aos padrões internacionais e a nova Lei de Promoção e Protecção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.
5. Embora o Estado moçambicano tenha ratificado a CDPCD e o PCADHPDPcD assim como tenha aprovado uma lei de promoção e protecção dos direitos das pessoas com deficiência alinhada aos padrões internacionais, parte significativa da legislação ordinária moçambicana encontra-se desalinhada com os padrões internacionais sobre capacidade jurídica das pessoas com deficiência. As recentes reformas da legislação penal e civil (Leis da Família e Sucessões), nesta área são provas inequívocas de que o legislador ordinário tem pouco domínio/conhecimento dos padrões internacionais que adopta. Além disso, o legislador mostra fraco domínio do regime moçambicano sobre a deficiência.
6. Com efeito, parte significativa da lei ordinária ou infra-constitucional sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, como ficou demonstrado acima, ainda não mudou de paradigma. Continua a

estabelecer e a promover o modelo de substituição ou representação no exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Não estabeleceu o regime de apoio, suporte e de salvaguardas para exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência como estabelecem os padrões internacionais e a nova Lei de Promoção e Protecção dos Direitos das pessoas com Deficiência recentemente aprovada.

7. O processo de reforma do Código de Processo Civil e Processo laboral em curso no País, devem evitar contradições normativas e valorativas existentes em relação à capacidade das pessoas com deficiência. Para tal, é fundamental que o legislador material moçambicano estude e conheça com profundidade os padrões internacionais da área da deficiência adoptados pelo Estado moçambicano, com particular destaque para a capacidade jurídica de gozo e de agir das pessoas com deficiência.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

ASCENSÃO, José Oliveira, (1997), *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora.

CAMBULE, Gil, *Teoria Geral do Direito Civil. Introdução Geral. As Pessoas. Os Bens*, Vol. I. Maputo, Remata Communications & Printers Production House (PTY) Ltd.

GONÇALVES, Costa, *Personalidade Vs. Capacidade Jurídica – Um regresso ao Monismo Conceptual*, in <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>.

MACHAVA, Ester Fenias, (2018), *Análise do regime jurídico de limitação da capacidade jurídica em função da deficiência à luz da Convenção das Nações Unidas*, Maputo, Junho de (não publicado).

MENEZES, Joyceane Bezerra, (2015), *Tomada de decisão apoiada: Instrumento de apoio ao exercício de capacidade civil da pessoa com deficiência pela Lei Brasileira de Inclusão*, (Lei n.º 13. 146).

MONDLANE, Carlos Pedro, (2020), *Código de Processo Civil, Anotado e Comentado*, 3ª edição, Escolar Editora.

PINTO, Carlos Alberto da Mota et all, (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., Coimbra Editora.

TIMBANE, Tomás, (2020), *Lições de Processo Civil*, 2ª Edição, Revista actualizada, Escolar Editora, p. 261.

LEGISLAÇÃO

Instrumentos Jurídicos Internacionais

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981);

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006);

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);

Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966);

Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos das Pessoas com Deficiência em África (2019).

Instrumentos Jurídicos Nacionais

Constituição da República de Moçambique;

Código Civil;

Código de Processo Civil;

Código Penal;

Lei da Família;

Lei do Direito à Informação;

Lei de Promoção e Protecção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

*O Juiz de Instrução Criminal
na Actual Reforma Legislativa
Processual Penal*

Doutor Manuel CASTIANO

Docente da Faculdade de Direito da Universidade
Eduardo Mondlane e da Escola de Direito do Instituto
Superior de Ciências e Tecnologias e Advogado.

Resumo

A judicialização da fase de instrução representa a manifestação de uma das características do sistema processual penal moçambicano, que conheceu várias vicissitudes, desde a vigência do Código de Processo Penal de 1929 (CPP/1929). Depois do CPP/1929 ter introduzido o sistema do acusatório formal, caracterizado pela judicialização da direcção da fase de instrução preparatória, o Decreto-Lei n. 35007, de 13 de Outubro de 1945, marcou a desjudicialização total desta fase. Somente em 1993, com a aprovação da Lei n. 2/93, de 24 de Junho, depois de duras críticas, é que foi introduzida a figura de Juiz da Instrução Criminal, concebida apenas para a prática de actos de quase jurisdição, que tivessem que ocorrer na fase da instrução preparatória, regime que vigorou até à entrada em vigor da Lei n. 25/2019, de 26 de Dezembro, que aprova o CPP/2019. O novo CPP introduziu a figura do Juiz de Instrução Criminal, e consolidou o sistema do acusatório, mitigado pelo princípio de investigação, que caracterizou o direito processual moçambicano desde 1959. O Juiz de Instrução Criminal passou a deter competências exclusivas de praticar certos actos, e de ordenar ou autorizar outros, durante a instrução, e mais, passou também a dirigir a Audiência Preliminar e decidir quanto à pronúncia, consolidando assim a estrutura acusatória do processo e o princípio da imparcialidade do juiz da causa.

Palavras-chave: Juiz de Instrução Criminal; Instrução Preparatória; Sistema do Acusatório.

INTRODUÇÃO

A figura do Juiz de Instrução Criminal representa uma conquista e consolidação do Estado de Direito Democrático e de Justiça Social¹, bem como do modelo processo penal moçambicano saído do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945², que retirara todos os poderes que ao Juiz pertenciam na fase da instrução preparatória³ e os devolvera ao Ministério Público sem sujeitá-los a qualquer controlo jurisdicional⁴.

Não obstante, a principal crítica apontada à reforma residia no facto de ter-se retirado na totalidade a função do Juiz na fase da instrução. Era então necessário assegurar que a restrição ou limitação dos direitos, liberdades e garantias, fundamentais dos cidadãos, na fase da instrução preparatória, fosse sindicada por uma autoridade judicial, a única competente para decidir sobre a validação e manutenção da prisão sem culpa formada⁵, isto é, anterior ao despacho de pronúncia, já que a culpa formava-se com a proferição desse despacho.

Tal, somente veio a acontecer em 1993, com a aprovação da Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, em parte por força da entrada em vigor da Constituição da República de Moçambique (CRM) de 1990, que acarretou o reforço dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

A Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, de entre outras funções preconizava no artigo 1, n.º 1 que *“as funções jurisdicionais que devam ter lugar no decurso da instrução preparatória dos processos-crime passarão a ser exercidas por magistrados judiciais, designados por juízes da instrução criminal”* e que tais

-
- 1 Cf., artigo 1 da CRM/2023 - A República de Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de justiça social.
 - 2 Posto em vigor nas Províncias Ultramarinas pela Portaria n.º 17076, de 20 de Março de 1959.
 - 3 Cf., artigo 235 da CRM/2023, estabelece que uma das funções do Ministério Público é “dirigir a instrução preparatória dos processos-crime”. Na verdade, a terminologia de “instrução preparatória” era característica do CPP/1929. Contrariamente, o CPP/2019, veio suprimir o termo “preparatória”, e refere-se na al.b), n.º 2, artigo 59 e artigo 308 CPP, que compete ao Ministério público, “dirigir a instrução”. Em termos práticos, a instrução continua a ter a mesma finalidade nos dois códigos, que é a de “investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”, pelo que o legislador ordinário devia continuar a conformar-se com o texto constitucional denominando esta fase de “instrução preparatória”, até porque a al.e), artigo 4 da Lei n.º 1/2022, de 12 de Janeiro, estabelece que é competência do Ministério Público, dirigir a instrução preparatória dos processos-crime.
 - 4 Cf., n.º 2, artigo 12, & 2, do Decreto-Lei n.35007, de 13 de Outubro.
 - 5 Lei n.º 2/93, de 24 de Junho.

funções jurisdicionais eram de entre outras, a validação e manutenção das capturas e as decisões sobre liberdade provisória (artigo 1, n.º 2).

Estava-se num contexto em que a prisão preventiva só poderia ser levada a efeito mediante ordem por escrito do Juiz, do Ministério Público ou das demais autoridades de polícia de investigação criminal, nos termos do artigo 293 CPP/1929, actualizado pelo artigo 6 da Lei n.º 2/93, de 24 de Junho. Tais autoridades eram definidas como sendo *os directores, inspectores e subinspectores da Polícia, os oficiais da Polícia da República de Moçambique com funções de comando, os administradores de distrito, chefes de posto administrativo ou presidentes de conselho executivo de localidade, respectivamente, onde não haja oficiais da polícia com funções de comando.*

Este regime vigorou até 2013, quando foram julgadas inconstitucionais⁶ as normas constantes do corpo e do § único, n.º 1, 2 e 3, do artigo 293 do CPP/1929⁷, conforme a redacção introduzida pela Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, na parte em que se atribuía às autoridades administrativas, tais como autoridades de polícia de investigação criminal, competência para ordenar prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito.

O Conselho Constitucional entendeu que tais disposições violavam a regra da exclusividade da competência da autoridade judicial em matéria de decisão da prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito, plasmada nos termos das disposições conjugadas dos artigos 64, n.º 2 e 4, e artigo 212, n.º 1 e 2, da CRM/2004, e ainda por transgressão do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 133 da mesma Constituição.

A entrada em vigor da Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, que aprova o Código de Processo Penal, marcou um momento histórico na consolidação do sistema processual penal moçambicano, pois, introduziu a figura do Juiz de Instrução Criminal com funções processuais específicas, ao mesmo tempo que reforçou alguns poderes do Ministério Público, represtinando de forma mitigada algumas funções que lhe haviam sido retiradas em 2013.

Através do presente artigo pretende-se analisar o regime jurídico aplicável ao Juiz de Instrução Criminal, começando-se por verificar os poderes e intervenção do Juiz no CPP/1929, passando pela reforma de 1945 e, finalmente, na novíssima reforma de 2019, para verificar a sua implantação, e como ela tem respondido a necessidade de assegurar a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

6 Acórdão n.º 04 /CC/2013, de 17 de Setembro, recaído sobre o Processo n.º 03/CC/2013, o Conselho Constitucional.

7 Aprovado pelo Decreto n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, posto em vigor nas Províncias Ultramarinas pelo Decreto n.º 19271, de 24 de Janeiro de 1931.

Para o efeito, curou-se de usar uma metodologia que consistiu na análise da literatura específica sobre a matéria, bem como do quadro legal pertinente .

I. O JUIZ NA INSTRUÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL DO ACUSATÓRIO FORMAL DE 1929

O CPP/1929 consagrava o modelo misto, reformado ou napoleónico pelas suas características e princípios fundamentais, nomeadamente, do impulso processual, a configuração do processo, o andamento do processo, prova e forma⁸, onde mesclavam-se as marcas do sistema do acusatório e do inquisitórios puros⁹.

Para compreender o papel do Juiz neste CPP, na fase da Instrução Preparatória, é necessário compulsar o artigo 159, que o atribuía a função de *dirigir a Instrução Preparatória, e poderia ordenar oficiosamente ou por promoção do Ministério Público (MP), a requerimento da parte acusadora ou do arguido, depois de admitido a intervir no processo, qualquer diligência que julgasse necessária para o apuramento da verdade.*

Por outro lado, toda pessoa que tivesse notícia da existência de um facto criminoso podia participar, ao Juiz¹⁰, verbalmente e este mandava proceder as diligências destinadas à instrução do processo, ouvindo o MP, se não fosse o participante¹¹.

No entanto, concluída a instrução, e desta resultassem indícios suficientes da existência de facto punível, de quem foram os seus agentes e da sua responsabilidade, o MP, se para isso tivesse legitimidade, deduzia acusação¹².

Era clarividente que a estrutura acusatória, segundo a qual o julgador encontra-se numa situação de independência, super“partes”, apenas interessado na apreciação objectiva do caso que lhe é submetido pela acusação¹³, ficava séria e negativamente afectada no sistema processual penal mocambicano de 1929.

Na verdade, havia uma clara preocupação do juiz com a existência ou com o conteúdo de uma acusação no processo, colocando-se o MP numa clara posição de inferioridade na Instrução Preparatória, limitando-se a acusar,

8 SANTOS, Manuel Simas et. al., (2011), *Noções de Processo Penal*, 2ª Edição, Editora Rei dos Livros, pp. 29.

9 DIAS, Jorge de Figueiredo, (1984), *Direito Processual Penal*, Vol.I, Reimpressão, Coimbra Editora, pp. 67.

10 Cf., artigo 161 CPP de 1929.

11 Cf., artigo 171 CPP de 1929.

12 Cf., artigo 349 CPP de 1929.

13 SILVA, Germano Marques, (2000), *Curso de Processo Penal I*, 4ª Edição, revista e actualizada, Editorial Verbo, pp. 58.

formalmente, com base na instrução dirigida pelo Juiz, por isso, o sistema assim concebido, ficou baptizado como sendo do acusatório formal¹⁴.

Ademais, nos processos de querela, havia sempre instrução contraditória¹⁵, que podia ser aberta, oficiosamente, pelo Juiz, conforme o proêmio do artigo 327, ou requerida pelo MP¹⁶, requerimento este, que podia ser denegado quando o juiz considerasse inadmissível, fosse incompetente, ou quando este verificasse não ter havido crime, estar extinta a acção penal ou haver elementos de facto que comprovassem a irresponsabilidade do arguido¹⁷.

Finda a instrução contraditória, o processo voltava ao MP para manter ou modificar a acusação provisória, deduzida finda a instrução preparatória¹⁸, ao que em seguida o processo ia concluso ao Juiz que dirigiu a instrução, para lançar o seu despacho de pronúncia ou não pronúncia¹⁹ e julgamento, naquele caso.

Portanto, pode-se afirmar que no sistema processual penal que vigorou de 1931 a 1959, anos em que entraram em vigor, o CPP de 1929, e o Decreto-Lei n.º 35007, respectivamente, não havia verdadeiramente um Juiz de Instrução Criminal. No entanto, havia uma fase de instrução completamente judicializada, o que punha em causa os princípios da imparcialidade, objectividade e isenção, já que o juiz que dirigia a instrução, também intervinha na pronúncia e no julgamento. Havia, na verdade um Juiz na instrução.

14 BARREIROS, José António, (1981), *Processo Penal*, Editora Livraria Almedina, Coimbra, pp. 78.

15 Que deixou de ser obrigatória somente em 1992, com a aprovação a Lei n.º 9/92, de 06 de Maio, que apenas consagrava a possibilidade de abertura desta fase apenas quando requerida pelo MP ou pelo arguido.

16 Cf., &1º, artigo 327 e artigo 328 CPP de 1929.

17 Cf., artigo 329 CPP de 1929.

18 Cf., artigo 363 CPP de 1929.

19 Cf., artigo 365 CPP de 1929.

II. O JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL NO SISTEMA DO ACUSATÓRIO MITIGADO PELO PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO DE 1945

O estado caótico de implementação do CPP de 1929, marcado por resquícios inquisitoriais de acumulação na figura do Juiz, das funções de direcção da instrução preparatória, instrução contraditória e julgamento, não obstante a reserva da função acusatória ao MP, embora sob um apertado controlo judicial, determinou a primeira reforma dos princípios básicos o processo penal, conforme resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945²⁰.

Este instrumento legal veio desjudicializar a instrução preparatória, esvaziando os poderes que o Juiz tinha nesta fase processual. A nova estrutura do processo penal ficou caracterizada pelo devolução dos poderes instrutórios ao MP e fiscalização hierárquica da abstenção acusatória, reforçando-se assim o princípio da oficialidade²¹.

Por força do artigo 12, & 2 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro, todos os poderes e funções que ao Juiz pertenciam na fase da Instrução Preparatória no CPP de 1929, passaram a ser exercidos pelo MP.

A retirada dos poderes e funções do Juiz na fase de instrução foi profunda, de tal sorte que as autoridades policiais apresentavam o detido ao MP, no prazo de 48h, para efeitos do primeiro interrogatório²², e no mesmo prazo, o mesmo era apresentado ao Juiz.

A apresentação visava obter a verificação da legalidade e conveniência da prisão preventiva ou a concessão da caução e suas condições, nos termos do artigo 21 daquele Decreto-Lei, bem assim, obter do Juiz, o exercício do poder de ordenar as buscas domiciliares²³.

Subtraído da fase da Instrução Preparatória, o Juiz recolheu-se e passou então a controlar a função persecutória do MP posterior à instrução contraditória, dando-se-lhe a possibilidade de ordenar a remessa dos autos ao MP, para que este acusasse, sempre que houvesse discordância da acusação pública²⁴, tal como preconizado no artigo 44 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de

20 BARREIROS, José António, (1981), *op. cit.*, pp. 77.

21 BARREIROS, José António, (1997), *Sistema e estrutura do processo penal português*, Vol. I, p. 23.

22 Cf., artigo 21 & 1 do Decreto-Lei n.º 35007, conjugado com o &2 do artigo 254 CPP.

23 Cf., artigo 12, & 3 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro.

24 BARREIROS, José António, (1997), *op. cit.*, p.23.

Outubro, conjugado com o artigo 346 e 351, todos do CPP.

Ora, ainda na vigência do sistema do acusatório material, existiam alguns resquícios do acusatório formal, pois, o Juiz podia, em caso de abstenção, lançar mão à fiscalização indirecta, hierárquica²⁵ e fiscalização directa da actividade persecutória do MP, mandando-o acusar, caso discordasse do seu posicionamento²⁶.

Na verdade, com o Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro, o Juiz passou apenas a presidir a fase da Instrução Contraditória, e com este fundamento podia discordar da acusação do MP e ordenar que este acusasse, num claro afrontamento ao princípio da separação de poderes.

A figura de Juiz de Instrução Criminal permaneceu inexistente até 1993, não obstante a desjudicialização da fase da instrução preparatória, e a judicialização da fase da Instrução Contraditória em 1959.

25 Cf., a Artigo 28 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro.

26 Cf., artigo 351 CPP de 1929.

III. O JUIZ DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NA LEI N.º 2/93, DE 24 DE JUNHO

A CRM/1990, introduziu em Moçambique, entre outros aspectos, a natureza de Estado de Direito democrático e de justiça social, o princípio de separação e interdependência de poderes e o pluralismo jurídico, lançando assim as bases estruturais para a modernização do Estado.

Esta Constituição estabelecia, à semelhança das demais, que o gozo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais só podiam ser limitados quando, o seu exercício, pusesse em causa a ordem pública, outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e que o cidadão sob prisão preventiva devia ser apresentado no prazo fixado na lei à decisão de autoridade judicial, que é a única competente para decidir sobre a validação e a manutenção da prisão²⁷.

Ora, sendo o direito processual penal, direito constitucional aplicado²⁸, era necessário introduzir nele algumas reformas que tivesse a ver com os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, sobretudo na fase da instrução preparatória.

Impunha-se, segundo o preâmbulo da Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, clarificar-se as competências para o exercício das funções jurisdicionais que deviam ter lugar no decurso da instrução preparatória dos processos-crime e actualizar os preceitos legais que atribuem o poder de ordenar a prisão preventiva.

Foi neste contexto que foi introduzida a figura do Juiz da Instrução Criminal, para praticar funções jurisdicionais que devessem ter lugar no decurso da instrução preparatória dos processos-crime. Não lhe cabia então dirigir qualquer fase processual, já que a fase da Instrução Preparatória era dirigida pelo Ministério Público²⁹ e a fase da Instrução Contraditória pelo Juiz da causa³⁰.

O Juiz da Instrução Criminal, na sua concepção originária da Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, exerce, na fase da Instrução Preparatória, um limitado conjunto de funções jurisdicionais, designadamente, quaisquer medidas limitativas dos direitos dos cidadãos, a saber:

- a) validar e manter as capturas, b) decidir sobre liberdade provisória, c) decidir sobre buscas e apreensão de objectos e instrumentos do crime, d)**

27 Cf., n.º 2, artigo 101, CRM/1990.

28 DIAS, Jorge de Figueiredo ,(1984), *op. cit.*, pp. 74.

29 Cf., artigo 14 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945.

30 Cf., artigo 37 do do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945.

aplicar provisoriamente de medidas de segurança, e) admitir assistente, f) condenar em multa e imposto de justiça, g) decidir sobre incidentes relativos a impedimentos, suspeições, falsidade e alienação mental do arguido.

Na vigência desta lei, e nos termos do artigo 6, que deu nova redacção ao artigo 293 do CPP/1929, *fora dos casos de flagrante delito, a prisão preventiva poderia ser levada a cabo, não só mediante ordem por escrito do juiz, mas também, do Ministério Público ou das demais autoridades de polícia de investigação criminal.*

Entendia-se por autoridades de polícia de investigação criminal, *os directores, inspectores e sub-inspectores da Policia de Investigação Criminal, os oficiais da Polícia da República de Moçambique com funções de comando, os administradores de distrito, chefes de posto administrativo ou presidentes de conselho executivo de localidade onde não haja oficiais da Polícia com funções de comando.*

Nos casos em que estas autoridades ordenassem a restrição da liberdade de um cidadão, tal devia ser submetido à validação do Juiz da Instrução Criminal. No entanto, esta norma processual que permitia, ao Ministério Público e demais autoridades de polícia de investigação criminal, ordenar a restrição da liberdade fora do flagrante, foi considerada inconstitucional por ofender o princípio da reserva judicial do poder de disposição pessoal³¹.

Desde então, a restrição da liberdade fora do flagrante delito passou a ser pecúlio do Juiz da Instrução Criminal, e o Ministério Público e aquelas autoridades só podiam promover a detenção, mas não fazê-lo por direito próprio.

Curiosamente, mesmo nas situações em que o Juiz da Instrução Criminal ordenava a captura, o detido era apresentado àquele para validação da captura que ele mesmo tinha ordenado, o que somente se pode aceitar num contexto em que o Juiz de Instrução Criminal pretendesse aquilatar do circunstancialismo em que a captura foi efectuada.

31 Acórdão n.º 04 /CC/2013, de 17 de Setembro, recaído sobre o Processo n.º 03/CC/2013, o Conselho Constitucional.

IV. O JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, APROVADO PELA LEI N.º 25/2019, DE 26 DE DEZEMBRO

Embora o sistema processual penal moçambicano, na essência, continue a ser de base acusatória mitigado pelo princípio da investigação, o CPP/2019, arrasta consigo um novo paradigma caracterizado pela introdução da figura do Juiz de Instrução Criminal, e atribuição ao Serviço Nacional de Investigação Criminal (SERNIC) de funções de uma verdadeira Polícia Judiciária, porquanto, ele passou, não só, a subordinar-se ao MP, na fase da Instrução Preparatória, como também a prestar auxílio ao Juiz de Instrução Criminal, na fase da Audiência Preliminar.

Por outro lado, o CPP/2019 reserva ao Juiz da causa a função de apenas dizer o direito ao caso concreto, tendo-o subtraído da função de proferir o despacho de pronúncia, função que passou a pertencer ao Juiz de Instrução Criminal. Este posicionamento legal é o reflexo da função jurisdicional consagrada na CRM de 2023³². Aliás, o CPP/2019, no seu artigo 17, ao consagrar sobre as autoridades judiciárias, considera-as como sendo o *Juiz*, o *Juiz de Instrução Criminal* e o *Ministério Público*, cada um relativamente aos actos processuais que cabem nas suas competências.

Neste diapasão, as funções do Juiz de Instrução Criminal, encontrar-se-ão dispersas em vários dispositivos legais, mas sem perder-se de vista que a sua tarefa constante do artigo 19 do CPP é de *exercer as funções jurisdicionais relativas à instrução, dirigir a audiência preliminar e decidir quanto à pronúncia, não podendo proceder ao julgamento do arguido quando tenha, contra ele, proferido despacho de pronúncia*.

Desta configuração funcional do Juiz de Instrução Criminal, fácil é perceber que o legislador do CPP/2019 veio alargar as competências daquele Juiz, atribuindo-lhe funções de garante dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do arguido, na fase da instrução, de direcção da fase da Audiência Preliminar e de prolação da pronúncia. Relativamente às funções do Juiz de Instrução Criminal, o CPP/2019, subdivide-as em:

- *Actos a praticar pelo Juiz de Instrução Criminal.*
- *Actos a ordenar ou autorizar pelo Juiz de Instrução.*

32 Cf., n.º 1, artigo 211. Os tribunais têm como objectivo garantir e reforçar a legalidade como factor da estabilidade jurídica, garantir o respeito pelas leis, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal. 2. Os tribunais penalizam as violações da legalidade e decidem pleitos de acordo com o estabelecido na lei.

Assim, quanto aos actos a praticar pelo Juiz de Instrução Criminal, importa referir que estes são praticados pelo próprio, são da sua competência exclusiva, não podendo delegá-los à outras entidades. Assim, os actos a praticar pelo Juiz de Instrução Criminal, são os constantes do artigo 313 CPP/2019³³.

Da leitura a al. l), do artigo 313 constata-se existirem outras funções exclusivas do Juiz de Instrução Criminal³⁴.

Para além dos actos a praticar exclusivamente pelo Juiz de Instrução Criminal, existem outros actos que são ordenados ou autorizados por este, e constam do artigo 314 CPP/2019. No entanto, o Juiz de Instrução Criminal pode, uma vez deduzida a acusação, e enquanto decorre a instrução, arquivar o processo em caso de dispensa da pena, desde que reunidos os seus pressupostos³⁵.

Compete ao Juiz de Instrução Criminal dirigir a Audiência Preliminar, cuja finalidade é obter uma decisão de submissão ou não da causa a julgamento, através da comprovação da decisão de deduzir acusação ou de arquivar os autos da instrução³⁶, competindo-lhe, encerrada a audiência preliminar, uma vez reunidos indícios suficientes de terem verificado os pressupostos de que

33 a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, b) Validar e manter capturas, c) proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 237, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público, d) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico, instalação de órgão de comunicação social ou estabelecimento bancário, nos termos do número 3 do artigo 212, número 1 do artigo 215 e artigo 216, e) aplicar provisoriamente medidas de segurança, f) admitir a constituição de assistente, g) tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do número 3, do artigo 214, h) condenar em multa e imposto de justiça, i) declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento dos autos nos termos dos artigos 324, 327 e número 2 do artigo 329; j) decidir o pedido de habeas corpus por detenção ilegal; k) decidir nos incidentes relativos a impedimentos, suspeições, falsidade e alienação mental do arguido; l) praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

34 a) Homologar a desistência da queixa ou da acusação particular na fase audiência preliminar (art.57 CPP); b) A requerimento do MP, determinar que o acesso aos autos seja adiado por um período objectivamente indispensável à conclusão da investigação não excedente a 3 meses, findos os prazos previstos no artigo 323 CPP (n. 6, artigo 99 CPP); c) Validar as acções encobertas previamente autorizadas ou propostas pelo MP (artigo 228CPP); d) Dirigir a Audiência Preliminar (artigo 334 CPP) e praticar todos os actos necessários à realização das finalidades da Audiência Preliminar (artigo 336 CPP); e) Produzir, antecipadamente, a prova (artigo 340 CPP); f) Proferir Despacho de Pronúncia (artigo 354 CPP); g) acusação é dirigida ao presidente do tribunal competente; h) para julgamento, sendo, porém, depositada junto do juiz de instrução criminal para as finalidades e prazos no número 1 do artigo 333 CPP (n. 5, artigo 331, CPP).

35 Cf., artigo 327 CPP de 2019.

36 Cf., artigo 332 CPP/2019.

depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, proferir o despacho de pronúncia ou no caso contrário, despacho de não pronúncia³⁷.

Relativamente a esta solução legislativa, há que notar o facto do novo código ter retirado os poderes do Juiz de Julgamento, de intervir na fase processual anterior ao julgamento, e conseqüentemente, o poder de proferir despacho de pronúncia. Na verdade, esta interferência do Juiz de Julgamento na fase anterior ao julgamento, punha em causa a imparcialidade do julgamento, porquanto, o Juiz já tinha tomado contacto com o objecto o processo durante a fase da então instrução contraditória³⁸. A instrução contraditória era obrigatória no processo comum, querela do CPP/1929³⁹, e noutras, formas de processo, era facultativa, excepto nos processos sumário e de transgressão, conforme artigo 327 CPP/1929, conjugado com o artigo 36 do Decreto- Lei n.º 35007.

Para contornar este resquício inquisitorial, e consolidar o sistema processual penal moçambicano, foram alargados os poderes do Juiz de Instrução Criminal passando, porém, a dirigir a fase da Audiência Preliminar e a proferir o despacho de pronúncia.

a. O Juiz de Instrução Criminal e a fase da audiência preliminar

Finda a instrução preparatória, tendo sido recolhidos indícios suficientes da existência de um crime e de quem foi o seu agente⁴⁰, é deduzida acusação por quem tem legitimidade.

A acusação é dirigida ao presidente do tribunal competente para julgamento, sendo depositada junto do Juiz de Instrução Criminal. Recebida a acusação, é o arguido notificado para, querendo, requeira a audiência preliminar, relativamente a factos pelos quais o MP ou o assistente, em caso de procedimento dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação. Em caso, de arquivamento, é o assistente notificado para, querendo, requerer a

37 Cf., artigo 354 CPP de 2019.

38 A abertura da fase de instrução contraditória no CPP/1929, podia ser requerida pelo MP, para esclarecer e completar a prova da acusação, pelo arguido, para sugerir diligências destinadas a ilidir ou enfraquecer aquela prova e a preparar a sua defesa, ou aberta oficiosamente pelo juiz, sempre que julgue necessário realizar diligências complementares de prova, antes de receber ou rejeitar a acusação. No novo CPP, o Juiz, de instrução criminal não pode abrir oficiosamente a fase da audiência preliminar, nem o MP pode promover a sua abertura.

39 Cf., artigo 327 CPP de 1929, conjugado pelo artigo 34 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945.

40 Cf., artigo 330 n.º 1 CPP de 2019.

audiência preliminar⁴¹.

Têm-se enraizado a prática de ser o MP a notificar ao arguido e ao assistente, da acusação e arquivamento, respectivamente. Na vigência do CPP/1929, havia clareza sobre quem tinha o poder de notificar o arguido. Tal conclusão resultava claro dos artigos 352 e 353, todos do CPP/1929, que preconizava a notificação ao arguido da acusação quando esta não fosse precedida pela Instrução Contraditória, e igualmente, o requerimento do MP para a abertura da Instrução Contraditória era notificado ao arguido, e no mesmo prazo o Juiz da causa proferia despacho recebendo ou rejeitando a acusação ou ordenando a instrução contraditória. Este figurino, não se compadecia com uma notificação feita pelo MP.

No novo CPP, o n.º 1, do artigo 331 manda aplicar o disposto no n.º 3, artigo 324 a notificação em relação a acusação, significando isto que ela é comunicada pelos meios estabelecidos no Código. Mas, não resulta claro sobre quem deve notificar, se o Juiz de Instrução ou o MP.

Tendo sido requerida a audiência preliminar, o Juiz de Instrução Criminal só pode rejeitar o requerimento por extemporaneidade⁴², por incompetência do juiz de instrução criminal ou por inadmissibilidade legal da audiência preliminar⁴³. Já não cabe ao Juiz de Instrução criminal sindicar a acusação do Ministério Público, através da remessa dos autos ao Procurador da República superior do que se absteve de acusar⁴⁴, ou discordar da acusação do MP⁴⁵ fundada na falta de corpo de delito. Cabe agora ao arguido requerer diligências complementares de prova para que sejam realizadas durante a audiência preliminar e arguir nulidade da acusação em sede do debate preliminar, quando ela não reunir os requisitos do artigo 331 CPP.

Através da fase da audiência preliminar, que é facultativa⁴⁶ o Juiz de Instrução Criminal sujeita a actuação do sujeito titular da acção penal (MP ou Assistente) ao controlo judicial, com a finalidade de obter uma decisão de submissão ou não da causa ao julgamento⁴⁷, investigando autonomamente o

41 Este notificação é feita nestes termos uma vez extinto o mecanismo de fiscalização judicial da actividade de abstenção da acusação que constava do artigo 28 do Decreto-Lei n.º 355007, de 13 de Outubro.

42 O prazo para o requerimento da audiência preliminar é de 8 dias contados a partir da data de notificação do arquivamento ou acusação (n.º 1, artigo 333, CPP).

43 Cf., artigo 333, n.º 3 do CPP de 2019.

44 Cf., artigo 28 do Decreto-Lei n.º 35007.

45 Cf., artigo 346 e 351 CPP de 1929.

46 Cf., artigo 332 n.º 2 do CPP de 2019.

47 Cf., artigo 332 n.º 1 CPP de 2019.

caso submetido à audiência preliminar⁴⁸, porquanto, esta fase é por si dirigida⁴⁹.

A audiência preliminar, sem prejuízo das diligências indicadas no requerimento de abertura, o Juiz de Instrução Criminal pratica os actos necessários à obtenção de uma decisão de submissão ou não da causa a julgamento, através da comprovação da decisão de deduzir acusação ou de arquivar os autos da instrução⁵⁰.

No exercício das suas funções de direcção da audiência preliminar, o Juiz de Instrução Criminal, para além de levar a cabo os actos e diligências de prova considerados convenientes para o apuramento da verdade, conduz o debate preliminar, oral e contraditório⁵¹, num esquema similar ao da Instrução Contraditória, com a ressalva de que na audiência preliminar, o Juiz de Instrução Criminal pode conferir aos serviços de investigação criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações de interesse, salvo aqueles que dizem respeito às competências exclusivas do Juiz.

O debate preliminar constitui parte integrante⁵² e obrigatória da audiência preliminar⁵³. No entanto, a audiência preliminar tem carácter facultativo e não pode ter lugar nas formas de processo especiais⁵⁴, o que levanta a questão de saber se é possível haver debate preliminar, nos casos em a audiência preliminar não tiver sido requerida.

Da leitura às disposições combinadas dos artigos 335 e 343, todos do CPP, é imperativo responder negativamente à esta questão, porquanto, o debate preliminar é parte integrante da audiência preliminar, e somente pode ter lugar, tendo esta sido requerida. Mas, uma vez requerida a audiência preliminar, não tendo sido requeridos os respectivos actos, o Juiz de Instrução Criminal designa dia, hora e local para o debate preliminar, mas nunca marcá-lo nos casos em que não haja audiência preliminar.

Havendo audiência preliminar, o Juiz de Instrução Criminal encerra-la-á no prazo máximo de dois meses, havendo arguidos presos, podendo ser elevado para 3 meses, quando se proceder por crime de terrorismo ou por

48 Cf., artigo 334 n.º 3 CPP de 2019.

49 Cf., artigo 334 CPP de 2019.

50 Cf., artigo 332 CPP de 2019.

51 Cf., artigo 335 n.º 1 CPP de 2019.

52 Cf., artigo 335 CPP de 2019.

53 GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, anotação ao artigo 297 do Código de Processo Penal Português, Anotado e legislação complementar, (2007), 16.ª edição, ALMEDINA, p. 644.

54 Cf., artigo 332 n.º 1 CPP de 2019.

crime punível pena de prisão de máximo superior a oito anos⁵⁵, e de 4 meses, não havendo arguidos presos⁵⁶.

b. Decisão preliminar

Encerrado o debate preliminar que é obrigatório nos casos de ter sido requerida a audiência preliminar, é da competência exclusiva do Juiz de Instrução Criminal proferir despacho de pronúncia⁵⁷, se tiverem sido recolhidos os indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, e no caso contrário, profere despacho de não pronúncia⁵⁸.

O Juiz de Instrução Criminal lavra o despacho acima referenciado, em acto seguido ao encerramento da audiência preliminar, salvo se, a complexidade da causa o aconselhar a decidir a posterior, caso em que ordena que os autos lhe sejam conclusos para decidir no prazo máximo de dez dias.

O poder agora conferido ao Juiz de Instrução Criminal de tomar a decisão preliminar (pronúncia ou não pronúncia) representa um momento marcante no nosso sistema processual, pois, consolida-se assim a estrutura acusatória.

O Juiz da causa é agora completamente alheio à fase da instrução preparatória e da audiência preliminar, não toma contacto anterior com o objecto do processo até que o mesmo lhe seja submetido para julgamento. Não era assim no regime constante do CPP/1929 e do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945.

Para completar e finalizar, o Despacho do Juiz de Instrução Criminal que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação pública, é irrecorrível, e nos termos do artigo 356 determina a imediata remessa dos autos ao tribunal competente para o julgamento.

Não havendo audiência preliminar, não há mais que falar do debate preliminar, nem do despacho de pronúncia, pois, o artigo 322 estabelece que concluída a instrução os autos são remetidos para o Juiz de Instrução Criminal, em caso de requerida a audiência preliminar, ou para o julgamento.

O cenário que acabamos de descrever reflecte o contexto de aplicação do sistema do acusatório reforçado pelo princípio da investigação, em que o Juiz de Instrução Criminal investiga o objecto do processo em ordem a decidir a submissão ou não da causa em juízo, sendo o juiz de julgamento alheio à este

55 Cf., artigo 256 CPP de 2019.

56 Cf., artigo 352 CPP de 2019.

57 Cf., artigo 353 CPP de 2019.

58 Cf., artigo 354 CPP de 2019.

exercício.

No contexto moçambicano, o legislador tem usado uma engenharia legal para transitoriamente assegurar que as funções do Juiz de Instrução Criminal continuem a ser exercidas pelos juizes da causa, nos lugares onde não tenham ainda sido criadas as secções criminais. Tal resulta claramente do n.º 2, artigo 2, da Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, bem como do artigo n.º 2, do artigo 6 da Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro.

José Lobo Moutinho, referindo-se sobre os debates em torno da Lei n.º 2/72, que cria o Tribunal de Instrução de Portugal apontava para a necessidade de não sacrificar-se a pureza do princípio da judicialização da instrução, em nome de eventuais limitações, cabendo ao governo eliminá-las⁵⁹. Trazendo este ensinamento para o caso moçambicano, nota-se que o legislador, há 31 anos consagra uma norma transitória que estabelece que, nos locais onde ainda não for ainda possível criar as secções de instrução criminal, serão as competências dos juizes de (a) instrução criminal assumidas pelo juiz da causa ou do lugar da prisão.

Sucede que até hoje, as secções de instrução criminal estão maioritariamente implantadas apenas nos Tribunais Judiciais de Província. A nível dos distritos, continuamos a assistir o juiz da causa a fazer a vez do Juiz de Instrução criminal.

Na verdade, a criação da figura do Juiz de Instrução Criminal representa a materialização de um comando constitucional, pelo que, não pode a lei ordinária fazer depender a sua implementação ou a existência de secções criminais, nos tribunais judiciais de província e de distrito, ao movimento de processos-crime, conceito incerto e ambíguo. Afinal, quando é que se pode entender que o movimento de processos-crime justifica a criação de secção de competência especializada em que funcionarão os juizes da instrução criminal?

Tal situação faz com que a propolada consolidação do sistema do acusatório não passe de uma miragem, pois, em Moçambique continuamos a assistir o Juiz da Causa a intervir na instrução pondo-se assim em causa a imparcialidade do julgamento, já que ele intervem na instrução, profere o despacho de pronúncia e julga.

As eventuais limitações financeiras para a criação destas secções não procedem, porquanto, o Governo, pelo menos nestes últimos cinco anos avançou com a iniciativa presidencial "*Um Distrito, Um Tribunal*", o que vai agravar ainda mais o problema, pois, teremos mais Tribunais Judiciais de Distrito sem um Juiz de Instrução Criminal.

59 MOUTINHO, José Lobo (1989) Direito Processual Penal, Editora AAFDL, p.111

CONCLUSÃO

Analisando o sistema processual penal moçambicano constata-se haver uma tendência evolutiva de reconhecer-se e assegurar que os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos sejam respeitados no processo penal, como reflexo da aplicação da constituição criminal.

Partiu-se de um sistema que consagrava a existência de um Juiz-Polícia, que actuava numa posição de concentração de poderes de instrução, pronúncia e julgamento, no sistema do acusatório formal de 1929, para um sistema de Juiz das garantias, no CPP/2019, em que o Juiz de Instrução Criminal, para além de intervir na fase da instrução para praticar ou ordenar a prática de actos de quase jurisdição, mas também para dirigir a fase da audiência preliminar e proferir despacho de pronúncia.

Com o CPP/2019, o Juiz de Instrução criminal viu seus poderes alargados e consolidados, consolidando-se assim o princípio do acusatório, e o sistema processual penal de base acusatória, agora reforçada por um princípio de investigação.

Cabe agora ao Juiz de Instrução Criminal investigar o objecto do processo que lhe é trazido, tanto pela acusação pública, como particular, e não ordenar ao Ministério Público a reformulação da sua acusação ou sindicá-la por via do superior hierárquico do Procurador, como acontecia no passado.

Não obstante esses avanços, e a intenção do legislador de apagar todos resquícios inquisitoriais, persistem evidências, que o sistema ainda clama pela retirada definitiva do Juiz da causa na instrução. À guisa das condições financeiras e económicas, o legislador continua permitindo que nas Províncias ou Distritos onde não tenham ainda sido criadas as Secções Criminais, as funções do Juiz de Instrução Criminal sejam exercidas pelo Juiz da causa anulando-se assim todo esforço e ganhos com a consagração do Juiz de Instrução Criminal.

BIBLIOGRAFIA

BARREIROS, José António, (1981), *Processo Penal*, Editora Livraria Almedina, Coimbra,

BARREIROS, José António, (1997), *Sistema e estrutura do processo penal português*, Vol.I.,

DIAS, Jorge de Figueiredo, (1984), *Direito Processual Penal*, Vol.I, Reimpressão, Coimbra Editora.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, (2007), "*Código do Processo Penal Anotado-legislação complementar*", 16.ª edição, ALMEDINA,;

MOUTINHO, José Lobo, (1989), *Direito Processual Penal*, Editora AAFDL.

SANTOS, Manuel Simas et´ al., (2011), *Noções de Processo Penal*, 2ª Edição, Editora Rei dos Livros.

SILVA, Germano Marques, (2000), *Curso de Processo Penal I*, 4ª Edição, revista e actualizada, Editorial Verbo.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República de Moçambique de 1990, 2004 e 2023;

Código de Processo Penal de 1929, posto em vigor pelo Decreto-Lei n.º 19 271, de 14 de Janeiro de 1931;

Código de Processo Penal de 2019, aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro;

Decreto-Lei n.35007, de 13 de Outubro.

Lei n.º 2/93, de 24 de Junho.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão n.º 04 /CC/2013, de 17 de Setembro, recaído sobre o Processo n.º 03/ CC/2013, o Conselho Constitucional

Recurso de Amparo em Moçambique: Fundamentos e Possibilidades para a Tutela de Direitos Fundamentais Perante Actos Lesivos do Poder Público

Doutor Mateus SAIZE

Docente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Ministro da Justiça, Assuntos Constitucionais e Religiosos e antigo Juiz Conselheiro do Conselho Constitucional.

dr. João CHICOTE

Docente na Escola de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique. Assistente Jurídico de Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional.

Resumo

O presente trabalho versa sobre o recurso de amparo como mecanismo de protecção dos direitos fundamentais perante actuação dos poderes públicos. Analisando seus principais aspectos busca-se compreender as particularidades deste instituto jurídico, e, a partir daí arrolar uma série de argumentos favoráveis à introdução em Moçambique de uma certa medida de amparo junto ao Conselho Constitucional. A inexistência no sistema jurídico-constitucional moçambicano, de um processo de «queixa constitucional» limita a intervenção da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais perante actos lesivos praticados pelo poder público. O tema de pesquisa tem relevância, porquanto a sua abordagem poderá fornecer subsídios teóricos para uma melhor compreensão da «queixa constitucional», despertar e influenciar o Legislador constituinte da urgência de uma reforma do modelo moçambicano de fiscalização da constitucionalidade.

O método de pesquisa radica no modelo dedutivo e hermenêutico jurídico. O procedimento compreende o método monográfico. As técnicas e instrumentos de investigação consistem na análise bibliográfica e documental.

Palavras-chave: *recurso de amparo; direitos fundamentais.*

INTRODUÇÃO¹

No presente artigo coloca-se ênfase na série de argumentos que, pela positiva, permitem justificar a posição de acolhimento a uma certa dimensão de amparo, mesmo quando numa feição minimalista².

A apreciação incidirá, principalmente, sobre o domínio da fiscalização que se afigura mais problemático, qual seja o do acesso dos particulares ao Conselho Constitucional. Isso conduz, relativamente às actuais modalidades de fiscalização, a centrar atenções na fiscalização concreta³, ou mais amplamente, para o domínio do acesso directo dos particulares ao Conselho Constitucional. É aqui que, hoje, pode-se reconhecer as maiores deficiências, distorções e perversões do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade⁴. Pretende-se analisar as que se consideram mais sérias, após o que vamos sugerir algumas possíveis propostas.

1 Adiantamos a colocação, para facilitar o leitor, as abreviaturas utilizadas no corpo do texto: al. – alínea; art. – artigo; CRM-Constituição da República de Moçambique; ed. – edição; UCM-Universidade Católica de Moçambique; ob., cit., obra citada; LOOC – Lei Orgânica do Conselho Constitucional; CC – Conselho Constitucional.

2 ALEXANDRINO, José de Melo, (2010), *op. cit.*, p. 41.

3 *Ibidem*, p. 42

4 *Ibidem*, p. 42.

I. HORIZONTE DO PROBLEMA

O recurso de amparo é um mecanismo de impugnação extraordinária e subsidiária que cabe interpor ante do Tribunal Constitucional⁵.

Conexo com o debate sobre a subsistência ou não do actual modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade, tem sido proposta, nos últimos tempos, a criação de um “recurso de amparo” à semelhança de institutos existentes em Cabo Verde⁶, na Espanha, na Alemanha, na Áustria, no Brasil e noutros países⁷.

Uma vez cientes da realidade processual que se pretende significar com a expressão *recurso de amparo* (ou queixa constitucional ou recurso constitucional para a protecção de direitos fundamentais) e dada a impossibilidade de situar minimamente o contexto do problema, que no nosso entender só pode ser avaliado numa perspectiva de conjunto que envolva o sistema de justiça como um todo, há três ideias-força que tomam como postulados de partida: (1) uma respeitante ao acesso dos cidadãos ao Conselho Constitucional Moçambicano, (2) outra ao sistema de acesso dos cidadãos ao Conselho Constitucional e (3) uma terceira ao sentido da evolução predominante em termos de direito comparado⁸.

Em primeiro lugar, é opinião alargada que o Conselho Constitucional Moçambicano não é um *Tribunal dos direitos fundamentais*: não foi no momento constituinte, não o é no texto constitucional (n.º 1 e 2 do artigos 240 e n.º 1, al. a) e b do artigo 246.⁹, não o é no Estatuto Orgânico do Conselho Constitucional (artigos 1, artigo 6 e n.º 1 a 3 do art. 71)¹⁰ e tão-pouco o é na prática ou na autorrepresentação institucional do próprio órgão supremo de justiça constitucional¹¹.

Conforme Jorge Reis Novais, *a justiça constitucional corresponde ao conjunto dos mecanismos jurisdicionais que visam materializar a vontade do legislador constituinte, evitando que os actos normativos infraconstitucionais desrespeitem as normas e princípios constitucionais estabelecidos, quer sejam eles*

5 DAPKEVICIUS, Rúben Flores, (2011), *Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data*, Montevideo-Buenos Aires, p. 147.

6 O sublinhado é nosso.

7 MIRANDA, Jorge, (2014), *Manual de Direito Constitucional*, Vol III, Coimbra Editora, p., 288.

8 ALEXANDRINO, José de Melo, (2010), *op. cit.*, p. 42.

9 Constituição da República de Moçambique, alterada pela Lei n.º 11/2023, de 23 de Agosto.

10 Lei Orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 2/2022 de 21 de Janeiro.

11 ALEXANDRINO, José de Melo, (2010), *op. cit.*, p. 42.

*de carácter material, formal ou competencial*¹².

Dissertando acerca dos direitos fundamentais, Novais¹³ entende nos seguintes termos:

a justiça constitucional, sela ela, consoante os casos, encimada por um Tribunal Constitucional ou por um Supremo Tribunal, cabe assegurar a supremacia e a efectividade dos direitos consagrados na Constituição. Para tanto e de acordo com as modalidades e os procedimentos legalmente instituídos e variáveis de país para país, a jurisdição constitucional suprema verifica em última instância se, na eventualidade de ocorrência de ofensas aos direitos fundamentais, essas ofensas são ou não inconstitucionais. Finalmente, recorrendo aos padrões de controlo e critérios de escrutínio extraídos das normas e dos princípios constitucionais, a jurisdição constitucional pode invalidar, em consequência, os actos dos poderes constituídos que venham a ser considerados inconstitucionais por violação daqueles direitos, bem como os efeitos produzidos por aqueles actos.

O sistema de Justiça Constitucional Moçambicano “originário” da Constituição Portuguesa de 1976 e influenciado tanto pelo modelo norte-americano da *Judicial Review* como pelo modelo *Kelseniano* combina uma fiscalização concreta difusa na base, mas concentrada no topo, com a previsão do Conselho Constitucional¹⁴.

Não existe, no sistema jurídico-constitucional moçambicano, um processo de «queixa constitucional» (*Verfassungsbeschwede, staatsrechtliche Beschwerde, recurso de amparo*) que permita aos cidadãos lesados nos seus direitos fundamentais apela-rem directamente para o Conselho constitucional (em condições a regular pelas leis de organização, funcionamento e processo)¹⁵.

12 NOVAIS, Jorge Reis, (2012), *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1ª edição, Coimbra Editora, p. 183.

13 NOVAIS, Jorge Reis, (2012), *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra Editora, p. 186.

14 Acrescenta Jorge Bacelar Jorge (2015), *Direito Constitucional de Moçambique*, p. 599, a fiscalização judicial concentrada da constitucionalidade é proveniente do Direito Constitucional Austríaco, tendo sido consagrada na Constituição da Áustria de 1 de Outubro de 1920, em cuja elaboração teve um papel decisivo o grande juspublicista austríaco Hans Kelsen, doutrinariamente defendendo este modelo, em 1931, no célebre opúsculo *Wer soll der Hüter des Verfassung sein?*, veementemente contestando o pensamento de Carl Schmitt e propugnando a entrega da fiscalização da constitucionalidade àquele órgão judicial.

15 CANOTILHO, Gomes, (2003), *Direito Constitucional*, 7ª edição, 21ª Reimpressão, Almedina, p. 507.

Alguns autores apontam críticas à nossa justiça constitucional de não fazer a defesa conveniente dos direitos fundamentais¹⁶, por se alicerçar, no controlo de actos normativos praticados pelos órgãos competente, ficando fora do âmbito do controlo, os actos do poder público lesivos desses direitos.

Entendimento bem diverso encontra-se expresso por Rui Medeiros, citado por Jorge Miranda¹⁷, para quem é legítimo duvidar de que as pequenas vantagens porventura resultantes da introdução de uma acção constitucional de defesa junto do Conselho Constitucional – reforço da protecção jurisdicional dos direitos fundamentais – compense os graves inconvenientes que daí resultariam – lentidão da justiça e inundação do Conselho Constitucional. (...).

Jorge Miranda recorda que os tribunais em geral são, igualmente, órgãos de justiça constitucional, estando também vocacionados para assegurar uma protecção plena dos direitos fundamentais dos particulares. Afirma Miranda:

A tarefa geral de protecção dos direitos fundamentais cabe, entre nós, à semelhança do que sucede em Itália, à jurisdição civil, administrativa e penal. (...) Não há entre nós qualquer penúria dos meios de garantia. Isto não significa que o lugar central que os direitos fundamentais ocupam na Constituição não possa justificar um reforço da sua tutela jurisdicional. O exemplo do habeas corpus é disso testemunha¹⁸.

Cá entre nós, Lúcia Ribeiro afirma que, no âmbito da fiscalização concreta, a Constituição moçambicana não estabeleceu importantes direitos de participação, traduzidos num acesso mais ou menos amplo à jurisdição constitucional pelos particulares, nem contemplou um direito autónomo de acção¹⁹.

Neste sentido, *os tribunais comuns, enquanto julgam a constitucionalidade, são também tribunais de garantia dos direitos fundamentais e dentre esses tribunais os cidadãos podem defender os seus direitos por meio de diversas formas já estudadas e, por via de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, podem chegar ao Conselho Constitucional²⁰.*

E, na verdade, bem distintas são as coisas, por exemplo, na Alemanha,

16 NOVAIS, Jorge Reis (2012) *op. cit.*, p. 291.

17 MIRANDA, Jorge, (2014) *op. cit.*, p. 290-291.

18 *Ibidem*, p. 291.

19 RIBEIRO, Lúcia, (2020), *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, Escolar Editora, p. 274.

20 MIRANDA, Jorge, (2014), *op. cit.*, 293.

como é atestado pela Lei Fundamental (pelo menos desde 1969), pela doutrina, pelo próprio Tribunal Constitucional Federal e sobretudo pela prática do Tribunal e pela percepção que dela tem a sociedade²¹ - como, mais uma vez, se pôde comprovar amplamente com os recentes julgamentos de 9 de Fevereiro de 2010, sobre as prestações mínimas de segurança social (Harz IV - Leistungen), e de 2 de Março de 2010, relativo à retenção de dados das telecomunicações (*Vorratsdatenspeicherung*)²²; algo similar se pode dizer do Brasil, onde o Supremo Tribunal Federal declara como visão do futuro *Ser reconhecido como Corte Constitucional, referência na garantia dos direitos fundamentais, na moderação dos conflitos na Federação e na gestão administrativa*²³.

Em segundo lugar - e esta afirmação é certamente menos consensual - há um patente desequilíbrio no sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade, que se traduz especialmente no seguinte²⁴:

- i. Na insensibilidade desse sistema ao primado da pessoa na Constituição, uma vez que uma ofensa, mesmo grosseira, cometida pelos poderes públicos a bens e interesses jusfundamentais da pessoa humana não goza de nenhuma atenção especial por parte da justiça constitucional, sendo certo que pareceria natural que ao primado dos direitos fundamentais correspondesse um certo nível privilegiado (e não desdiferenciado) de proteção e uma certa repercussão institucional do mesmo²⁵;
- i. Pelo contrário, estando previsto o acesso do cidadão ao Conselho Constitucional, no recurso em fiscalização concreta e na fiscalização sucessiva podem ser defendidos os tipos de interesses, mesmo os menores - que são, como é natural, os mais numerosos, de resto, o Conselho Constitucional nem sequer tem poderes para interferir, por via de recurso, nas decisões denegadoras do habeas corpus (o que já seria uma forma de sinalizar a natureza jusconstitucional desse mecanismo e o primado da liberdade individual)²⁶;
- i. O desequilíbrio e o carácter reductor do sistema estão aliás comprovados

21 PETER, Haberer, (1997), *Recurso de Amparo no sistema germânico de justiça constitucional*, in sub judice e sociedade, Janeiro/Junho (2001), pp. 33, 35, 38 ss, apud ALEXANDRINO, José de Melo, (2010), *op. cit.*, p. 43.

22 Com as informações relevantes <http://www.bundesverfassungsgericht.de/presse.html>, acesso 10.02.2024.

23 ALEXANDRINO, José de Melo, (2010), *op. cit.*, p. 43.

24 *Ibidem*, p. 43.

25 *Ibidem*, p. 43.

26 *Ibidem*, p. 43.

pelas vias de saída encontradas, nomeadamente a adopção de um conceito funcional de norma e a extensão do objecto de recurso a interpretações normativas e a normas virtuais²⁷ ;

- i. Por arrastamento, uma certa inversão do sentido da intervenção do Conselho Constitucional, associada à instrumentalização, com efeitos dilatatórios, de um recurso manifestamente hipertrofiado conduziram a que este sistema fiscalização tenha, também ele, a sua quota-parte de responsabilidade na crise que afecta o sistema de justiça moçambicano.

Com efeito, ao passo que esse tipo de acesso ao Conselho Constitucional apresenta entre nós uma feição essencialmente subjectivista, na Alemanha, na Suíça e na Espanha, o recurso de amparo tem vindo a ser substancialmente objectivado, designadamente através da introdução de um requisito de admissibilidade que se exprime pela “relevância jurídico-constitucional fundamental” (*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*) pela relevância fundamental (*Grundsätzlicher Bedeutung*) ou pela “especial transcendência” desses recursos - algo de similar afinal ao que sucedeu, no Brasil, com a introdução (no artigo 102, § 3.º, da Constituição) do mecanismo da “repercussão geral” em sede de recurso extraordinário, numa evidente linha de aproximação ao writ of certiorari norte-americano (em todo o caso, com maior transparência, envolvimento social e modernidade)²⁸ .

A perplexidade não podia ser maior: um sistema sem recurso de amparo e sem nenhum mecanismo de protecção específico dos direitos fundamentais junto do Conselho Constitucional oferece todavia um amplo acesso para a tutela subjectiva de direitos e interesses indiferenciados, quando os princípios sistemas doptados de recurso de amparo constitucional de direitos e liberdades fundamentais se orientam no sentido da objectivação do acesso²⁹!

27 Ibidem, p. 44.

28 Ibidem, pp. 44-45.

29 Ibidem, p. 46.

II. MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM MOÇAMBIQUE

O modelo de controlo da Constitucionalidade adoptado em Moçambique é jurisdicional e concentrado com *reenvio prejudicial*³⁰. A competência para a fiscalização da Constitucionalidade das normas está adstrita ao Conselho Constitucional, um órgão jurisdicional, definido pela Constituição da República como *órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional*³¹.

Na sequência, os poderes de decisão para efeitos de declaração da inconstitucionalidade, são exclusivamente reservados ao Conselho Constitucional n.º 1 do artigo 240 e alínea a) do n.º 1 do artigo 243. No entanto, os Tribunais têm a priviligio de recusar a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade (artigo 213 da CRM), pode suspender o julgamento e enviar os *acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade* ao Conselho Constitucional, o qual ao se pronunciar obriga a que o tribunal a quo se conforme, julgando o caso em conformidade com a decisão do Conselho Constitucional.

Analisando o sistema moçambicano de fiscalização da Constitucionalidade, os tribunais judiciais são investidos de poder de participar na fiscalização concreta, mas sem poder de decisão definitiva, pelo poder que lhes é conferido pelo artigo 213, conjugado com n.º 1, al. a) do art. 246, de nos feitos submetidos a julgamento *quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade*.

Tendo por base a definição e as competências do Conselho Constitucional consagradas no n.º 1, al. a) do artigo 243 da CRM, é mister afirmar que a capacidade de cognição deste órgão de soberania limita-se aos *actos normativos dos órgãos do Estado*, relegando os actos de natureza política e administrativa, o que reduz a esfera de sua intervenção na tutela efectiva dos direitos fundamentais.

Segundo o previsto no n.º 2 do artigo 244 da CRM, pode solicitar ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade das leis ou de ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, o Presidente da República, o *Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos Deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República, o Provedor da Justiça e Dois mil cidadãos*.

30 RIBEIRO, Lúcia, (2020,) *op. cit.*, p.274.

31 Cf., n.º 1 do art. 240 da CRM.

Como se pode depreender, *fica de fora a fiscalização privada – a pedido de cada pessoa que se sentisse violentada nos seus direitos fundamentais constitucionalmente relevantes* (o recurso de amparo)³².

Assim, o cidadão individualmente considerado não tem legitimidade para solicitar a declaração de inconstitucionalidade, na medida em que, apenas dois mil cidadãos o podem fazer.

Para Jorge Bacelar Gouveia³³, os interesses visados pelos processos judiciais em geral, assim como pelos processos constitucionais em especial, podem ser de duas índoles contrapostas: *interesses públicos*, ligados à defesa da constitucionalidade objectiva, na mediada em que por seu intermédio se preserva um modelo geral de ver a organização política do Estado e da sociedade, plasmado na Ordem Constitucional, que é de todos; *interesses privados*, relacionados com a protecção de posições individuais, ainda que mediatizadas pela protecção constitucional geral, na certeza de que também são nível do Direito Constitucional se protegem direitos individuais.

Afirma Gomes Canotilho³⁴, a Justiça Constitucional é hoje também *um amparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados* (a justiça Constitucional no sentido de «Jurisdição da liberdade»). É aqui que vem encontrar institutos como os da *Verfassungsbeschwerde* alemã, o recurso de amparo *lispano-americano* e os mandados de segurança e injunção brasileiros.

Como podemos observar, o modelo de fiscalização moçambicano não permite o acesso individual dos particulares, na medida em que a lei determina duas mil pessoas para solicitar ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade. Ademais, *fica de fora a fiscalização privada – a pedido de cada pessoa que se sentisse violentada nos seus direitos fundamentais constitucionalmente relevantes*.

32 GOUVEIA, Bacelar Jorge, (2015), *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Lisboa/Maputo, p. 557.

33 *Ibidem*, p. 548.

34 CANOTILHO, J.J. Gomes, (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 893-894.

III. AS RAZÕES DE UMA RESPOSTA

Podemos agora avançar no elenco dos argumentos favoráveis a uma resposta afirmativa, elegendo sucessivas perspectivas de análise, a começar pelas mais gerais e terminar com um apontamento relativo ao ordenamento moçambicano.

Numa perspectiva que pode ser designado como sendo do âmbito da *sociologia política*, o acesso, ainda que remoto e extraordinário, à instância máxima da justiça constitucional significaria a adopção de uma postura política antropologicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, apenas o Conselho Constitucional poderá estar num plano funcional e institucionalmente adequado para *relevar e aferir a preeminente natureza dessa chamada de atenção*³⁵.

Em segundo lugar, na perspectiva *moral e jurídico-constitucional*, parece evidente a necessidade de uma articulação adequada entre a componente material da Constituição (os valores aí recebidos e os direitos que deles são concretização), o princípio geral da tutela jurisdicional efectiva e a garantia de um elevado nível de efectividade jurídica dos direitos fundamentais (ao menos no plano em que o conteúdo destes é indisponível, quer para o legislador, quer para os tribunais, quer para a administração)³⁶.

35 NOVAIS, Jorge, Reis (2005) *op. cit.*, p. 94.

36 *Ibidem*, p. 94.

IV. UM SISTEMA COM DÉFICE SIGNIFICATIVO DE PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Contrariamente à ideia instalada dir-se-á que o sistema moçambicano deixa à margem da justiça constitucional – leia-se, à margem do Conselho Constitucional – grande parte das mais significativas e correntes violações dos direitos fundamentais. De facto, na medida em que o sistema está exclusivamente dirigido à fiscalização de normas, ficam desde logo teoricamente subtraídas à intervenção garantística do Conselho Constitucional todas as inconstitucionalidades actuadas, não por normas, mas através de decisões e actos individuais da Administração Pública ou pelo poder judicial³⁷.

Pelo menos no domínio sensível dos direitos fundamentais, esta lacuna significa que ficam sem tutela do Conselho Constitucional todas as intervenções restritivas cuja contestação não tenha por base a inconstitucionalidade e uma norma ordinária: o Conselho Constitucional só pode fiscalizar as normas restritivas de direitos fundamentais, não já as intervenções ablativas nas liberdades e direitos fundamentais praticadas pela Administração Pública e pelo poder judicial. Mas esse domínio, isto é, o da violação pontual e concreta dos direitos fundamentais sem que na base e na causa do acto lesivo esteja uma norma inconstitucional é, com segurança, aquele em que se verifica a esmagadora maioria das situações reais de lesão inconstitucional dos direitos fundamentais³⁸.

Ora, como é possível deixar praticamente à margem desse labor aquele que deveria ser o principal órgão de interpretação, conformação e unificação dogmática do sentido dos direitos fundamentais no nosso Estado de Direito, ou seja o próprio Conselho Constitucional? Para mais, no nosso caso particular, seria a cultura dos direitos fundamentais uma realidade já tão interiorizada e assumida pela sociedade e, reflexamente, pelas jurisdições comuns que deva ser confiado a estas o exclusivo daquelas tarefas a intervenção do órgão especialmente criado para a defesa da Constituição³⁹?

Esta é, se se quiser, a grande lacuna e a maior contradição do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade. Pois se a justiça constitucional se justifica historicamente pela necessidade de defesa da Constituição, mormente dos direitos fundamentais nela consagrados, no nosso caso o Conselho Constitucional só está habilitado a proteger os direitos fundamentais

37 *Ibidem*, p. 94.

38 *Ibidem*, p. 95.

39 *Ibidem*, p. 96.

contra intervenções normativas, não contra a acção dos poderes constituídos conduzida por via normativa⁴⁰. Neste sentido, ao contrário do que seria natural em sistema como órgão especial de fiscalização concentrada da constitucionalidade, e não obstante as sugestões para forçar até ao limite as suas competências neste domínio, o Conselho Constitucional não é ainda, entre nós, o tribunal dos direitos fundamentais⁴¹.

Aproxima-se, neste sentido, à construção de um sistema de fiscalização da constitucionalidade que, no domínio dos direitos fundamentais, está unilateralmente orientado para a protecção contra as restrições em sentido estrito (normas restritivas), seja na fiscalização preventiva, na sucessiva abstracta e na sucessiva concreta, deixando todo o significativo domínio das intervenções restritivas dos direitos fundamentais à margem do Conselho Constitucional e de qualquer daquelas modalidades de fiscalização da constitucionalidade⁴².

Se a Administração ou os tribunais praticam actos que restringem excessiva ou injustificadamente os direitos fundamentais dos particulares, se lesam nessa actuação princípios tão essenciais como o princípio da igualdade, o princípio da proibição do excesso ou da dignidade da pessoa humana, o particular não pode pura e simplesmente aceder e invocar tal violação no Conselho Constitucional. Se a administração procede a ponderação errônea entre os direitos fundamentais e outros valores, o acesso ao Conselho Constitucional continua vedado aos particulares.

40 Diga-se, ainda, que nem todas as violações aos direitos fundamentais actuadas por via normativa são sindicáveis pelo Conselho Constitucional por iniciativa dos particulares. Com efeito, os particulares só acedem ao Conselho Constitucional incidentalmente, a partir de um caso judicial em que sejam partes e onde suscitem a inconstitucionalidade de uma norma. Assim, um particular pode igualmente ver o seu direito fundamental seriamente lesado ou ameaçado de forma directa por uma lei – o que constitui uma modalidade não negligenciável de intervenções de intervenções restritivas nos direitos fundamentais, seja pelos efeitos lesivos imediatos num direito fundamental seja pela intensidade como a ameaça inconstitucional contida na lei pode inibir ou dissuadir do exercício desse direito – sem que possa aceder ao Conselho Constitucional. Ou melhor, só pode aceder desde que provoque e se sujeite aos pesados encargos de um processo judicial, eventualmente de uma prisão, para que, então, aí possa suscitar incidentalmente a questão de inconstitucionalidade normativa. Diferentemente, um recurso de amparo adequadamente regulado pode e deve contemplar a possibilidade de queixa constitucional directa de um particular contra uma lei independentemente da existência de um pleito judicial em que ela esteja a ser aplicada.

41 NOVAIS, Jorge, Reis, (2005), *Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (Ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)*, in THEMIS (Revista da Faculdade de Direito da UNL), VI – n.º 1 0, p. 96.

42 NOVAIS, Jorge, Reis (2005) *op. cit.*, p. 97.

V. UM SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA QUE INSTITUCIONALIZA A SUA MANIPULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DILATÓRIO

Se é certo que os cidadãos continuam sem possibilidade de defesa junto do Conselho Constitucional contra as violações dos seus direitos fundamentais praticadas por intervenções restritivas da Administração e, pelo menos em teoria, em contrapartida, as possibilidades de um particular recorrer para o Conselho Constitucional no âmbito dos processos decididos pelos tribunais são bastante extensas ou até quase ilimitadas: basta que, durante o processo, o particular invoque a inconstitucionalidade de uma norma ou de uma sua interpretação particular⁴³. Isso garante-lhe, em caso de posterior decisão desfavorável e só após essa decisão, a possibilidade de fazer prolongar o processo através do recurso de inconstitucionalidade para o Conselho Constitucional⁴⁴.

Assim, de instituto potencialmente vocacionado para a função de protecção dos direitos fundamentais, a justiça constitucional, na sua dimensão de fiscalização concreta, transformou-se em acentuada medida, entre nós, em expediente dilatatório e instrumento inconfessado para a obtenção de fins menos nobres. Basta que uma decisão judicial não agrade a uma das partes e esta tenha interesse objectivo em fazer prolongar o processo para que se lance indiscriminadamente mão do recurso de inconstitucionalidade para o Conselho Constitucional⁴⁵.

Chega-se assim, ao absurdo de um sistema de fiscalização, que não permite que um cidadão possa recorrer para o Conselho Constitucional de um acto da Administração ou de uma intervenção restritiva de um juiz que viola séria e inapelavelmente um seu direito verdadeiramente fundamental, mas permite, por exemplo, que um particular recorra ao Conselho Constitucional porque uma norma há dez anos em vigor foi aprovada na especialidade por uma Comissão da Assembleia da República em vez de, como devia, o ter sido pelo plenário, ainda que a lei de onde essa norma conste tivesse sido aprovada por unanimidade em votação final global⁴⁶.

43 NOVAIS, Jorge, Reis (2005) *op. cit.*, p. 99.

44 De acordo a al. a), n.º 1 do art. 246 da CRM, devem ser remetidos obrigatoriamente para o Conselho Constitucional, os acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade.

45 NOVAIS, Jorge, Reis (2005) *op. cit.*, p. 100.

46 *Ibidem*, p. 113.

VI. UM SISTEMA DEFICITÁRIO NA PROTECÇÃO JUSFUNDAMENTAL

Potenciando o aproveitamento disfuncionalizante do acesso directo dos particulares ao Conselho constitucional está esse factor que constitui uma outra especificidade de justificação duvidosa do nosso sistema de fiscalização⁴⁷: É que o sistema não distingue, para efeitos de recurso para o Conselho Constitucional, entre tipos de inconstitucionalidade: seja material, formal ou orgânica, seja muito pouco ou nada significativa, toda a inconstitucionalidade é arguível entre nós e a todo o tempo, qualquer que seja a relação entre a inconstitucionalidade invocada e a violação dos direitos ou interesses do particular⁴⁸. Um advogado minimamente conhecedor não tem, assim, grandes dificuldades, em qualquer caso e qualquer que seja a lei aplicável, em descobrir uma inconstitucionalidade útil e, mais, requerê-lo com fundamentos sérios e que o Conselho Constitucional é obrigado a apreciar⁴⁹.

Basta atentar que, num quadro constitucional que institucionalizou uma divisão de competências legislativas entre a Assembleia da República e o Governo, a inevitabilidade de ocorrerem quotidianamente eventuais inconstitucionalidades orgânicas é enorme. Há assim, um universo inabarcável de inconstitucionalidades orgânicas pululando no ordenamento jurídico à espera da descoberta para fins de conveniente recurso de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta⁵⁰.

47 Ibidem, p. 101.

48 Ibidem, p. 101.

49 Ibidem, p. 101.

50 Ibidem, p. 101.

VII. UM SISTEMA DE FRONTEIRAS MÓVEIS, DIFUSAS E MANIPULÁVEIS

No espírito originário do regime de fiscalização concreta era limitar o julgamento do Conselho constitucional às decisões judiciais de (in) constitucionalidade⁵¹ incidindo sobre normas em vigor. Isto é, reconhece-se ao juiz comum um acesso directo à Constituição – ele decide se uma norma é ou não inconstitucional e conseqüentemente recusa aplicá-la ou aplicá-la, mas chama-se o Conselho Constitucional a validar essa decisão de (in) constitucionalidade.

51 Cf., o n.º 1 do art. 71 da LOCC.

VIII. QUE RECURSO DE AMPARO?

Neste contexto, a dimensão de amparo subjacente à resposta que procuramos justificar tem especialmente em conta três vectores: as lições do direito comparado, às insuficiências do sistema, analisadas numa perspectiva de conjunto, e a preferência pela via dos pequenos passos⁵².

- i. Quanto ao objecto, *o recurso constitucional para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais* deveria permitir a possibilidade de recurso para o Conselho Constitucional nos casos de violação grave de um conjunto limitado de direitos, liberdades e garantias pessoais (com exclusão expressa dos direitos análogos não-pessoais e dos puramente processuais) por actos do poder judicial⁵³;
- ii. Quanto à natureza do instituto, *tratar-se-ia de um recurso extraordinário, subsidiário e suplementar, com as feições mistas (subjectivas e objectivas, com predominância das segundas)*⁵⁴;
- iii. Quanto às modificações *a emprender no sistema existente, numa primeira fase, que não querer revisão constitucional, deveria restringir-se a admissibilidade dos recursos de 2.º tipo, pelo menos em termos equivalentes aos agora vigentes na Alemanha, na Suíça e na Espanha, para o recurso de amparo, e no Brasil, para o recurso extraordinário*⁵⁵.

52 ALEXANDRINO, José de Melo, (2010) *op. cit.*, p.49.

53 *Ibidem*, p. 49.

54 *Ibidem*, p. 49.

55 49 Só semelhante exigência garante a não inversão da importância dos bens e interesses potencialmente atendíveis (selectividade), ao mesmo tempo que responde às principais críticas que têm sido dirigidas ao Sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade.

IX. O AMPARO ESPANHOL⁵⁶

A doutrina espanhola domina a tutela ordinária da actividade jurisdicional de protecção dos direitos fundamentais realizada pelos tribunais e tribunais, integrantes do Poder Judiciário, por meio de processos especiais⁵⁷.

O recurso de protecção é uma das principais competências atribuídas pela Constituição ao Tribunal Constitucional, sendo o objecto deste processo a protecção contra violações dos direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º e 30.2 da Constituição Espanhola causadas por disposições, legais actos, omissões ou simples acções de facto dos poderes públicos do Estado, das Comunidades Autónomas e de outras entidades públicas de natureza territorial, empresarial ou institucional, bem como dos seus funcionários ou agentes. A única reivindicação que pode ser afirmada através do apelo à protecção é a da restauração ou preservação dos direitos ou liberdades para os quais o apelo é promovido⁵⁸.

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol distingue três tipos de recurso de protecção com base na origem do ato do poder público a que é atribuída a violação de direitos fundamentais⁵⁹:

- a. *recurso de protecção contra decisões parlamentares* (art. 42);
- b. *recurso de protecção contra decisões governamentais e administrativas* (art. 43);
- c. *recurso de protecção contra decisões judiciais* (art. 44).

Por sua vez, a Lei Orgânica do Regime Geral Eleitoral prevê duas modalidades de recurso de protecção contra actos e decisões da Administração Eleitoral⁶⁰:

- a. *recurso de protecção contra os Acordos das Juntas Eleitorais sobre proclamação de candidatos e candidaturas* (art. 49.3);
- b. *apelo à protecção contra os Acordos das Juntas Eleitorais sobre a*

56 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/paginas/04-recurso-de-amparo.aspx>. 20.03.2024.

57 DAPKEVICIUS, Rúben Flores, (2011), *Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data*, Montevideo-Buenos Aires, p. 146.

58 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/paginas/04-recurso-de-amparo.aspx>, acesso 20.03.2024.

59 <https://www.tribunalconstitucional.es>. acesso 20.03.2024.

60 <https://www.tribunalconstitucional.es>. acesso 20.03.2024.

proclamação dos eleitos e a eleição e proclamação dos Presidentes das Corporações locais (art. 114.2).

Qualquer pessoa singular ou colectiva que invoque um interesse legítimo, bem como o Provedor de Justiça e o Ministério Público, têm direito a interpor recurso de protecção. As pessoas favorecidas pela decisão, acto ou facto com base no qual o recurso é formulado ou que nele tenham interesse legítimo podem figurar no processo como arguidos ou como intervenientes. O Ministério Público intervém em todos os processos de tutela em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público protegidos pela lei⁶¹.

Para interpor recurso de protecção contra decisões governamentais ou administrativas e contra decisões judiciais é necessário ter previamente esgotado os meios judiciais prévios, bem como ter invocado neste, o mais rapidamente possível, a violação do direito fundamental que se pretende afirmar perante o Tribunal Constitucional⁶².

61 <https://www.tribunalconstitucional.es> acesso 20.03.2024.

62 <https://www.tribunalconstitucional.es> acesso 20.03.2024.

CONCLUSÃO

Face a este estado de coisas, não há razões de peso que justifiquem que, entre nós, os cidadãos continuem sem possibilidade de acesso directo ao Conselho Constitucional contra violações sérias e constitucionalmente relevantes dos seus direitos fundamentais praticadas, por quaisquer ramos do poder público, através de actos dos titulares do poder político, da Administração e dos tribunais. Em Estado de Direito o Conselho Constitucional deveria ter a possibilidade de defesa dos direitos fundamentais contra as intervenções restritivas inconstitucionais e não apenas contra as restrições aos direitos fundamentais actuadas pelo legislador e/ou consubstanciadas em normas⁶³.

Como podem-se observar, o modelo de fiscalização moçambicano não permite o acesso individual dos particulares, na medida em que a lei determina duas mil pessoas para solicitar ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade. Ademais, fica de fora a fiscalização privada – a pedido de cada pessoa que se sentisse violentada nos seus direitos fundamentais constitucionalmente relevantes (recurso de amparo).

O instituto do amparo ou da queixa constitucional, experimentado com sucesso em vários outros países, seria a resposta adequada a esta deficiência⁶⁴.

Obviamente, uma regulamentação cuidada do instituto deve fixar as condições precisas da sua utilização num quadro de razoabilidade em que os particulares só possam aceder ao Conselho Constitucional após esgotarem as vias judiciais comuns existentes, se as houver, e em que ao Conselho Constitucional seja concedida a possibilidade de verificar do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso, designadamente a intensidade da lesão jusfundamental sofrida e a relevância constitucional da questão concreta⁶⁵.

Os argumentos normalmente invocados contra a esta sugestão não colhem. Um deles é o de que o nosso sistema já garante tudo o que o recurso de amparo podia acrescentar. Como se vê, não é verdade. Todas as intervenções restritivas inconstitucionais nos direitos fundamentais praticadas pela Administração Pública permanecem, entre nós, sem a tutela do Conselho Constitucional ou, quando muito, como no caso das intervenções restritivas praticadas pelos tribunais, só com tutela à custa de entorses, significativas e com

63 NOVAIS, Jorge Reis, (2005), *op. cit.*, p. 113.

64 *Ibidem*, p. 113.

65 *Ibidem*, p. 114.

consequências negativas, às normas do próprio sistema actual de fiscalização⁶⁶.

Um outro argumento é o de que a admissão da queixa constitucional bloquearia o funcionamento do Conselho Constitucional. É um argumento que só pode fazer sentido se se defendesse, pura e simplesmente, a junção do recurso de amparo a todas as outras possibilidades de acesso que já existem. Como pode-se observar, não é o caso, já que a introdução deste instituto só faz sentido com uma reformulação e depuração global do sistema actual de fiscalização concreta. Nesse quadro, não há razões que justifiquem que o instituto do amparo funcione na Alemanha ou na Espanha, em Cabo Verde e não possa funcionar entre nós tendo em conta o número de juizes no Conselho constitucional só faria sentido no pressuposto infundado de uma muito menor produtividade dos nossos juizes conselheiros⁶⁷.

Pensamos ser assim possível, sem outros custos que os de uma cuidada alteração da Constituição e da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, suprir as lacunas e défices significativos que afectam a nossa justiça constitucional no domínio da protecção jusfundamental dos cidadãos e fazer do Conselho Constitucional um tribunal de defesa da Constituição – que já é – e tribunal, por excelência, dos direitos fundamentais⁶⁸.

66 Ibidem, p. 114.

67 NOVAIS, Jorge Reis, (2005), *Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (Ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)*, in THEMIS (Revista da Faculdade de Direito da UNL), VI – n.º 10, p. 114.

68 NOVAIS, Jorge, Reis (2005) *op. cit.*, p. 117.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo, (2010), *Sim ou Não ao Recurso de Amparo?* In, Revista Julgar, Coimbra Editora.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra.

CONSELHO CONSTITUCIONAL, O Guardião, Maputo;

DAPKEVICIUS, Rúben Flores, (2011), *Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data*, 3ª edição, Montevideo.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, (2015), *Direito Constitucional de Moçambique*, Instituto do Direito de Língua Portuguesa. Lisboa-Maputo.

Manual de Direito Constitucional, Vols. I e II, Livraria Almedina, Coimbra: 1ª ed., 2005; 2ª ed., 2007; 3ª ed., 2009 (já com uma reimpressão); 4ª ed., 2011 (1º volume - ISBN 978-972-40-4680-8) (2º volume - ISBN 978-972-40-4681-5).

MIRANDA, Jorge, (2008), *Manual de Direito Constitucional*, Vols. I-VI, Coimbra.

MIRANDA, Jorge, (2014), *Manual de Direito Constitucional*, Vol III, Coimbra Editora.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, (2020), *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I e II, Coimbra editora.

NOVAIS, Jorge Reis (2005), *Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (Ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)*, in THEMIS (Revista da Faculdade de Direito da UNL), VI – n.º10.

NOVAIS, Jorge Reis, (2012), *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra Editora.

PETER, Haberle, (1997), *Recurso de Amparo no sistema germânico de justiça constitucional, in sub judice e sociedade*, Janeiro/Junho (2001).

QUEIROZ, Cristina, (2009), *Direito Constitucional*, Coimbra editora.

RIBEIRO, Lúcia, (2020), *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, Escolar Editora.

RODRIGUES, Filomeno (2016), *A Justiça Constitucional Moçambicana: Um Breve Olhar Sobre A Jurisprudência do Conselho Constitucional*, Alcance Editores.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, (1988), *Manual de Direito Constitucional*, Lisboa.

SÍTIO DE INTERNET

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco, A Jurisdição Constitucional em Moçambique, in https://www.cedipre.fd.uc.pt/wp-content/uploads/pdfs/co/public_44.pdf.

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/ComposicionOrganizacion/competencias/paginas/04-recurso-de-amparo.aspx>, acesso, 20.03.2024.

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/presse.html>, acesso, 18.03.2024.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República de Moçambique, alterada pela Lei n.º 11/2023, de 23 de Agosto. BR n.º 163, I série, de 23 de Agosto de 2023.

Lei Orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 2/2022 de 21 de Janeiro. BR n.º 15, I série, de 21 de Janeiro de 2022.

Constituição da República Espanhola, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal>, acesso 20.03.2024.

*Uma Proposta de Aprofundamento e Harmonização da Tramitação de Recursos de Revisão na Jurisdição Administrativa Moçambicana**

Doutor Nelson Osman JEQUE

Juiz Conselheiro do Tribunal Administrativo.

*Tema apresentado no "Ciclo de Seminários para Discussão de Temas Técnicos" do Tribunal Administrativo, realizado na Ponta D'Ouro, de 29 de Junho a 1 de Julho de 2022.

Resumo

O recurso de revisão é um meio processual disponível para as partes na jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira. Porém, o seu regime é repartido fundamentalmente entre o Código de Processo Civil e a Lei que regula o Procedimento atinente ao Processo Administrativo Contencioso. A sua tramitação, apesar do regime estabelecido naqueles dois instrumentos legais, levanta dúvidas carecendo de aprofundamento e uma maior aplicação prática.

Palavra chave: recurso– revisão–contencioso–tramitação–juízo.

INTRODUÇÃO

Foi incumbida a tarefa, ao autor, de preparar uma reflexão sobre o recurso de revisão na Jurisdição Administrativa (Moçambicana). Trata-se de uma tarefa árdua e que requer muita experiência de litigar nos tribunais aduaneiros, fiscais e administrativos e mesmo no tribunal superior, algo que o autor não possui. Entende, todavia, que qualquer abordagem que se faça em torno do recurso de revisão deve ter por base o Contencioso Administrativo e o Código de Processo Civil (CPC) aplicável subsidiariamente aos diversos contenciosos nesta Jurisdição^{1 2}, com as especificidades do Processo da Secção de Contas Públicas e do Contencioso Aduaneiro que ao longo do texto serão referenciados³, bem assim os contenciosos fiscal e aduaneiro dadas às especificidades.

O tema é actual e deveras importante, dada a existência de regime jurídicos diversos aplicáveis ao recurso de revisão, uns do século passado e outros actuais, cujo estudo exige um grande exercício de interpretação do aplicador da lei. O objectivo deste texto devia ser apenas a harmonização, porque o aprofundamento é o caminho que deve ser percorrido para a tão almejada harmonização.

Verdade seja dita, uma harmonização pode até ser conseguida no exercício de interpretação e aplicação de normas, todavia, o meio adequado para o fazer é a reforma legislativa, competência da Assembleia da República sob impulso do Governo.

O recurso de revisão é um meio jurisdicional colocado pelo legislador à disposição dos litigantes (particulares, entes públicos e o Ministério Público) ciente do risco de injustiça que pode representar o processo de decisão ou da própria decisão sobre o mérito proferida pelos tribunais administrativos provinciais, tribunais aduaneiros, tribunais fiscais, tribunais arbitrais e Tribunal Administrativo(TA). Segundo José Alberto dos Reis, *“trata-se de uma acção sob a forma de recurso ou de um misto de recurso e de acção”* e *“um atentado contra a*

1 Cf., alínea (al.) b) do artigo (art.) 10 da Lei n.º 9/2018, de 27 de Agosto, Lei dos Tribunais Fiscais, publicada no Boletim da República (BR) n.º 168, I Série, de 27 de Agosto de 2018.

2 Cf., al. b) do art. 10 da Lei n.º 4/2018, de 9 de Julho, Lei dos Tribunais Aduaneiros, publicada no BR n.º 133, I Série, de 9 de Julho de 2018.

3 Cf., arts. 128 a 131 da Lei n.º 14/2014, de 14 de Agosto (publicada no Suplemento ao BR n.º 65, I Série, de 14 de Agosto de 2014), alterada e republicada pela Lei n.º 8/2015, de 6 de Outubro (publicada no Suplemento ao BR n.º 79, I Série, de 6 de Outubro de 2015).

autoridade do caso julgado”^{4 5}.

Vale a pena lembrar que a Lei que regula o Procedimento atinente ao Processo Administrativo Contencioso, Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro⁶ (LPPAC) trata desta matéria dos arts. 180 a 186⁷. Quanto ao Contencioso Aduaneiro, o Decreto n.º 33531 de 21 de Fevereiro de 1944⁸, que aprova o Contencioso Aduaneiro (CA) trata desta matéria nos arts. 178.º, 182.º a 184.º, 186.º, 188.º, 189.º, 190.º, 191.º, 194.º, 195.º, 198.º a 200.º. A Lei n.º 14/2014, de 14 de Agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 8/2015, de 6 de Outubro, Lei de Organização, Funcionamento e Processo da Secção de Contas Públicas (LOFPSCP) tem o regime nos arts. 128 a 131, cuja aplicação remete para o CPC, regime também aplicável ao Contencioso Fiscal, previsto no Regulamento do Contencioso das Contribuições e Impostos (RCCI), aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 783, de 18 de Abril de 1942.

Nas páginas que se seguem tenta-se sistematizar o tema e indicar pistas para possível harmonização na tramitação resultante da aplicação conjugada do regime vigente. Por isso, neste artigo identificam-se duas partes, a primeira em que se abordam os fundamentos, prazo, legitimidade, competência e efeito do recurso de revisão, a segunda relativa à tramitação que integra o juízo rescindente e o juízo rescisório.

No final apresentam-se as conclusões desta interessante reflexão com os caminhos a serem percorridos. Serão citados poucos acórdãos do TA. Entretanto, é convicção do autor que o tempo e a jurisprudência do TA irão consolidar a aplicação dos recursos de revisão e responder a *leitmotiv* deste texto – *aprofundamento e harmonização da tramitação*.

4 ALBERTO DOS REIS, José. (2012). Código de Processo Civil Anotado, Volume VI. 3.ª edição – reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 333 e 335.

5 Como que a confirmar, Victor Moreno Catena refere “no obstante, según la opinión mayoritaria, la revisión no es un recurso, ordinario ni extraordinario (como la viene llamando la LJCA), sino una autónoma acción impugnativa, esencialmente porque se promueve cuando un proceso ya ha finalizado y no durante la pendencia del mismo.” MORENO CATENA, Vícto. (1993). OTROS MEDIOS DE FINALIZACIÓN DEL PROCESO, In Derecho Procesal Administrativo. Valência: Tirant lo Blanch, p. 640.

6 Publicada no BR n.º 18, I Série, de 28 de Fevereiro de 2014.

7 A anterior Lei (Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho), tratava nos art. 157 a 163.

8 Publicado no Diário do Governo n.º 36, I Série, de 21 de Fevereiro de 1944.

I. FUNDAMENTOS, PRAZO, LEGITIMIDADE, COMPETÊNCIA E EFEITO DO RECURSO DE REVISÃO

A. Fundamentos do Recurso de Revisão

A lei identifica vários motivos para interpor o recurso, uns relacionados com a probidade (dolo) dos juízes, outros com a falsidade e ilicitude da prova, outros ainda com a superveniência de documentos indisponíveis aquando da instrução do processo que serviu de base para a decisão que se pretende rever, a revelia resultante da nulidade da citação e o caso julgado. Obviamente que há factos que constituem crime e devem ser apenas utilizados como fundamento quando as condenações nos respectivos processos-crimes transitarem em julgado. Vejam-se os fundamentos que o art. 180 da LPPAC apresenta, que no essencial correspondem ao que dispõe o art. 771.º do CPC, aplicável como se sabe ao Processo da Secção de Contas Públicas, ao Contencioso Aduaneiro e ao Contencioso Fiscal, numa enumeração taxativa dada pelo legislador. Apresentar-se-á dois outros fundamentos que são específicos da LOFPSCP e do Contencioso Aduaneiro.

Quando se se mostra, por sentença criminal transitada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão, peita, suborno ou corrupção do relator ou de algum dos juízes que na decisão intervieram⁹

O Código Penal, aprovado pela Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro¹⁰, prevê os crimes de prevaricação (art. 411), concussão (art. 419) e corrupção (arts. 425, 426 e 427) que também integra peita e suborno que deixaram de ter essa designação. Assim, se um juiz tiver um problema antigo com o recorrente ou a entidade recorrida, que foi seu vizinho em Namicopo, Polana, Soalpo ou Ponta-gêa, porque “disputavam” a mesma rapariga quando eram jovens àquele (juiz) e vendo que assistia razão a referida parte, se de forma dolosa, movido por ira e ódio, não der provimento ao recurso contencioso, o prejudicado pode fazer uma participação criminal. Havendo uma decisão transitada em julgado, que condene o magistrado, esta pode ser utilizada como fundamento para interposição de recurso.

Um outro exemplo, é do magistrado ter negociado com uma das partes

9 Cf., al. a) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC.

10 Publicada no BR n.º 249, I Série, de 24 de Dezembro de 2019.

que em caso de decisão favorável, esta (parte) deve efectuar um pagamento de 1.000.000,00MT (um milhão de Meticais) ou oferta de passagens aéreas para a viagem do magistrado e da sua família para Ilha de Moçambique, Ilha de Bazaruto ou para assistir o Mundial de Futebol Qatar 2022. Assim, havendo processo-crime contra o magistrado e sendo este condenado, decisão que transite em julgado, esta também serve de fundamento para interpor o recurso de revisão. Fica claro que o pressuposto para interposição do recurso é o dolo do magistrado confirmada por decisão transitada em julgado.

Importa lembrar que os processos-crimes contra os magistrados da jurisdição administrativa correrão, consoante a sua categoria, nos tribunais superiores de recurso ou no Tribunal Supremo (al. a) do art. 63 e (al. b) do art. 46 da Lei da Organização Judiciária-LOJ, Lei n.º 24/2007, de 24 de Agosto¹¹, alterada pela Lei n.º 11/2018, de 3 de Outubro¹²). Obviamente que para os juizes dos tribunais provinciais, da decisão de primeira instância podem recorrer ao Tribunal Supremo¹³.

No caso dos juizes conselheiros, estes são julgados pelo Plenário do Tribunal Supremo em instância única (al. a) do art. 46 da LOJ). Significa que para estes, logo que a decisão é proferida esta transita em julgado.

Sentença já transitada em julgado que tenha verificado a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou de declarações de peritos que possa, em qualquer dos casos ter determinado a decisão a rever; a falsidade de documento ou acto judicial que não tenha sido discutida no processo em que foi proferida a decisão a rever¹⁴

O cidadão Alberto Qualquercoisa foi expulso da função pública porque alienou bens de domínio público, segundo decisão do processo disciplinar que lhe foi instaurado. Numa decisão de um tribunal judicial conclui-se que o documento da referida alienação é falso, argumento apresentado pelo referido cidadão no seu recurso contencioso. Havendo decisão de um tribunal judicial de distrito ou província com trânsito em julgado que confirma que houve falsificação daquele documento, esta serve de fundamento para a revisão.

O perito ou testemunha num processo judicial mentiu sobre os aspectos relativos ao impacto de uma obra, depoimento falso com intuito de prejudicar

11 Publicada no Suplemento ao BR n.º 33, I Série, de 24 de Agosto de 2007.

12 Publicada no Suplemento ao BR n.º 193, I Série, de 3 de Outubro de 2018.

13 Cf., al. a) do art. 50 da LOJ.

14 Cf., al. b) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC.

o recorrente (particular ou ente público). Esse fundamento também serve para interpor o recurso de revisão, desde que a sentença tenha transitado em julgado.

Quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida (al. c) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC)

O particular Balito, residente em Tsalala, não tinha o título do DUAT do seu pai, já falecido. Todavia, interpôs um recurso contencioso em 2017, cuja decisão foi desfavorável para si. Em Maio de 2022, soube da existência do título que o seu tio Antoninho, que reside na Alemanha e que se encontra de férias em Moçambique, tem guardado em sua casa. Na disputa que o opunha ao Conselho Municipal da Cidade da Matola não apresentou documento que comprovasse a existência do direito porque desconhecia. Neste caso, deve demonstrar quando é que teve acesso ao documento para poder fundamentar o seu pedido.

Portanto, não basta que o documento seja novo, ele deve provar que não dispunha e nem tinha conhecimento da sua existência antes ou durante o período em que corriam os autos¹⁵, e que o mesmo poderia destruir a prova carreada nos autos que fundamentou a decisão.

Se este particular tivesse tido conhecimento em 2017, ele já não poderia utilizar este fundamento para o recurso de revisão. Poderia apresentar o documento ainda em primeira instância ou em sede de recurso da decisão proferida naquela instância.

A esse propósito vale a pena citar o Acórdão (Ac.) n.º 2/2021, de 5 de Maio, do processo n.º 87/2008/P¹⁶, em que o recorrente apresenta como fundamento o despacho de não pronúncia proferido no processo-crime que *"o iliba de qualquer responsabilidade dos factos que deram azo ao Acórdão n.º 26/2019, de 17 de Junho, constituindo fundamento legal ao abrigo da alínea c) do artigo 180 da Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro, conjugado com o n. 4 do artigo 66 do EGFAE para o presente recurso"*. No referido acórdão o Plenário do TA indefere

15 Sobre a discussão relativa à novidade do documento, recomenda-se a leitura de José Alberto dos Reis. *ob. cit.*, pp. 353-356.

16 Cf. também o Ac. n.º 71/2020, de 21.10, do Processo (proc.) n.º 57/2016 do TA e o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (STA), de 07.10.2021 (José Francisco Fonseca da Paz).

o pedido de revisão com o seguinte fundamento:

“Na verdade, atentando à invocada alínea c) do artigo 180 “apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tenha podido fazer uso no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida”, temos que, o Plenário já se pronunciara sobre a independência da jurisdição e processo criminal relativamente ao procedimento disciplinar e, conseqüentemente, entre as duas jurisdições. Portanto, a certidão de Não Pronúncia, ora apresentada, as suas conseqüências já foram objecto de análise, no acórdão aqui recorrido.”

Não deve ser considerado novo documento, a apresentação de uma sentença de outro processo em que os factos sejam diversos¹⁷.

Quando tenha sido declarada nula ou anulado, por sentença transitada, a confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundasse (al. d) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC)

A entidade pública chega a acordo em relação à existência de uma dívida ou confessa-a. Porque esse acto é falso, o Ministério Público intentou uma acção para declarar nula a transacção, decisão que transitou em julgado.

Pode também ocorrer que o mandatário da instituição pública desista de uma acção de condenação contra um particular empreiteiro que não cumpriu o contrato de empreitada a que estava vinculado, situações commumente designadas de “abandono de obra”, quando não tinha poderes para o efeito. Se por sentença, também transitada em julgado, for declarada nula a desistência, esta também constitui fundamento para o recurso de revisão.

Quando seja nula a confissão, desistência ou transacção, por violação dos poderes dos mandatários judiciais ou dos representantes das pessoas colectivas, sociedades, incapazes e ausentes sob reserva dos casos em que a sentença foi notificada pessoalmente ao mandante e ele não recorrer no prazo legal (al. e) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC)

O mandato judicial confere ao mandatário poderes. Estes poderes são gerais, quando seja para representar o mandante em todos os actos e termos

¹⁷ A esse respeito consulte-se o Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 19.05.2022 (Alda Nunes).

do processo, e, especiais quando confere de forma expressa poderes para confessar, transigir sobre o objecto da causa e desistir do pedido ou da instância ao abrigo do que dispõem os artigos 36.º e 37.º do CPC.

Assim, se o mandatário do particular desistir de um recurso ou acção enquanto não tinha poderes, este facto constitui motivo do recurso de revisão e não pressupõe a existência de outro processo.

Quando, tendo corrido a acção e execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu (recorrido), se mostra que faltou a sua citação ou é nula a citação feita (al. f) do arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC)

A situação de revelia da parte pode ocorrer tanto do lado do ente público como do particular. Diz-se que faltou citação, nos termos do n.º 1 do art. 195.º do CPC, quando tenha sido omitida a citação, tenha havido erro na identidade do citado, quando tenha sido empregue indevidamente a citação edital e quando tenha sido efectuada após a morte do citado.

Nos termos do n.º 2 do art. 198.º do CPC é nula a citação quando forem preteridas as formalidades essenciais prescritas na lei, como por exemplo, a falta de entrega de duplicado, a falta de afixação de um edital e a publicação de anúncios no jornal de maior circulação, etc.

Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente (al. g) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC)

O caso julgado significa que a sentença passa a ter força obrigatória dentro e fora do processo em qualquer caso proferida. Por outro lado, impede que sobre a mesma relação material controvertida seja proposta nova acção, incluindo quanto aos sujeitos. Razão pela qual, o caso julgado constitui excepção peremptória.

Sendo violado o caso julgado, com a proferição de uma sentença que contrarie uma anterior já com trânsito em julgado, uma das partes poderá interpor o recurso de revisão pelo facto de constituir um dos fundamentos deste recurso.

Quando supervenientemente, se revelam factos susceptíveis de originar responsabilidade financeira que não tenham sido apreciados para o efeito

Trata-se de fundamento constante do art. 129 da LOFPSCP. Entendemos que entram neste conjunto as situações de improbidade criminalmente comprovadas. Se por exemplo, chega-se à conclusão que os processos de

auditorias foram viciados a favor da entidade auditada pelos técnicos do TA, esse também pode ser fundamento para revisão¹⁸.

Quando haja fundado motivo para se supor que as autoridades fiscais praticaram no processo ou no julgamento, alguma violência, preterição de formalidades essenciais, denegação de recurso contra a lei expressa ou qualquer injustiça grave, ou quando, sendo o caso de recurso obrigatório, não tenha sido ordenada a subida do processo

No geral tem-se como fundamento violência dos funcionários da Autoridade Tributária no âmbito da instrução de um processo (corpo do art. 184.º do CA). A natureza paramilitar pode influenciar tal conduta.

Quanto à denegação de recurso ou o facto de não ter sido ordenada a subida, as mesmas constituem fundamento de recurso. Todavia, consideramos haver excessiva protecção do recorrente, pelo facto de existirem outros meios à sua disposição.

B. Prazo para sua interposição

O prazo para a interposição do recurso de revisão na LPPAC é de 90 (noventa) dias para todos, excepto o Ministério Público que tem um prazo de 180 dias. O prazo é contado a partir do trânsito em julgado da decisão em que se funda o pedido de revisão ou desde o momento que se tenha obtido o documento ou se tenha tido conhecimento de facto que lhe sirva de fundamento (arts. 181-182 da LPPAC). Todavia, o legislador não estabeleceu um limite máximo de tempo para se suscitar a revisão¹⁹.

18 No art. 83 da Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas da Espanha, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-8678>, inclui-se outros motivos como "Cuando se descubra que en las cuentas que hayan sido objeto de la sentencia definitiva existieron errores trascendentales, omisiones de cargos importantes o cualquier otra anomalía de gran entidad; Si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; Cuando la sentencia se funde en lo resuelto respecto a una cuestión prejudicial que posteriormente fuere contradicha por sentencia firme del orden jurisdiccional correspondiente; Si los órganos de la jurisdicción contable hubieren dictado resoluciones contrarias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad contable, respecto a los fundamentos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos."

19 Na Espanha o prazo máximo para interpor o recurso de revisão é de 5 anos. Prazo idêntico tem a legislação portuguesa. Vide. QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro. (2014). *Prontuario de Derecho Administrativo y Contencioso-administrativo para abogados*, Volume II. Ávila:

Diferentemente, o CPC que é aplicável aos recursos de revisão do Processo da Secção de Contas Públicas e ao Contencioso Fiscal, estabelece um limite máximo que é de “cinco anos sobre o trânsito em julgado da decisão a rever” e o prazo para interpor de 30 dias para as entidades públicas, incluindo-se a Fazenda Nacional e os particulares (n.º 2 do art. 772.º do CPC). Para o Ministério Público prevê-se um prazo de 90 dias para interpor o recurso (n.º 3 do art. 772.º do CPC).

A propósito do Processo da Secção de Contas Públicas, no Ac. n.º 104/2023, de 25.10.2023, o Plenário do TA indeferiu o Recurso de Revisão, Processo n.º 119/2022-P, tendo se referido ao seguinte:

“No caso sub judice, os recorrentes foram notificados da decisão a rever no dia 5 de Novembro de 2021, mas só vieram interpor recurso de revisão no dia 12 de Setembro de 2022, portanto, fora do prazo legalmente estabelecido, que é de 30 dias, vide fls. 219 e 231, respectivamente.

Ora, não tendo os recorrentes observado o prazo para interposição do recurso de revisão, é obvio que infringiram o preceito legal retro citado, o que é cominado com o indeferimento do pedido, nos termos do n.º 2 do artigo 774.º, conjugado com o n.º 3 do artigo 687.º, ambos do CPC, aplicável por força do disposto no artigo 19 da Lei n.º 14/2014, de 14 de Agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 8/2015, de 6 de Outubro.”

Ainda no âmbito do Processo da Secção de Contas, para as decisões que concedam o Visto, que é um acto jurisdicional, apenas é possível interpor o recurso durante o prazo em que o acto ou contrato pode ser impugnado no contencioso administrativo (art. 130 da LOFPSCP). Assim, nos termos dos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 37 da LPPAC, se for um acto ou contrato nulo ou juridicamente inexistente, o recurso pode ser interposto a todo o tempo; se for um acto ou contrato anulável, o prazo para interpor o recurso de revisão é de 90 dias para todos e 365 dias para o Ministério Público²⁰.

Por outro lado, o prazo de interposição é de trinta dias contados desde o trânsito em julgado das decisões em que se funda o recurso de revisão e nos outros casos, desde que tenha conhecimento do documento ou facto que sirva de base à revisão.

UCAV, p. 1364. CASTRO MENDES, João e TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. (2022). *Manual de Processo Civil*, Vol. II. Lisboa: AAFDL, p. 247.

20 Tenha-se em atenção o disposto no art. 38 da LPPAC sobre o início da contagem do prazo.

Quanto ao recurso de revisão previsto no Contencioso Aduaneiro, o prazo previsto é de 30 dias para o recorrente que resida em território nacional e 90 dias se residir no estrangeiro, e deve ser interposto dentro do prazo de três anos a contar do primeiro dia do trânsito em julgado da decisão ou findo o prazo em que devia ser ordenada a subida do processo em recurso obrigatório (Súnico do art. 186.º e art. 189.º do CA).²¹

São diversos os prazos nos Contenciosos acima referidos e no Processo da Secção de Contas Públicas.

C. Legitimidade

Tanto o recorrente ou autor, ente público, como os contra-interessados e o Ministério Público podem interpor este recurso (art. 183 LPPAC), sendo que os primeiros têm de ser a parte vencida. Não se pode imaginar uma situação em que entidade pública que viu ser julgado improcedente um recurso contencioso contra si interposto utilize o recurso de revisão, porque posteriormente descobriu que expulsou um funcionário que não cometeu o crime que também constituía infracção disciplinar, porque falta-lhe interesse.

O Ministério Público intervirá como guardião da legalidade e sempre que o interesse público estiver em causa, qualquer que seja a decisão que se pretenda rever, a favor ou contra a Administração Pública.

O terceiro pode interpor este recurso desde que a decisão tenha sido executada ou esteja em via de ser executada contra si e quando também tivesse legitimidade para impugnar o acto ou proposto a acção, nosso sublinhado. O legislador omitiu a componente das acções administrativas que a nosso ver são passíveis de todos os recursos constantes do Capítulo VIII da LPPAC.

Vale a pena citar o Ac. n.º 102/2020, de 18.12 relativo ao Processo n.º 42/2015 do Plenário do TA, que conheceu em sede de agravo, o despacho no qual as Linhas Aéreas de Moçambique, SARL interpôs o recurso de revisão em sede de execução do Ac. n.º 27/2008, de 29.04 da Primeira Secção do mesmo Tribunal, em que é recorrente Julião Samuel e Recorrido o Ministro dos Transportes e Comunicações.

Em face da sua conformação com o acórdão prolatado, o Recorrido instou a LAM a cumprí-lo, reintegrando o recorrente. Ao invés de cumprir o despacho do Recorrido, a LAM interpôs o recurso de revisão. No essencial o Plenário do TA refere o seguinte:

“No que respeita ao argumento de ilegitimidade das LAM, colhe provimento

21 Tenha-se em atenção o que dispõe o art. 188.º do CA.

legal, em virtude de se verificar nos autos que o executado é o Ministro dos Transportes e Comunicações, autor do despacho que foi impugnado em sede de recurso contencioso (fls. 51 a 619 e contra quem foi interposta a acção para a execução do Acórdão n.º 27/2008-1.ª, de 29 de Abril (fls. 8 a 16 dos autos).

A este respeito, o n.º 1 do artigo 55.º do Código de Processo Civil, sob a epígrafe “Legitimidade de exequente e do executado”, respeitante ao Título II – Da Acção Executiva – Capítulo II, dita que “A execução tem de ser promovida pela pessoa que no título executivo figure como credor e deve ser instaurada contra a pessoa que no título tenha a posição de devedor.”

Do citado artigo se depreende que só tem legitimidade para pedir a revisão do acórdão o Ministro dos Transportes e Comunicações, por se tratar do autor do acto sobre o qual recaiu a decisão, pelo que, as LAM não têm legitimidade para interpor o recurso de revisão, procedendo, deste modo, o fundamento apresentado (...)

É curioso que o legislador tenha integrado e misturado os tradicionais recursos extraordinários de revisão e de oposição de terceiro num só, cujos efeitos o tempo se encarregará de clarificar. Também é verdade que em relação à oposição de terceiro falta ao recurso de revisão o elemento de simulação ou decisão transitada em julgado que conheça da simulação²². Todavia, o facto de se permitir que um terceiro prejudicado pela execução de uma decisão contra si possa intervir concretiza a ideia de intervenção numa lide ou num recurso de quem não tenha legitimidade tradicionalmente considerada.

No Contencioso Aduaneiro, apenas a Fazenda Nacional tem legitimidade para interpor o recurso de revisão, ao abrigo do parágrafo único do art. 184.º do CA. Todavia, entendemos que esta norma restringe o acesso à justiça e viola o princípio de igualdade de armas constitucionalmente consagrados no n.º 1 do art. 62 da Constituição da República de Moçambique, sendo por isso materialmente inconstitucional. Deve, por isso, entender-se que, para além da Fazenda Nacional, gozam de legitimidade as partes e o Ministério Público. Aliás, neste último caso a al. g) do n.º 1 do art. 35 da Lei n.º 4/2018, de 9 de Julho é claro ao elencar as suas funções.

No Contencioso Fiscal tem legitimidade para interpor o recurso de

22 guns ordenamentos jurídicos têm estado a integrar este fundamento ao recurso de revisão. Portugal é um desses exemplos. CASTRO MENDES, João e TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Manual do Processo Civil, *op. cit.*, p. 211.

revisão a Fazenda Nacional, o contribuinte e o Ministério Público (cf. al. b) do n.º 2 do art. 37 e al. g) do n.º 1 do art. 35 da Lei n.º 9/2018, de 27 de Agosto).

D. Tribunal Competente

No âmbito do Contencioso Administrativo, o tribunal competente para apreciar o recurso de revisão é o tribunal administrativo provincial ou da Cidade de Maputo ou o TA (Primeira Secção ou o Plenário) que proferiu a decisão que se pretende rever²³. Entretanto, o requerimento deve ser apresentado na secretaria da jurisdição em que se encontre o processo em que foi proferida a decisão a rever e dirigido à jurisdição/instância que a proferiu.

Assim, se o processo estiver no TA e tiver sido decidido em primeira instância no tribunal administrativo provincial, há-de ser dirigido ao tribunal administrativo competente para o apreciar, submetido no tribunal superior que se encarregará de remeter ou baixar os autos para em sede da primeira instância tramitar-se o recurso²⁴.

O termo jurisdição empregue presta-se a alguma confusão. Parece que o legislador quis referir-se à instância, pois a jurisdição deve entender-se administrativa. Aliás, não faz sentido requerer-se no tribunal comum (judicial) para depois o processo ser remetido ao tribunal administrativo provincial ou TA, porquanto aquela não terá em teoria habilidade para apreciar os pressupostos e fundamentos deste recurso.

No que se refere ao recurso de revisão na LOFPSCP, o legislador fixou a competência no Plenário do TA ao arrepio dos princípios acima enunciados, por um lado²⁵.

Por outro lado, o recurso de revisão das decisões no âmbito do Contencioso Aduaneiro é da competência da 2.ª Secção do TA, nos termos do art. 186.º do CA, ao arrepio do princípio subjacente ao recurso de revisão. É

23 No âmbito da arbitragem administrativa, o recurso de revisão correrá na Primeira Secção do TA, porquanto é neste tribunal que é feito o depósito e compete àquela a anulação daquelas decisões (corpo do n.º 2 do art. 225 e n.º 2 do art. 222 da LPPAC). Assim, ainda que se trate de uma decisão arbitral proferida por um organismo institucionalizado de arbitragem, porque a competência do tribunal arbitral esgota-se com a decisão prolatada, deve ser a Primeira Secção do TA a apreciar o recurso de revisão. Sobre a admissibilidade do recurso extraordinário das decisões arbitrais, confira-se o Parecer n.º 6/CT/PGR/2009, de 14 de Abril, In BUCHILI, Beatriz (Coord). (2015). *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, 2008-2011. Maputo: PGR, pp. 77-84.

24 Recomenda-se a consulta do Ac. do STA, de 02.02.2022 (Jorge Miguel Barroso de Aragão Seia).

25 Art. 131 da LOFPSCP.

preciso lembrar que os recursos de revisão de decisões proferidas pelo Plenário do TA como instância única em questões fiscais e aduaneiras, devem correr nesta instância para não violar regras de competência hierárquica e em cumprimento à lógica subjacente ao recurso de revisão. Sobre este aspecto, refere Carlos Pedro Mondlane que “(o)s tribunais superiores têm, pois, competência para conhecer do recurso de revisão quando for sua a decisão a rever”²⁶.

Para o Contencioso Fiscal é competente para apreciar o recurso de revisão o Tribunal Fiscal, a 2.ª Secção do TA e o Plenário do TA. Esse facto resulta da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos dois contenciosos há pouco referidos.

E. Efeito do Recurso

Regra geral, o recurso de revisão não tem efeito suspensivo (cf. n.º 4 do art. 774.º do CPC)²⁷. O tribunal competente aprecia o recurso mesmo que a decisão recorrida esteja a ser executada ou já tenha sido objecto de execução.

Entretanto, no primeiro caso, na qual a execução se encontre pendente, o credor não será pago enquanto não prestar caução (art. 777.º do CPC aplicável por força do art. 2 da LPPAC, da al. b) do art. 10 da Lei n.º 4/2018, de 9 de Julho, da al. b) do art. 10 da Lei n.º 9/2018, de 27 de Agosto e art. 128 da LOFPSCP).

26 MONDLANE, Carlos Pedro, (2020), *Código de Processo Civil, Anotado e Comentado*, 3.ª Edição. Maputo: Escolar Editora, p. 693.

27 “Não se pode dizer que o recurso de revisão tem efeito meramente devolutivo, porque essa é uma situação típica dos recursos ordinários; mais adequado será dizer que o recurso de revisão tem efeito não suspensivo (...)”. FERREIRA, J. O. Cardona (2005). *Guia de Recursos em Processo Civil*, 3.ª Edição, Revista, actualizada e aumentada com a nota sobre a acção executiva. Coimbra: Coimbra Editores, p. 141.

II. TRAMITAÇÃO

Já se referiu que a tramitação do recurso de revisão integra o juízo rescindente (*verificar a existência de algum vício na decisão transitada em julgado ou no processo a ela conducente*) e juízo rescisório (*substituir a decisão proferida através da repetição da instrução e julgamento da acção*)²⁸. O primeiro integra²⁹:

- a) *Interposição*: requisito primordial para qualquer apreciação pelo tribunal, que deve ser feito de forma articulada, narrando os factos e o direito, concluindo-se pelo pedido. No requerimento, o requerente deve apresentar o fundamento legal para o recurso e apresentar os documentos ou prova da viabilidade do recurso. É escusado dizer que o requerimento deve ser assinado por advogado com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados de Moçambique quando o recurso for interposto perante o Plenário do TA ou o recorrente for a Fazenda Nacional e o requerimento não for assinado pelo seu representante (cf. n.º 2 do art. 28 da LOFPSCP, n.º 1 do art. 8 da LPPAC, al. c) do art. 32.º do CPC aplicável por força da al. b) do art. 10 da Lei n.º 4/2018, de 9 de Julho, da al. b) do art. 10 da Lei n.º 9/2018, de 27 de Agosto). O requerimento de interposição é atuado por apenso ao processo nos termos do n.º 1 do art. 185 da LPPAC e art. 773.º do CPC.
- *Expedição* (eventual): diz-se eventual porque pode ser que não seja necessário expedir-se, se o recurso for interposto no tribunal competente. Só se expede o processo se o recurso for interposto no tribunal superior (TA), onde o processo se encontrar e a competência for de um tribunal inferior.
 - *Distribuição*: qualquer apreciação jurisdicional pressupõe esse acto para *repartir com igualdade o serviço do tribunal* e assegurar transparência, imparcialidade e justiça. Quer no Tribunal Superior quer em primeira instância haverá um juiz singular, neste último, e juiz relator no primeiro caso, que competirá assegurar a sua tramitação. O requerimento de interposição será atuado por apenso ao processo, pelo que sendo dependente deste último ambos manter-se-ão ligados por linha e não haverá distribuição nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 211.º do CPC. Pode-se questionar

28 ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, (2021), *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina, p. 1241.

29 CASTRO MENDES, João, (1999), *Processo Civil- Recursos e Acção Executiva*, Vol. III. Lisboa: AAFDL, pp. 185-188.

se o juiz ou juiz-relator que apreciou o processo pode voltar a relatá-lo. À partida não se coloca problema que seja o mesmo juiz a relatá-lo, a menos que o recurso de revisão seja apreciado na 2.ª Secção do TA e o *juiz tenha tido intervenção como juiz de outro tribunal, quer proferindo a decisão recorrida, quer tomando de outro modo posição sobre questões suscitadas no recurso*, no caso no Tribunal Aduaneiro e no Tribunal Administrativo Provincial e Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo (al. e) do n.º 1 do art. 122.º do CPC). Daqui se depreende que, se o recurso for interposto no Plenário do TA uma decisão proferida pelo relator, não há impedimento que o mesmo relate, a menos que o fundamento da revisão seja o da al. a) dos arts. 180 da LPPAC e 770.º do CPC, envolvendo, por isso, o próprio magistrado.

- *Despacho liminar*: pode ser de rejeição ou indeferimento (intempestividade/caducidade do direito de recorrer, ilegitimidade, falta de alegações e a falta de conclusões), admissão ou do convite ao aperfeiçoamento.
- *Notificação do recorrido*: garantia do exercício do contraditório.
- *Resposta do recorrido*: o recorrido pode não responder, porque se trata de uma faculdade. Se não responder, devem ser assacadas as consequências legais dessa sua omissão.
- *Diligência de prova* (eventual): se o tribunal assim o entender ou resultar da resposta do recorrido. Estando o recurso em tramitação na primeira instância, o exercício afigura-se simples. Entretanto, se correr no Tribunal Superior, é na 1.ª instância que tais diligências terão lugar.
- *Visto do Ministério Público*: depois da notificação do recorrido, mesmo que ele omita a faculdade de responder e depois de realizadas diligências de prova.
- *Vistos legais*: visto dos juízes-adjuntos, antes de tabelar-se o processo, apenas aplicável aos tribunais plurais/colectivos.
- *Sentença* ou *acórdão*: consoante proferida por juiz singular ou tribunal colectivo/plural.

O juízo rescisório pressupõe que a revisão é procedente ou seja a decisão recorrida é anulada ou revogada. Nuns casos, aproveita-se a parte do processo que o fundamento da revisão não tenha prejudicado e noutros, procede-se às diligências absolutamente indispensáveis a cada uma das partes e dando-se a estas oportunidade para alegar por escrito. No caso do caso julgado, revoga-se ou anula-se a decisão e subsiste a decisão proferida e que fundamentou o pedido de revisão.

A. Contencioso Administrativo

i. Fase rescindente

a. Interposição, expedição, distribuição e despacho liminar

O requerimento, elaborado em linha com a petição no recurso contencioso, deve ser instruído com a certidão da decisão a rever e os documentos justificativos, como por exemplo a sentença transitada em julgado que serve de fundamento, o documento de que a parte tomou conhecimento posteriormente a discussão da causa.

O requerimento é autuado por apenso ao processo a que respeite que é remetido à instância competente, no caso do Contencioso Administrativo, Contencioso Fiscal e Processo da Secção de Contas. Segue-se a distribuição. Todavia, antes do exame prévio, o cartório deve contar o imposto devido e notificar a parte para o pagamento (arts. 41.º e 116.º do Código das Custas Judiciais), procedimento que não é aplicável no caso do recorrente ser o Ministério Público ou Entidade Pública.

O valor a ser pago varia nos termos seguintes:

- Tribunais administrativos provinciais ou Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo - 130,00MT, nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 5 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa, aprovado pelo Decreto n.º 114/2020, de 31 de Dezembro³⁰;
- 1.ª Secção do TA – 195,00 MT, nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 5 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa;
- No Plenário do TA, 650,00 MT, nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 5 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa.

No despacho liminar, competirá ao relator verificar os aspectos relativos à legitimidade, tempestividade, fundamentos e à instrução (n.ºs 1 e 2 do art. 185 da LPPAC). Por exemplo, no caso de serem invocadas a falsidade de documento ou acto judicial, deve ser apresentada a certidão ou outro documento em que se funda o pedido a instruir, sob pena de indeferimento imediato do recurso, como aliás, é jurisprudência constante do Ac. n.º 50/2023, de 31.05, processo n.º 99/2022-P e Ac. n.º 105/2023, de 25.10, processo n.º 120/2022-P.

Sobre a falta de fundamento, o Ac. n.º 38/2022, de 13.04, processo n.º 85/2021/P refere “(p)ortanto, é evidente o desfasamento da causa de pedir

30 Publicado no 4.º Suplemento ao BR n.º 250, I Série, de 31 de Dezembro de 2020.

(respaldada pelo pedido) dos fundamentos do recurso de revisão, estabelecidos no artigo 180 da Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro, o que condena o presente recurso à sucumbência.”³¹

Na realidade, o recorrente veio fundamentar o seu recurso com base nas als. b) e d) do n.º 1 do art. 668.º do CPC, o que como se pode concluir não está em linha com o que dispõe à LPPAC³². Por outro lado, este exame poderia ser feito no despacho liminar pelo relator, sem mais delongas, evitando-se que os tribunais se ocupem de recursos inadmissíveis.

b. Notificação do recorrido, resposta do recorrido

Admitido o recurso ou caso os pressupostos estejam preenchidos (juízo rescindente), é ordenada a citação da entidade recorrida e dos particulares interessados no prazo de 20 dias contestar (arts. 64 n.º 1 e 113 da LPPAC). No caso do Contencioso fiscal e Processo da Secção de Contas esse prazo é de 10 dias (n.º 3 do art. 774.º do CPC).

De seguida, em função de se tratar de recurso contencioso ou acção, são as formalidades de um e outro que serão seguidas (n.º 4 do art. 185 da LPPAC). Se for um recurso contencioso, pode haver lugar a resposta à contestação restrita à matéria da excepção ou pedido reconvenicional havendo, visto inicial do Ministério Público, alegações facultativas, visto final do Ministério Público.

A seguir, o processo vai aos vistos legais (juízes adjuntos) e o processo é tabelado para julgamento. Realizado o julgamento a decisão pode ser mantida ou revogada (n.º 1 do art. 186 do LPPAC)³³.

ii. Fase Rescisória

Assim, sendo revogada (juízo rescisório), em função dos fundamentos aplica-se o art. 776.º do CPC, nos termos seguintes:

31 No mesmo sentido as seguintes decisões do TA:

- Ac. n.º 61/2023, de 14.06;
- Ac. n.º 79/2023, de 09.08; e
- Ac. n.º 158/2023, de 27.12.

32 No mesmo sentido o Ac. do TCAS, de 26.05.2022 (Susana Barreto).

33 Como refere CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, a propósito do n.º 2 do art. 156.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que é similar ao n.º 2 do art. 186, “A norma deve, contudo, ser interpretada em termos hábeis. Antes de mais, haverá que verificar se há fundamento para que a decisão seja revista. Por outro lado, o reconhecimento da existência de fundamento de revisão não inutiliza necessariamente todo o processo, mas a parte afetada pelo vício ou anomalia em que se fundou o recurso.” (2021). Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 5.ª Edição, Coimbra: Almedina, pp. 1244-1245.

- *No caso da al. f) do art. 180 LPPAC (correspondente à mesma alínea do art. 771.º do CPC), anulam-se os termos do processo posteriores à citação do réu ou ao momento em que devia ser feita e ordena-se que o réu seja citado para a causa;*
- *Nos casos das als. a) e c) do art. 180 LPPAC (corresponde às mesmas alíneas do art. 771.º do CPC), profere-se nova decisão, procedendo-se às diligências absolutamente indispensáveis e dando-se a cada uma das partes o prazo de oito dias para alegar por escrito; e*
- *Nos casos das als. b), d) e e) do art. 180 da LPPAC (corresponde às mesmas alíneas do art. 771.º do CPC), ordena-se que se sigam os termos necessários para a causa ser novamente instruída e julgada, aproveitando-se a parte do processo que o fundamento da revisão não tenha prejudicado.*

Como se pode constatar, está em causa o princípio do aproveitamento dos actos jurídicos, salvaguarda-se a parte do processo que o fundamento da revisão não prejudicou.

Esta decisão é passível de recurso ordinário com base no que dispõem o n.º 4 do art. 774.º do CPC e art. 186 da LPPAC, a excepção daquelas em se reveem decisões do Plenário do TA.

B. Processo da Secção de Contas Públicas

Segue com as necessárias adaptações o procedimento aplicável ao Contencioso Administrativo, com as seguintes particularidades, sendo que no demais vale o que se referiu em relação ao Contencioso Administrativo:

- O requerimento de interposição deve ser apresentado no Plenário do TA;
- Pagamento de preparos no valor de 455,00MT, nos termos do art. 23 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa.
- Caso no exame prévio se constate que o requerimento não foi deduzido nos termos do art. 773.º do CPC, o requerimento é imediatamente indeferido (n.º 2 do art. 774.º do CPC). De igual modo, quando se constata que o requerente não tem legitimidade, a intempestividade e a falta de fundamento levam ao indeferimento liminar, despacho que a nosso ver pode ser proferido pelo juiz relator (n.º 2 do art. 774.º do CPC).
- Admitido o recurso, é o recorrido (parte contrária) notificado, para em 10 (dez) dias responder (n.º 3 do art. 774.º).
- Após a resposta ou o término do prazo, o tribunal conhece do

fundamento do recurso, podendo antes realizar diligências ou requisitar que o tribunal de primeira instância o faça.

C. Contencioso Aduaneiro

Antes de mais, vale lembrar que o direito subsidiário em matéria processual é o CPC e as disposições legais do Contencioso Administrativo, nos termos da al. b) do art. 10 da Lei n.º 4/2018, de 9 de Julho.

O requerimento devidamente fundamentado deverá dar entrada na secretaria do TA (§ do art. 189.º do CA), que será distribuído na 2.ª Secção. Após a distribuição, o recorrente deverá pagar o preparo inicial e caso não o faça, o processo é concluso ao relator para proceder ao despacho julgando deserto o recurso no prazo de 48 horas (art. 191.º do CA).

O preparo inicial em função do tribunal competente pode ser o seguinte:

- 2.ª Secção do TA – 1285,00MT al. c) do n.º 1 do art. 8 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa
- Plenário do TA – 2570,00MT nos termos da al. d) do n.º 1 do art. 8 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa.

Havendo pagamento de preparo inicial, o processo é concluso ao relator que proferirá um despacho liminar nos termos gerais acima indicados. Sendo admitido o recurso, o recorrido será ouvido dentro do prazo fixado pelo relator, podendo de seguida em consequência ou não da resposta o tribunal ordenar diligências que julgue necessárias para melhor apreciação do recurso (§ 1.º e § 3 do art. 194.º ex vi art. 198.º do CA).

Segue-se depois o visto do Ministério Público e os vistos legais, até a proferição do acórdão, nos termos já descritos acima.

D. Contencioso Fiscal

À semelhança do que dissemos em relação ao Contencioso Aduaneiro, o direito subsidiário do Contencioso Fiscal é o CPC e as disposições legais do Contencioso Administrativo, nos termos da al. b) do art. 10 da Lei n.º 9/2018, de 27 de Agosto.

Considere-se os seguintes montantes de preparo inicial devidos:

- Tribunal Fiscal -- 1285,00MT, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 8 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa;
- 2.ª Secção do TA – 1285,00MT, nos termos da al. c) do n.º 1 do art.

8 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa

- Plenário do TA – 2570,00MT nos termos da al. d) do n.º 1 do art. 8 do Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa.

Sendo admitido o recurso, o recorrido será notificado para no prazo de 10 (dez) dias responder (n.º 3 do art. 774.º do CPC). Seguindo-se no demais o que já acima expusemos em relação à tramitação do recurso de revisão no Contencioso Administrativo.

CONCLUSÃO

1. A decisão transitada em julgado não pode, em regra, ser alterada. Todavia, os vícios do processo e formação da decisão podem levar a que se suscite a alteração e destruição do caso julgado.
2. O regime dos recursos de revisão aplicável no Contencioso Administrativo, no Processo da Secção de Contas Públicas, no Contencioso Aduaneiro e no Contencioso Fiscal apresenta, grosso modo, os mesmos fundamentos. Todavia, os prazos para interposição são diversos.
3. Ao não se estabelecer um limite temporal máximo para rever uma decisão transitada em julgado, o Contencioso Administrativo e o Processo da Secção de Contas põem em causa a certeza, segurança jurídica e harmonia do próprio ordenamento jurídico, na medida em que o recurso de revisão pode ser interposto mais de cinco anos após a proferição da decisão. Aliás, é motivo de incerteza jurídica porquanto os actos ou contratos que tenham sido executados e objecto de apreciação jurisdiccional podem a qualquer momento ser objecto de impugnação.
4. No Contencioso Aduaneiro confere-se apenas legitimidade à Fazenda Nacional para interpor o recurso de revisão, facto que restringe o direito de acesso à justiça, em violação da Constituição da República e do princípio nela consagrado de igualdade de armas. Entendemos, entretanto, que quer as partes (particular/contribuente), quer a entidade pública/Fazenda Nacional e o Ministério Público têm legitimidade para interpor o recurso de revisão.
5. No Contencioso Administrativo e no Contencioso Fiscal todos os tribunais que integram a jurisdição podem conhecer do recurso de revisão. Diferentemente, no Contencioso Aduaneiro apenas a 2.ª Secção e o Plenário do TA têm competência para conhecer do recurso de revisão. No Processo da Secção de Contas Públicas apenas o Plenário do TA tem aquela competência.
6. O requerimento de interposição é autuado em apenso ao processo, podendo em regra relatar o juiz-relator primário, excepto nos casos em a revisão deva correr na 2.ª Secção e o juiz tenha intervindo em primeira instância e nos casos em que o fundamento da revisão for o da al. a) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC.
7. Em termos de harmonização sugere-se a tramitação abaixo com os seguintes prazos:
 - Fase Rescindente: interposição; distribuição por certeza; pagamento de preparos; despacho liminar (o relator deve indeferir sempre que não estiverem preenchidos os requisitos);

- notificação do recorrido, no Contencioso Administrativo, para responder no prazo de 20 dias (n.º 1 do art. 64 da LPPAC) ou 10 dias nos restantes casos (n.º 3 do art. 775.º do CPC); Resposta do Recorrido; Diligências de prova, havendo; Visto do Ministério Público (art. 82 LPPAC) e Vistos Legais; Julgamento (manutenção ou revogação da decisão).
- Fase Rescisória: no caso da al. f) dos arts. 180 LPPAC /771.º do CPC), anulam-se os termos do processo posteriores à citação do réu ou ao momento em que devia ser feita e ordena-se que o réu seja citado para a causa. Nos casos das als. a) e c) dos arts. 180 LPPAC/ 771.º do CPC), profere-se nova decisão, procedendo-se às diligências absolutamente indispensáveis e dando-se a cada uma das partes o prazo de oito dias para alegar por escrito. Nos casos das als. b), d) e e) dos arts. 180 da LPPAC e 771.º do CPC), ordena-se que se sigam os termos necessários para a causa ser novamente instruída e julgada, aproveitando-se a parte do processo que o fundamento da revisão não tenha prejudicado.
8. Salvo melhor entendimento, numa próxima revisão dos regimes do Contencioso Administrativo, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo da Secção de Contas Públicas, na aprovação do Código de Processo Aduaneiro e do Código de Processo Fiscal todos os aspectos acima mencionados precisam de ser aperfeiçoados e harmonizados, estabelecendo-se um limite temporal (prazo máximo-variável) à semelhança do que o CPC prevê, e na sua tramitação para uma melhor compatibilização na actuação da Jurisdição Administrativa. A alínea a) do artigo 180 da LPPAC e 771.º do CPC devem ser revistos para incluir a corrupção dos árbitros como fundamento para interposição do recurso de revisão.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DE REFERÊNCIA

ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, (2021), *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª edição. Coimbra: Almedina.

BUCHILI, Beatriz (Coordenadora), (2015), *Pareceres da Procuradoria-Geral da República, 2008-2011*, Maputo: PGR.

CASTRO MENDES, João, (1999), *Processo Civil- Recursos e Acção Executiva*, Vol. III. Lisboa: AAFDL.

CASTRO MENDES, João e TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, (2022), *Manual de Processo Civil*, Vol. II. Lisboa: AAFDL.

FERREIRA, J. O. Cardona, (2005), *Guia de Recursos em Processo Civil*, 3.ª Edição, Revista, actualizada e aumentada com a nota sobre a acção executiva. Coimbra: Coimbra Editores.

GERALDES, António Santos Abrantes, (2020), *Recursos em Processo Civil*, 6.ª edição actualizada. Coimbra: Almedina.

MONDLANE, Carlos Pedro, (2020), *Código de Processo Civil, Anotado e Comentado*, 3.ª Edição. Maputo: Escolar Editora.

MORENO CATENA, Víctor, (1993), *Otros Medios de Finalización del Proceso*, In Derecho Procesal Administrativo. Valência: Tirant lo Blanch.

QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro, (2014), *Prontuario de Derecho Administrativo y Contencioso-administrativo para abogados*, Volume II, Ávila: UCAV.

REIS, José Alberto dos, (2012), *Código de Processo Civil Anotado*, Volume VI, 3.ª edição - reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

LEGISLAÇÃO NACIONAL

Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pelos Decreto-lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro, publicado no 5.º Suplemento ao BR n.º 51, I Série, de 27 de Dezembro de 2005, e Decreto-lei n.º 1/2009, de 24 de Abril, publicado no 3.º Suplemento ao BR n.º 16, I Série, de 24 de Abril de 2009.

Código de Custas Judiciais, aprovado pelo Decreto n.º 43809, de 20 de Julho de 1961, alterado pelos Decretos n.ºs 10/2018, de 9 de Março, 67/2014, de 29 de Outubro, 82/2009, de 29 de Dezembro, 14/96, de 21 de Maio, 48/89, de 28 de Dezembro e pela Lei

n.º 11/99, de 12 de Julho.

Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, Lei de Revisão do Código de Processo Penal, publicada no BR n.º 249, I Série, de 24 de Dezembro.

Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro, Lei aprova o Código Penal, publicada no BR n.º 248, I Série, de 24 de Dezembro.

Lei n.º 9/2018, de 27 de Agosto, Lei dos Tribunais Fiscais, publicada no BR n.º 168, I Série, de 27 de Agosto de 2018.

Lei n.º 4/2018, de 9 de Julho, Lei dos Tribunais Aduaneiros, publicada no BR n.º 133, I Série, de 9 de Julho de 2018.

Lei n.º 14/2014, de 14 de Agosto, Lei de Organização, Funcionamento e Processo da Secção de Contas Públicas, publicada no Suplemento ao BR n.º 65, I Série, de 14 de Agosto de 2014, alterada e republicada pela Lei n.º 8/2015, de 6 de Outubro, publicada no Suplemento ao BR n.º 79, I Série, de 6 de Outubro de 2015.

Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro, publicada no BR n.º 18, I Série, de 28 de Fevereiro de 2014.

Lei n.º 24/2013, de 1 de Novembro, Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa, publicado no BR n.º 88, I Série, de 1 de Novembro de 2013, alterada e republicada pela Lei n.º 7/2015, publicada no Suplemento ao BR n.º 79, I Série, de 6 de Outubro de 2015.

Lei n.º 24/2007, de 24 de Agosto, publicada no Suplemento ao BR n.º 33, I Série, de 24 de Agosto de 2007, alterada pela Lei n.º 11/2018, de 3 de Outubro, publicada no Suplemento ao BR n.º 193, I Série, de 3 de Outubro de 2018.

Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, Lei do Processo Administrativo Contencioso, publicada no Suplemento ao BR n.º 27, I Série, de 7 de Julho de 2001.

Decreto n.º 114/2020, de 31 de Dezembro, que aprova o Regulamento de Custas na Jurisdição Administrativa, publicado no 4.º Suplemento ao BR n.º 250, I Série, de 31 de Dezembro de 2020.

Decreto n.º 33531 de 21 de Fevereiro de 1944, que aprova o Contencioso Aduaneiro, publicado no Diário do Governo n.º 36, I Série, de 21 de Fevereiro de 1944.

Diploma Legislativo n.º 783, de 18 de Abril de 1942, que aprova o Regulamento do Contencioso das Contribuições e Impostos, de 18 de Abril de 1942.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro.

Lei n.º 1/2001, de 4 de Janeiro.

Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro.

Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro.

Lei n.º 2/2012, de 6 de Janeiro.

Lei n.º 20/2015 de 9 de Março.

Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro.

Lei n.º 2/2020, de 31 de Março.

Lei n.º 27-A/2020, de 24 de Julho.

Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal, disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1997-66689638>

Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas da Espanha, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-8678>

JURISPRUDÊNCIA

Nacional (Acórdãos do Plenário do TA)

Ac. n.º 71/2020, de 21.10, proc. n.º 57/2016-P.

Ac. n.º 102/2020/P, de 18.12, proc. n.º 42/2015-P.

Ac. n.º 2/2021, de 05.05, proc. n.º 87/2008/P.

Ac. n.º 38/2022/P, de 13.04, do proc. n.º 85/2021-P.

Ac. n.º 61/2023, de 14.06, proc. n.º 96/2022-P.

Ac. n.º 50/2023, de 31.05, proc. n.º 99/2022-P.

Ac. n.º 79/2023, de 09.08, proc. n.º 110/2018-P.

Ac. n.º 105/2023, de 25.10, proc. n.º 120/2022-P.

Ac. n.º 158/2023, de 27.12, proc. n.º 102/2022-P.

Estrangeira

Ac. do STA, de 02.02.2022 (Jorge Miguel Barroso de Aragão Seia), proc. n.º 0533/16.7BEALM-S1-R, consultado em 25.06.2022, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/>.

Os Limites da Liberdade de Expressão, o Discurso do Ódio e Ataques ao Estado Democrático de Direito Brasileiro: Uma Leitura a partir de Dworkin

Doutor Yduan de Oliveira MAY

Professor visitante na Universidade Eduardo Mondlane. Professor titular na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade Econômica (DISE). Advogado.

yduan@unescc.net

dra. Amanda Sebastião DAL PONT

Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade Econômica (DISE).

amandalpont@gmail.com

Resumo

Este estudo analisa os desafios à liberdade de expressão diante dos recentes ataques ao Estado Democrático Brasileiro, sob a perspectiva da obra de Ronald Dworkin. Destaca-se a importância da liberdade de expressão na formação de uma sociedade plural e democrática, enfatizando a tolerância a ideias odiosas para garantir autonomia moral e igualdade entre os cidadãos. Nas seções abordam-se a obra de Dworkin, os limites constitucionais e jurisprudenciais à liberdade de expressão, além do conflito atual entre essa liberdade e os ataques ao Estado Democrático Brasileiro. A pesquisa foi conduzida por meio do método bibliográfico.

Palavras-chave: *Ataques à democracia. Discurso de ódio. Liberdade de expressão.*

INTRODUÇÃO

Em 2022, o apresentador brasileiro de streaming Monark enfrentou críticas intensas em diversas plataformas de mídia social e, conseqüentemente, foi obrigado a deixar o seu podcast (e depois o país) por expressar concordância com a possibilidade de existência de um partido nazista no Brasil. Em uma visão antagônica ao caso, em 1977, Reginald Bryant moderou um debate em seu programa *Black Perspective on the News* nos Estados Unidos, envolvendo intelectuais negros Lawrence Riddick e Charles King, além de Frank Collin (líder do partido nazista) e David Duke (líder da KKK). O que poderia parecer um ultraje à moral e boas maneiras foi, na verdade, a garantia máxima da liberdade de expressão, respeitando as diferenças de cada indivíduo e proporcionando igualdade de expressão a todos. A aversão a certas crenças expressas foi deixada a critério dos ouvintes, que são cidadãos morais dotados de responsabilidade.

O direito à liberdade de expressão está retrocedendo. Em uma sociedade em que os indivíduos têm cada vez mais poder para participar de opiniões no meio público, por meio da internet global, o diálogo, em vez de aumentar, está se tornando escasso e a intolerância às opiniões discordantes só cresce. Cada época, mesmo sendo muito diversa em diversos aspectos, mostra avanços e dificuldades na história da liberdade de expressão, e o século XXI não é exceção.

Diante desses desafios, um problema em particular destaca-se nos noticiários de mídias televisivas e sociais. Isso porque alguns cidadãos brasileiros têm clamado pelo fim da democracia e das instituições democráticas, questionando órgãos como o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal (STF), chegando até mesmo a invadir a sede desses órgãos, no episódio conhecido como “Ataques de 8 janeiro de 2023”. Nesse contexto, merece destaque também o Inquérito 4781, conhecido como “Inquérito das Fake News”, destinado a investigar crimes contra a democracia.

I. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, inciso IV, assegura a liberdade de expressão, proibindo o anonimato e reconhecendo o direito de resposta, além de garantir a inviolabilidade da liberdade de consciência, crença e a livre expressão nas atividades intelectual, artística, científica e de comunicação¹.

Essa ampla garantia de liberdade de expressão é essencial nas relações sociais e de comunicação, sendo uma exigência fundamental ao longo da história para o fortalecimento dos pilares da democracia e do pluralismo político².

A proteção da liberdade de expressão está diretamente ligada à manifestação da individualidade, desempenhando um papel crucial no exercício da cidadania, permitindo a expressão de opiniões, ideias e críticas, fundamentais para a construção de uma democracia plural. Contudo, essas manifestações, devido às diversas particularidades individuais, podem resultar em conflitos e divergências na sociedade.

Diante dos embates naturais que surgem na convivência social, a liberdade de expressão tem enfrentado limitações por parte do legislativo e judiciário, uma vez que, de acordo com Occiuzzi³, pode entrar em conflito com outros direitos fundamentais. Em resposta a essas preocupações, o legislador brasileiro implementou limitações às expressões, visando ao respeito à dignidade do outro. Essas restrições, conforme a autora, têm como objetivo proteger:

[a] dignidade humana e os direitos de personalidade do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam, à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem de pessoas físicas e também jurídicas, este último no sentido de se preservar a boa reputação de empresas, evitando-se eventuais prejuízos materiais⁴.

1 BRASIL (2021) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

2 SARLET, Ingo, (2021), *Wolfgang Curso de direito constitucional*. 10.ª São Paulo Saraiva Jur 1 recurso online ISBN 9786555593402.

3 OCCIUZZI, Rita de Cássia Moreno de Souza, (2017), *O direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio na democracia contemporânea*. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Fortaleza, Fortaleza, p. ?. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=104812>. Acesso em: 11 mar. 2024.

4 Ibidem, p. 36.

Quanto às restrições à liberdade de expressão, a Constituição também proíbe o anonimato, garantindo a responsabilização daqueles que, ao expressarem suas opiniões, ultrapassem os limites do exercício regular desse direito. Dessa forma, estão sujeitos a possíveis violações das leis penais e civis. A proibição do anonimato justifica-se pela necessidade de responsabilizar discursos que possam prejudicar a honra das pessoas, com a possibilidade de resultar em penalidades indenizatórias para os ofendidos.

No que diz respeito às eventuais restrições da liberdade de expressão em relação a outros direitos, Occiuzzi⁵ destaca que, quando há conflito com outros direitos fundamentais, é necessário recorrer à ponderação e à pré-compreensão dos julgadores para solucionar casos específicos. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, originado na Alemanha, tem sido amplamente utilizado pelos julgadores brasileiros na resolução de conflitos entre princípios fundamentais.

5 Ibidem.

II. RONALD DWORKIN: ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ronald Myles Dworkin nasceu no dia 11 de dezembro de 1931, na cidade de Worcester, no estado norte-americano de Massachusetts. Formou-se em filosofia no Harvard College e em 1955 iniciou a graduação em *Jurisprudence* em Oxford, curso que o levou até a Escola de Direito de Harvard, local onde terminou sua última titulação. Entre os anos de 1957-1958 foi assistente do juiz Learned Hand, no Tribunal Federal de Apelações do Segundo Circuito em Manhattan. Após, exerceu a advocacia, passando em 1962 a professor de Direito da Universidade de Yale, ocupando seguidamente diversos cargos acadêmicos nas universidades estadunidenses e londrinas⁶.

Como professor sua produção científica iniciou-se na década de 60, desenvolvendo-se de forma intensa até seu falecimento, em 2013. Suas obras são voltadas, em suma, para a área jurídica, sendo Dworkin o responsável pela formulação de uma nova Teoria do Direito, a qual o colocou em um mesmo patamar de filósofos como H. L. A. Hart. Seus escritos causaram um grande impacto em diversas áreas, servindo de inspiração para juristas e instigando a discussão de temas contemporâneos como a eutanásia, aborto, Alzheimer e a liberdade de expressão⁷.

Em seu legado sobre liberdade de expressão, uma de suas obras ganha relevo. O livro “O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana”. Dworkin subdivide em três grandes temas para a comunidade jurídica: “vida, morte e raça”; “expressão, consciência e sexo”; e “juízes”. Atendendo a especificidade do tema atenta-se para o segundo capítulo que trata sobre a liberdade de expressão. Dworkin trata de temas que surgiram nos grandes julgamentos nos Estados Unidos da América, como a liberdade de imprensa, pornografia e ódio, e a liberdade acadêmica.

A fim de elucidar seu pensamento sobre a garantia a liberdade de

6 VALE, André Rufino do. Dworkin está entre os grandes dos séculos XX e XXI. 2013. [S.l]. Revista Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-14/andre-rufino-dworkin-entre-grandes-figuras-seculos-xx-xxi>. Acesso em: 11 mar. 2024.

7 LIMA, Wilson. Inquérito dos atos antidemocráticos está perto do fim: entenda a linha de investigação do STF. 2020. Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/república/inquerito-atos-antidemocraticos-entenda-investigacao/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

expressão, Dworkin propõe que os dispositivos das constituições democráticas, como a Primeira Emenda da Constituição Americana - a qual dispõe sobre a liberdade de expressão, são em suma abstratos, exigindo que a comunidade jurídica formule sua interpretação. Para o filósofo, o único modo para compreender o sentido dessas normas fundamentais seria a partir da leitura moral. Conceitua que :

[a] leitura moral propõe que todos nós - juízes, advogados e cidadãos - interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral - o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam - e o incorpora ao direito norteamericano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa - a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia -, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato⁸.

Acreditando nessa leitura moral da constituição e da liberdade de expressão prevista no ordenamento americano Dworkin escreveu vastamente sobre o tema, indo além da obra já mencionada. Em uma análise geral, verifica-se que o filósofo se posiciona favoravelmente à expressão sem censura, sendo contra a proibição do *hate speech*, inclusive sobre temas polêmicos como o Holocausto e a pornografia⁹.

Dworkin deixa claro que acredita na primazia da liberdade de expressão frente a outros direitos atingidos pelo seu exercício. Por vezes que opiniões sejam excêntricas ou desprezíveis o indivíduo deve ter a oportunidade de externá-las. Nesse sentido, pormenoriza que antes de as opiniões serem criminalizadas pelo direito penal ou civil devem primeiramente ser desacreditadas pela repugnância, indignação e desprezo das outras pessoas¹⁰.

8 DWORIKIN, Ronald, (2019), *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, p. 2.

9 ROSA, Leonardo Gomes Penteado, (2014), *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-20012015-163906/publico/dissertacao_leonardogomespenteadorosa.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

10 DWORIKIN, Ronald, *op. cit.*

Se vista pela ótica liberal como a de Dworkin, segundo Freitas e Castro¹¹, a liberdade de expressão não sofreria limitação frente aos discursos de ódio. Dessa forma, para os adeptos dessa visão percebe-se que num possível confronto entre o princípio da dignidade humana dos ofendidos pelo discurso de ódio e, o exercício da liberdade de expressão dos ofensores, este último deveria prevalecer, devendo as vítimas suportarem a violência afigurada, pois a liberdade de expressão não poderia sofrer limitações.

Assaf¹², analisando a obra “Direito da liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana” de Dworkin, ratifica que em um sistema dito democrático, que se preocupa com a autonomia dos indivíduos, deve-se respeitar a opinião de todos. Dessa maneira, assim como é inconcebível proibir um sujeito de votar pura e simplesmente por suas crenças, é também inegável que punir alguém por manifestar publicamente suas ideias, mesmo que odiosas, não é o correto¹³.

Em outro artigo, Dworkin explica sua visão sobre a neutralidade do Estado em relação a liberdade de expressão:

O Governo não deve adotar nenhuma convicção ética – nenhuma opinião sobre a verdadeira base da dignidade humana – e impor essa visão aos cidadãos que dela dissentirem. Deve reconhecer um direito à independência ética. Mas reconhecer esse direito significa que nenhum cidadão será forçado a aceitar qualquer convicção ética oficial ou ser impedido a expressar sua convicção dissidente¹⁴.

Nesse diapasão Dworkin afirma a liberdade como premissa irrevogável, em um prefácio na obra *Extreme Speech and Democracy*, ratifica que “em uma

11 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Revista Sequência, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, 23 jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327/25072>. Acesso em: 11 mar. 2024.

12 ASSAF, Matheus (2018) Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas? . 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B5WGDL/1/disserta__o___vers_o_final_imp.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

13 DWORKIN, Ronald (2019) *op. cit.*

14 CAVALCANTE FILHO, João Trindade, (2016), *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política*, 127f. Dissertação (Mestrado) -Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2184>. Acesso em: 11 mar. 2024. p. 56.

democracia, ninguém, seja poderoso ou impotente pode ter o direito a não ser ofendido ou insultado”¹⁵.

Dworkin aduz em sua obra, além da questão da leitura moral da constituição, que os juízes e legisladores devem tratar os cidadãos como agentes morais independentes sem privilegiar ou distinguir ninguém na hora de aplicar ou elaborar normas. Conforme Assaf¹⁶ “no momento de efetivar esses princípios deve o Estado proceder sempre de maneira imparcial, respeitando os limites impostos contra sua atuação na esfera das liberdades individuais”.

O autor justifica as precauções na defesa da liberdade de expressão afirmando a responsabilidade moral individual, ratificando que o livre debate é o melhor caminho para se chegar o mais próximo da verdade. Para o autor, assim como Mill¹⁷, o debate livre e desinibido, ao longo da história, produzirá mais benefícios do que malefícios, constituindo-se como um bem maior a democracia¹⁸.

15 Ibidem.

16 ASSAF, Matheus(2018) *op. cit.*, p. 71.

17 MILL, John Stuart, (2019), *Sobre a liberdade*. 1. São Paulo Grupo Almedina 1 recurso online ISBN 9789724418001.

18 DWORKIN, Ronald (2019) *op.cit.*

III. OS DISCURSOS ODIOSOS QUE ATACAM A DEMOCRACIA

Ao discutir a liberdade de expressão, é importante abordar as questões relacionadas ao discurso de ódio ou hate speech. Esse termo engloba expressões que discriminam grupos específicos, incitando o ódio e a violência contra indivíduos com características distintas das dos emissores. Conforme aponta Occiuzzi¹⁹, tais discursos são aqueles que “promovem o ódio, fundamentados em diferenças políticas, regionais, estéticas, culturais, sexuais, de raça, de cor, de opinião, de religião, de etnia, de nacionalidade, de gênero, de condições socioeconômicas”.

A problemática dos discursos considerados odiosos ou mesmo meramente desafiadores ao pensamento corrente - assim considerados pelo *status quo* - não são recentes. Martinho Lutero, principal figura da Reforma Protestante, contestou os dogmas da igreja católica e foi veemente rechaçado e perseguido. Da mesma forma, em 1543, quando o padre Nicolau Copérnico afirmou que era a Terra que girava em torno do Sol, e não o Sol em torno da Terra, desenvolvendo o sistema heliocêntrico, sofreu do mesmo mal²⁰.

Em relação à proteção ou restrição do hate speech, duas correntes se destacam: a liberal, representada por pensadores como John Stuart Mill, Ronald Dworkin e Baker, e a comunitarista, liderada por Waldron. Enquanto os defensores da abordagem liberal argumentam que os discursos de ódio devem ser amparados pelas democracias, a perspectiva comunitarista, preconiza sua limitação. Waldron leva em consideração o conflito do direito à liberdade de expressão com outros direitos fundamentais. Dessa forma, em um possível confronto com o discurso de ódio, direitos como a honra, a privacidade, a intimidade ou a dignidade da pessoa serviriam para o desconstruir²¹.

Para Waldron, o discurso de ódio acarreta sérios danos à dignidade do indivíduo. Sua preocupação se volta especialmente para pessoas vulneráveis, sujeitas a esse tipo de discurso devido à sua raça, etnia ou religião, e ele defende que o hate speech deveria ser proibido. A análise da obra de Waldron, realizada

19 OCCIUZZI, Rita de Cássia Moreno de Souza (2017) *op. cit.*

20 ASSAF, Matheus (2018) *op. cit.*

21 RIBEIRO, Kepler Gomes. Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e 'Fake News': o papel da jurisdição constitucional na construção do sentido jurídico-político de pluralismo. O Papel da Jurisdição Constitucional na Construção do Sentido Jurídico-Político de Pluralismo. 2020. [S.I.]. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/liberdade-de-expressao-discurso-de-odio-e-fake-news-o-papel-da-jurisdicao-constitucional-na-construcao-do-sentido-juridico-politico-de-pluralismo/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

por Sá, destaca que, para o autor, esse tipo de discurso tem o propósito de prejudicar as pessoas, desestabilizando a coesão social e diminuindo a dignidade daqueles que são alvo dessas ofensas, comprometendo assim o direito à cidadania²².

Na continuação de sua análise, Sá destaca que a proibição dessas expressões odiosas teria como objetivo assegurar o acesso à cidadania para todos. Dessa forma, percebe-se que a proposta de Waldron visa a estabelecer uma sociedade coletiva na qual todos contribuam para o bem comum, reprimindo atitudes hostis, violência, discriminação e exclusão. Essa abordagem busca instaurar um sentimento coletivo de segurança²³.

Waldron parte da premissa de que a sociedade deve ser bem ordenada, regida por uma concepção de justiça que inclui um sistema de liberdades iguais para todos, bem como a igualdade de oportunidades com maior benefício para os mais vulneráveis. Dentro desse contexto, o autor discorda das opiniões liberais que toleram o discurso de ódio nas sociedades, pois ele acredita que tal discurso promoveria uma imagem de desorganização, comprometendo a garantia de segurança²⁴.

Dworkin, por outro lado, desenvolve em suas obras uma ideia mais liberal sobre a liberdade de expressão. Sua posição é contrária à proibição do hate speech, ou seja, do discurso de ódio. Em seu legado, ele deixa claro ser um defensor da primazia da liberdade de expressão em relação a outros direitos, acreditando que isso é uma forma de permitir que os indivíduos expressem sua identidade.

Contrariamente à visão comunitarista pregada por Waldron, Dworkin entende a liberdade de expressão como premissa máxima, não devendo essa ser censurada nem quando se manifesta no *hate speech*. Comporta-se até mesmo a favor do direito ao discurso de ódio racista e ao consumo de pornografia, defendendo ainda o direito a expressão de opiniões até mesmo de cunho discriminatório. Todavia, Dworkin deixa claro que sua concordância pela expressão dessas opiniões não inclui o direito de que essas devam ser acatadas²⁵.

22 SÁ, Mariana Oliveira de, (2020), *O discurso de ódio, o silêncio e a violência: lidando com ideias odiosas*. [S.l.]. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/33427/6/Disserta%20a%20de%20Mariana%20Oliveira%20de%20S%C3%A1%20-%202020.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

25 ROSA, Leonardo Gomes Penteado, (2014), *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do

Baseado na autonomia individual, para Dworkin os cidadãos são agentes morais responsáveis, sendo contraditório pensar que alguém tem o poder de afirmar o que esses podem ler, ouvir e comunicar. Reforçando sua linha de pensamento cita o filósofo Isaiah Berlin, o qual afirma que “cada coisa é o que ela é: a liberdade é a liberdade, não é a igualdade, nem a imparcialidade, nem a justiça, nem a cultura, nem a felicidade humana, nem uma consciência tranquila”²⁶.

Nesse sentido, prega também que legisladores e juízes não possuem a capacidade de diferenciar comentários políticos úteis dos nocivos, de tal modo que para proteger assuntos sérios é necessário também proteger ideias repugnantes como as dos membros da Klan. Além disso, citando o juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes Jr, Dworkin também defende que a liberdade de expressão engloba até as “expressões que odiamos”. Compreende que em uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso²⁷.

Nesse mesmo segmento, para Meyer-Pflug²⁸, todo indivíduo deveria poder expressar qualquer opinião ou ideia, independentemente de seu conteúdo, até mesmo aquelas que pedem o fim do regime democrático. Dessa forma, por mais que a expressão de ideias odiosas seja repulsiva, permitir sua manifestação não significa concordar ou aprovar com o que foi expresso, mas sim ampliar a possibilidade de combater essas ideias utilizando-se da melhor argumentação.

Seguindo essa mesma lógica, John Rawls²⁹ também observa que quando indivíduos agem com intolerância, os cidadãos não devem reprimi-lo logo de imediato. Por acreditar que os justos devem guiar-se pelos princípios da justiça, esses cidadãos devem utilizar-se de outras maneiras para convencer os intolerantes a seguirem o caminho mais conveniente.

Percebe-se por derradeiro, em uma análise das falas odiosas que pedem o fim da democracia brasileira, por exemplo, por mais que tais discursos não sejam benéficos, proibi-los só traria ainda mais ódio na sociedade, isso, pois

Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-20012015-163906/publico/dissertacao_leonardogomespenteadorosa.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

26 DWORKIN, Ronald. (2019) *op. cit.*, p. 358.

27 Ibidem.

28 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, (2009), *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 271.

29 RAWLS, John, (1997), *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes.

esses indivíduos sentir-se-iam ainda mais deslocados e prejudicados por essa inibição. Tais sentimentos quando reprimidos geram ainda mais incentivos à transgressão, ocasionando violência, preconceito e discriminação. Para Meyer-Pflug³⁰, o que os autores desses discursos de ódio almejam é justamente a polêmica que sua proibição gera na imprensa e na sociedade (comumente nas redes sociais).

A proibição do discurso de ódio não é eficaz. Os agressores, na maioria das vezes, buscam outros meios de divulgar suas ideias, utilizando-se inclusive de meios obscuros na rede de internet como a *Deep Web*. A proibição por si só não consegue proibir a circulação das ideias odiosas, apenas veda sua exteriorização tendo em vista a tutela dos direitos dos ofendidos³¹.

Mesmo acreditando que a liberdade de expressão deve ser concedida em sua máxima amplitude, para Dworkin esse direito não é absoluto. Quando essa liberdade violar a autonomia alheia impelindo os sujeitos a moldarem suas questões morais, deverá haver cerceamento. Para ele, as ameaças, intimidações e outras formas de assédio são expressões que não devem ser protegidas pela Primeira Emenda (nos Estados Unidos da América). Resguarda, porém, que não se pode incluir nessas limitações a pretensão a não ser ofendido. O fato de algumas pessoas terem gostos hostis ou destoantes não justifica a delimitação, devendo esses gostos gozarem também de proteção³².

Dworkin considera uma falácia a liberdade de expressão ser limitada com vista à fortificação do popular princípio da dignidade humana. Caso bem compreendido, o princípio da dignidade humana jamais constituirá um empecilho ao *free speech*, pois é somente quando alguém exerce livremente o direito de expressão que se pode dar a ele o reconhecimento à dignidade. A concepção de dignidade humana para Dworkin é estruturada sobre dois princípios fundamentais para a vida de qualquer pessoa. O primeiro deles é o respeito por si próprio, o qual implica o dever moral das pessoas levarem a sério a própria vida, já o segundo princípio fundamental relaciona-se a responsabilidade pessoal intransferível que cada indivíduo tem em buscar os fundamentos do sucesso e estilo de vida que o orientarão em toda sua jornada.

Toda intervenção do Estado na esfera pessoal de cada indivíduo é dotada de prejudicialidade, afetando diretamente a dignidade humana. Impedir certos gostos, preferências, opiniões e estilos de vida nega aos cidadãos uma vida digna, já que essa não será mais dotada da autenticidade necessária. Tendo em

30 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro(2009) *op.cit.*, p. 271.

31 *Ibidem*, p. 271.

32 ASSAF, Matheus (2018), *op. cit.*

vista exemplificar melhor a necessidade da abstenção do Estado nas liberdades individuais, Assaf acertadamente mostra como o convívio em sociedade verdadeiramente o é:

[a] vida nas sociedades modernas não é uma utopia na qual a relação entre os indivíduos é sempre mediada pela alteridade e pelo respeito mútuo. Podemos até considerar que estes são deveres morais legítimos, mas jamais constituirão um dever de direito. Uma mulher não pode ser obrigada pelo Estado a tratar um machista com a mesma estima, consideração e respeito que dedica àqueles de quem ela gosta. Da mesma maneira, não podemos exigir legalmente que um membro da Ku Klux Klan trate os afros americanos dessa forma. O único que tem essa obrigação é o Estado, que deve garantir igual consideração pelas crenças, opiniões, preferências, ideologias³³.

Visto isso, é necessário reafirmar que Dworkin não defende uma postura plena da liberdade de expressão. Para o autor esse direito encontra seus limites somente quando a mensagem possa oferecer um perigo claro e iminente de dano. Não pode ser um dano qualquer, causado pela simples competição das ideias e opiniões no espaço público, ou pelas diferentes concepções de mundo que cada indivíduo apresenta, podendo ferir os sentimentos de outras pessoas. Somente quando o discurso tem alta probabilidade de causar um dano iminente é que o Estado deve intervir pondo limites. Tal limitação se revela cabível pois a expressão ultrapassará sua condição formal e invadirá a autonomia e liberdade dos demais indivíduos.

Para esclarecer melhor o ideal de Dworkin a fim de saber quando a liberdade de expressão deve ser limitada, Assaf propõe um excelente exercício mental:

Suponhamos que em nossas vidas somos todos nadadores que competem em raias separadas e demarcadas. Nesse cenário hipotético é permitido a cada um escolher livremente o modo de nadar, a velocidade das braçadas, o ritmo respiratório, bem como as demais estratégias que melhor se adaptem às individualidades dos participantes. Em meio a essa disputa e como consequência dela, pode até ser que alguns indivíduos joguem água nas raias adversárias, exigindo dos concorrentes que se esforcem ainda mais para vencer a resistência do meio. Evidentemente, ao final, nem todos sairão como vencedores e, boa parte sofrerá com

33 *Ibidem*, p. 92.

as perdas e os danos da competição, já que não terão suas vontades atendidas. No entanto, esse tipo inevitável de dano - *damnum sine injuria* - que é decorrente da competição é permissível, natural e por isso deve ser tolerado. O que não se pode permitir é que um indivíduo cause um dano concreto e deliberado ao entrar na raia vizinha para prejudicar o seu adversário. Todos temos que ter o direito de competir a fim de conduzir nossas vidas da maneira que acreditamos ser a melhor. Não obstante, o que nós não temos é o direito de impedir que os outros façam o mesmo, negando a eles a responsabilidade e a autonomia moral que são inerentes a qualquer indivíduo³⁴.

Baseando-se na responsabilidade moral, Dworkin proclama que todos os cidadãos possuem o mesmo direito de contribuir para a formação do clima político, econômico e moral da sociedade na qual estão inseridos. É perfeitamente normal que diante de um “mar de ideias”, sendo muitas repudiáveis, alguns cidadãos se indignarão ou se frustrarão. Diante da peculiaridade de cada indivíduo, dotados de visões de mundo divergentes, é razoável perceber que nem sempre é possível que todos saiam felizes de um debate de opiniões. Ainda assim, diante dessa insatisfação inerente ao ser humano, o Estado não deve ser autorizado a intervir em qualquer situação, devendo ficar restrito exclusivamente à possibilidade do discurso ocasionar um dano concreto e iminente a alguém, subtraindo-lhe a autonomia e autoridade sobre si.

34 Ibidem, p. 93.

IV. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO AMEAÇADO?

Com o propósito de aprofundar a compreensão acerca dos limites da liberdade de expressão em face dos ataques ao Estado Democrático de Direito, busca-se inicialmente o conceituar. O conceito, origem e evolução do Estado, conforme analisado por Alexandre de Moraes³⁵, podem ser resumidos a partir das organizações humanas que surgem e se sucedem, buscando formar círculos cada vez mais amplos e integrar grupos sociais. O Estado, resultante de uma evolução organizacional lenta e gradual, requer três elementos fundamentais para sua constituição: poder/soberania, população e território. Diversas teorias surgiram para explicar a necessidade de sua existência, como a teoria da legitimação da criação do mais forte de Hobbes, a dos laços jurídicos-sociológicos conhecida como Pacto social de Rousseau e Kant, a da vontade divina de Santo Agostinho, e a da necessidade moral de Platão, Aristóteles e Hegel.

Para Moraes³⁶, as teorias se complementam, visto que o Estado sempre almeja fins ainda que definíveis e mutáveis. Nesse contexto histórico, com a racionalização e humanização, surge o constitucionalismo escrito, visando a necessidade de proclamação de declarações de direitos como a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, e a Constituição dos Estados Unidos de 1787. Sob esse prisma, essa necessidade de racionalização e humanização faz com que os textos governamentais sejam escritos e que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas. Isso, para que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas previsões legais, submetendo todos os cidadãos ao Estado de Direito.

Tratando de caracterizar a democracia pregada pelo Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva afirma que tal Estado deve ser aquele em que se está diante de uma sociedade livre, justa e solidária, onde o poder emana do povo e é exercido em proveito próprio. Essa sociedade deve ser participativa e pluralista, envolvendo a participação crescente do povo no processo decisório e promovendo o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes, possibilitando a convivência de pessoas com interesses e ideais diferentes na

35 MORAES, Alexandre de, (2021), *Direito constitucional atualizado até a EC 108, de 26.08.2020*. São Paulo Atlas 2021 1 recurso online ISBN 9788597027648.

36 *Ibidem*.

sociedade³⁷.

Nessa perspectiva, vislumbra-se na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo primeiro, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. Segundo Ana Paula Barcellos³⁸ para entender o conceito do Estado Democrático de Direito é necessário reduzi-lo ao núcleo mais básico, devendo esse produzir três fins ideais: (a) as normas jurídicas, que devem ser elaboradas democraticamente, devem ser claras e conhecidas, orientando as condutas dos cidadãos; (b) as normas jurídicas devem ser conhecidas, respeitadas e aplicadas por todos e em relação a todos; (c) devem existir estruturas estatais que assegurem que se aplique.

O primeiro ideal se relaciona, portanto, com a própria estrutura das normas jurídicas. A partir dessas, o cidadão deverá saber, de forma clara, concisa e pública, quais são seus direitos e, também, as obrigações que lhe competem. A garantia de que ninguém pode ser obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de uma lei, elaborada por uma autoridade competente, passa a ser uma garantia peculiar e elementar do Estado Democrático de Direito. Uma das exigências do Estado é que as normas em geral, sobretudo aquelas que restringem liberdades e direitos, sejam claras e precisas, isso para que o cidadão atingido possa identificar a restrição a seu direito. Ainda, se repleta de obscuridade a norma poderia abrir espaço para arbitrariedades, oportunizando à autoridade pública que a aplique, o cometimento de ilegalidades a fim de satisfazer seus próprios desejos³⁹.

Observa-se que o requisito a), o qual identifica que as normas devem ser conhecidas e aplicadas em relação a todos, traduz-se no princípio da legalidade. Esse que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, do qual se retira que “ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Destarte, a partir de tal garantia assegura-se aos cidadãos brasileiros o devido processo legal, afiançando-se que suas liberdades negativas não serão suprimidas senão pela legislação pátria⁴⁰.

Já os outros dois ideais envolvem sua aplicação sob o aspecto da igualdade, primeiramente pois as normas são dirigidas a todos e não a grupos

37 SILVA, José Afonso da (2009) Curso de Direito Constitucional. Positivo. São Paulo: Malheiros Editores.

38 BARCELLOS, Ana Paula (2020) Curso de direito constitucional. 3. Rio de Janeiro Forense , 1 recurso online ISBN 9788530989774.

39 Ibidem.

40 BRASIL (2021) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2021.

específicos. Assim, a totalidade, e não somente alguns indivíduos, deve conhecer e observar o ordenamento jurídico, arcando com as responsabilidades pelas suas violações. Para que a garantia dessa igualdade no Estado Democrático de Direito funcione, devem existir estruturas que assegurem o devido cumprimento das normas jurídicas, e haja executividade quando houver violação ou em garantia que os direitos sejam fruídos por todos.⁴¹

Fácil depreender que a democracia é condição de preexistência do Estado Democrático de Direito. O poder deve ser legitimamente adquirido e exercido, legitimação que deve ser justificada e fundamentada democraticamente nas suas formas de exercício. Destaca-se que ainda que possuam elementos em comum, os Estados Democráticos não são no todo idênticos, possuindo elementos próprios de configuração, como a opção, ou não, pela inserção de mecanismos de democracia direta (ou participativa), da escolha do sistema eleitoral e da configuração dos direitos políticos⁴².

Pode-se afirmar ainda que nesse tipo de Estado a democracia não se reduz apenas em um conjunto de regras e princípios de cunho organizatório ou meramente eleitoral. Guarda íntima relação com a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais em geral. No âmbito da Constituição Federal, além de consagrar o Estado Democrático de Direito, o constituinte elegeu a cidadania e o pluralismo político à condição de princípios fundamentais, reforçando a responsabilidade pelos os valores democráticos. Ratificando as feições democráticas, trouxe a ampliação dos espaços da democracia participativa constitucional, garantindo direitos políticos fundamentais como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular⁴³.

José Afonso da Silva relembra que o objetivo central do Estado Democrático de Direito consiste em acabar com as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático em que reine a justiça social. Enumera como princípios gerais: o princípio da constitucionalidade; princípio democrático; sistema de direitos fundamentais; princípio da justiça social; princípio da igualdade; princípio da divisão de poderes e independência do juiz; princípio da legalidade; e princípio da segurança jurídica⁴⁴.

Muitos dos princípios listados por Silva estão presentes na Constituição Brasileira. Repete-se: da análise do artigo primeiro retira-se da afirmação de que

41 BARCELLOS, Ana Paula, (2020), *op. cit.*

42 SARLET, Ingo Wolfgang. (2021), *Curso de direito constitucional*. 10.ª São Paulo Saraiva Jur 1 recurso online ISBN 9786555593402.

43 *Ibidem.*

44 SILVA, José Afonso da (2009) *op. cit.*

a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, sendo que todo poder emana do povo, constituindo-se assim o princípio democrático. Esse que pode ter explicitado seus valores no artigo terceiro, o qual dispõe os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo eles construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e promover o bem de todos. Ainda, outros princípios que estão listados acima podem ser facilmente visualizados na Carta Magna em seu artigo quinto, como o princípio da igualdade previsto no inciso I, princípio da legalidade disposto no inciso II e princípio da independência retirado do inciso LIII⁴⁵.

Sobre a democracia, José Afonso da Silva⁴⁶ afirma ser um processo de convivência social em que o poder deve ser emanado e exercido direta ou indiretamente pelo povo e em proveito dele, de forma harmônica e tolerante. Tal regime tem o dever de ser um garantidor de direitos fundamentais como a igualdade e a liberdade.

Silva⁴⁷ define a soberania popular e a participação do povo no poder como princípios angulares da formação do Estado Democrático de Direito, sendo a legitimidade do povo para o exercício do poder mandamento essencial para a obtenção de atos governamentais democráticos. Para o autor, essa obtenção só poderia ser validada se esses atos democráticos se voltassem à efetivação de direitos fundamentais.

Por fim, pode-se caracterizar esse Estado Democrático de Direito, como aquele regido por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como onde há respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. Com isso, percebe-se que o princípio democrático exprime a exigência da integral participação de todos na vida política do País, garantindo o respeito à soberania popular. Portanto, o Estado Democrático de Direito é aquele em que a garantia de legitimação e limitação do poder se fazem presentes⁴⁸.

45 BRASIL (2021) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico..

46 SILVA, José Afonso da. (2009) *op. cit.*

47 *Ibidem.*

48 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional atualizado até a EC 108, de 26.08.2020*. 37. São Paulo Atlas 2021 1 recurso online ISBN 9788597027648.

V. ATAQUES À DEMOCRACIA BRASILEIRA E O INQUÉRITO 4781

No dia 8 de janeiro de 2023, ocorreu uma invasão às sedes dos Três Poderes em Brasília, caracterizada por uma série de atos de vandalismo, invasões e depredações ao patrimônio público. Essas ações foram supostamente realizadas por cidadãos descontentes com o desfecho da eleição presidencial de 2023, os quais também demandavam intervenção federal. Como desdobramento desses eventos, 2.170 pessoas foram detidas, resultando em mais de 30 condenações até o momento⁴⁹.

Desde os protestos que pediam o impeachment da Presidente Dilma Rousseff (2015) os discursos cr esceram em nova polaridade política, em oposição a outros protestos comuns nos anos anteriores de espectro político diferente.

A novidade na história dos últimos cinco anos foi o Inquérito 4781, popularmente conhecido como Inquérito das *Fake News* ou manifestações antidemocráticas no seio do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se que o inquérito corre sob sigilo e em autos exclusivamente físicos, resguardados no gabinete do Ministro Alexandre de Moraes - sim, o constitucionalista citado na seção anterior, razão pela qual a análise doravante destacada se baseia em notícias extraídas em sites da imprensa ou da assessoria do STF.

O Inquérito 4781 foi iniciado em março de 2019, pelo presidente do STF Dias Toffoli, para investigar notícias fraudulentas, ofensas e ameaças que atingiam os membros da Suprema Corte. Ele escolheu que a investigação (e relatoria) ficasse(m) a cargo do ministro Alexandre de Moraes. Nessa toada de acontecimentos, em 2020, Moraes, relator do inquérito, determinou uma série de medidas buscando identificar as pessoas que estavam financiando e participando desses atos antidemocráticos. Em uma das etapas dessas investigações (2021), o Deputado Federal Daniel Silveira foi preso. A privação da liberdade de Silveira foi motivada pela publicação de um vídeo na plataforma *youtube* no qual o deputado, sem qualquer elegância, atacou a honra dos Ministros do STF e solicitou a substituição da Corte e possivelmente, a intervenção militar. A ordem de prisão preventiva foi fundada numa estranha interpretação de que existe “flagrante perpétuo”, quando o vídeo continua na rede, ainda que fora publicado dias antes. Por fim, em 2022, Silveira foi condenado a oito anos e nove meses de prisão em regime fechado, embora a defesa alegasse que estava

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 8 de janeiro: a resposta imediata do STF aos atos antidemocráticos. Brasília, 03 jan. 2024. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

ele protegido por imunidade parlamentar, conforme artigo 53 da Constituição Federal que diz “[o]s Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”⁵⁰. Houve perdão presidencial concedido por Jair Messias Bolsonaro⁵¹, entretanto, derrubado pelo STF.

Ainda que se ignorando a imunidade parlamentar, a relatoria de Moraes, no caso, também ignorou que a liberdade de expressão exige justamente o encargo de tolerar ideias consideradas odiosas e/ou descabidas, como a de Silveira, que pregara a suspensão das instituições democráticas. O fato de que algumas opiniões possam ser tachadas de perigosas por grupos no poder, não deveriam ser argumentos suficientes para cercear a liberdade de expressão. Especialmente, quando envolvem liberdades políticas. Ideias podem ser boas, ruins, péssimas, porém, deixar ao arbítrio dos que detêm poder definir o que pode ser ou não dito, certamente só evitaria o desconforto com ideias outrora desgostosas às elites. Não seria diferente quanto aos debates sobre abolição da escravidão, sufrágio universal etc. Inclusive, sob a ótica de Dworkin, entende-se que a propagação de ideias objeto de repúdio social por si só não causou efetivo dano à democracia. Sob a luz do sol, tais ideias seriam rechaçadas pela sociedade, fortalecendo os valores e a compreensão democrática. Usar a mão forte do aparato estatal para repressão só reforça a martirização e simpatia dos incautos aos propagadores de ideias supostamente odiosas.

Inclusive, a justificação do Inquérito está sendo baseada no Regimento Interno do STF, precisamente no art. 43:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os

50 BRASIL (2021), *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781. Autor: Sob sigilo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2021. Brasília, 16 fev. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>. Acesso em: 11 Mar. 2024.

servidores do Tribunal.⁵²

Como todo os fatos, interpretados pelos ministros como “notícias falsas” estão ocorrendo em todo território nacional ou via mídias sociais e plataformas de vídeos, causa estranheza a avocação pelo STF. Talvez seja uma interpretação demasiada elástica a qual se possa confrontar que nenhum dos fatos tratados ocorreu nas localizações físicas do STF como preconiza seu Regimento.

Soma-se à crítica que há vício presente na instauração do Inquérito 4781. Na Portaria do Gabinete da Presidência, nº 69 o ministro Dias Toffoli designou, discricionariamente, sem que houvesse distribuição ou sorteio, o ministro Alexandre de Moraes como relator do inquérito⁵³. Tal atitude nitidamente fere os princípios do juiz natural e do devido processo legal previstos na Carta Magna, garantidores de que o julgamento seja imparcial e objetivo. Destarte é descabido pensar que um cidadão (ou a própria Corte, que se considera vítima de ataques antidemocráticos), em um regime dito democrático, possa escolher o julgador de seu caso. Tal atitude, em qualquer juízo no Brasil, iria de pronto ser arguida pela parte contrária como nulidade processual. E realmente tem sido, sem sucesso. Questiona-se como o órgão que é responsável por vigiar os ditames constitucionais possibilita que tamanha ilegalidade aconteça? À época, um dos ministros mais antigos do STF, Marco Aurélio Mello (hoje aposentado e ainda se mantém crítico), posicionou-se contra a abertura do inquérito, repudiando o encaminhamento de Toffoli. Com base na consagrada lógica que vítima, investigador e julgador não podem ser a mesma pessoa ou ente, Marco Aurélio disse que o STF deveria “manter uma necessária distância de investigações que envolvam apuração de suposto crime contra a própria Corte”⁵⁴.

Com cautela, indaga-se o verdadeiro objetivo da instauração do inquérito das *fake news*. Se efetivamente era para acabar com as manifestações que supostamente causariam a ruptura institucional e o Estado Democrático

52 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL(2023) Regimento interno. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

53 CONJUR. Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

54 GLOBO. Inquérito do STF que investiga fake news: veja perguntas e respostas: políticos, empresários e blogueiros foram alvos de operação da pf. investigação iniciada em março de 2019 terminaria em janeiro de 2020, mas foi prorrogada por mais seis meses. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/27/inquerito-do-stf-que-investiga-fake-news-veja-perguntas-e-respostas.ghtml>. Acesso em: 11 mar. 2024.

de Direito, como dito por Moraes, então por que o STF está utilizando-se de decisões enérgicas que não respeitam o devido processo legal? O remédio aplicado não seria pior que “a doença que está se tentando debelar”? Se o poder institucionalizado é usado sem respeito aos ditames constitucionais, não há gravame maior que os discursos repudiáveis, e até hoje meramente discursos, contra a manutenção do Estado Democrático de Direito? A conflagração do combate a supostas *fake news* e/ou desinformação está amordaçando, ou seja, limitando a liberdade de expressão da sociedade.

Sob os escritos de Mills, Dworkin e Rawls, a liberdade de expressão deve ser analisada e tutelada sob o prisma de sua função democrática, não autorizando, entretanto, a funcionalidade dessa liberdade, nem ratificando sua aplicação visando somente àquilo que determinada autoridade pense favorecer a democracia. A diversidade de pensamentos é característica primordial da liberdade, não cabendo a uma autoridade julgar ideias que fomentem ou não a democracia. Tal posição caberá à própria sociedade, mediante o acesso mais rico possível de pensamentos diferentes⁵⁵ e eventualmente, o voto de apoio aos seus oradores.

São justamente nesses pensamentos diferentes, inerentes ao ser humano dotado de racionalidade, que surgem aqueles que defendem o fim da democracia e das instituições democráticas como o STF e a Câmara dos Deputados. Dessarte, destaca-se inicialmente que concordar com o direito de expressão dessas ideias não se traduz, necessariamente, com o acolhimento do conteúdo delas.

Percebe-se que uma sociedade é dita livre quando permite a pluralidade de opiniões, mesmo essas sendo proferidas por uma minoria, não se fazendo valer o conceito arrazoado no paradigma majoritário do que é ou não correto. Não se pode ignorar que a ideia de acabar com o Estado Democrático Brasileiro é totalmente descabida. Autocracias e demais regimes não democráticos não parecem mais benéficos que os regimes democráticos. Cabe aí deixar a carga da ágora para que no confronto e debate, o caminho considerado melhor seja escolhido.

Só deveria ter limitação a partir da concretude das ideias ou atos materiais que forçosamente imponham a ideia autocrática. Em modesta analogia, deve-se prender alguém por comunicar a outro o seu interesse em roubar? Ou seja, deve ser imediatamente restringido em sua liberdade de expressão e de

55 SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales, (2024), *Democracia e liberdade de expressão: o pluralismo julgado pelo utilitarismo de mill e pelo liberalismo de rawls*. Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n.º 1, pp. 119-144, 05 Abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9069>. Acesso em: 11 Mar. 2024.

locomoção pelo conteúdo de suas ideias?

Pondera-se então que não é tarefa do Estado proibir a defesa ou apologia de ideais, condutas e políticas consideradas detestáveis ou imorais. Em uma análise da obra de Sustain, Assaf descreve os quatro argumentos prescritos pelo autor em que o Estado não poderia limitar a liberdade de expressão. Assim, seriam eles: a) o desacordo para com as ideias apresentadas; b) o seu próprio interesse em contraposição aos demais interesses envolvidos; c) o receio de que os indivíduos possam ser persuadidos e influenciados pela mensagem; e, d) seu desejo em assegurar que as pessoas não sejam ofendidas pelo discurso⁵⁶.

Diante desses pontos elencados, Sustain reflete que as regulamentações que se amparam na discriminação ou restrição de pontos de vistas divergentes são presumidamente ilegais. Isso, pois essa intervenção se baseia em juízos morais e coloca em risco o dever de imparcialidade do Estado⁵⁷. Quando Moraes, em sua decisão pela prisão do deputado Daniel Silveira, embasa o cerceamento ao dispor que aquele estava atacando frontalmente a honra dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pregando a adoção de medidas antidemocráticas está certamente contrariando o que prega Sustain, pois embasa a proibição na discordância com a ideia apresentada.

Visto a existência das mais diversas ideias em uma democracia, até mesmo aquelas que preferem a tirania, Mill acredita que não é somente o emissor que tem o direito de se expressar, mas que todas as pessoas possuem o direito de conhecer todos os tipos de opiniões, analisando-as sobre todos os prismas e aspectos. Verifica-se que as posições e práticas erradas são alteradas pela experiência e pela discussão, sendo essa característica essencial para a pluralidade de opiniões. Faz-se então necessário, para esse debate, o acesso aos argumentos concorrentes, para que o indivíduo exerça sua racionalidade e assim tome uma posição⁵⁸.

Segundo Fortes e Baldissera⁵⁹, os magistrados deveriam restringir-se a aplicadores da lei, e não como verificadores da verdade, não sendo o correto deixar a cargo do Judiciário definir o que é ou não verdade. E, amplia-se, o que é ou não desejável socialmente... Logo, não seria justo com o povo brasileiro

56 ASSAF, Matheus, (2018), *op.cit.*

57 *Ibidem.*

58 SOUZA, Elden Borges, PINHEIRO, Victor Sales, (2016) *op.cit.*

59 FORTES, Vinícius Borges, BALDISSERA, Wellington Antônio. *Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe), [S.L.], v. 7, n.º 3, p. 374, 17 dez. 2019. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/671>. Acesso em: 11 Mar. 2024.

que um (ou os onze) Ministro(s) decidam o ideal político e identitário que os indivíduos devam adotar em uma sociedade dita plural e democrática.

Essa defesa pela diversidade de pensamentos também pode ser notada em Rawls, acreditando que a pluralidade é considerada aspecto importante em uma sociedade em que os homens possuam planos de vida diversos e pontos de vista divergentes. Dado a falibilidade dos homens, esses possuem o direito a corrigir esse plano racional e a ter acesso a posições diferentes. Por conseguinte, essas posições opostas não devem antes serem proibidas pelo Direito, pois a melhor decisão adotada será consequentemente aquela escolhida dentre uma gama maior de dados⁶⁰ e discussões.

60 SOUZA, Elden Borges, PINHEIRO, Victor Sales, (2016), *op. cit.*, p. 2016.

CONCLUSÃO

Percebe-se então que a intolerância e a proibição de uma opinião não a extingue nem a erradica, somente as leva para o caminho obscuro do disfarce. Sócrates foi condenado à morte por pregar ensinamentos inadequados aos poderosos de seu tempo, tendo, ao invés do esquecimento, sua filosofia incorporada aos dias atuais.

Hoje, na era tecnológica acredita-se que a proibição de discursos odiosos contra as instituições democráticas e ao Estado Democrático de Direito farão cessar a crença nessas ideias? Claramente seria muito mais oportuno deixar que essas ideias cessassem pelo livre debate, respeitando a condição moral do indivíduo, e não fossem escondidas debaixo de uma sombra inescrupulosa da proibição. Para que uma sociedade seja forte democraticamente e livre de qualquer escravidão, a liberdade de expressão deve prevalecer.

Portanto, crendo na autonomia moral dos indivíduos e no papel que a garantia da liberdade de expressão exerce na democracia, sendo um dos pilares do pluralismo político, afere-se que as interferências do STF podem ser consideradas ilegítimas, não colaboram para o cessamento de discursos de ódio e a preservação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS DE REFERÊNCIA

BARCELLOS, Ana Paula, (2020), *Curso de direito constitucional*. 3.ª Ed., Rio de Janeiro Forense 1 recurso online ISBN 9788530989774.

DWORKIN, Ronald, (2002), *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. ISBN 8533615132.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001/acprof-9780199548781>. Acesso em: 11 mar. 2024.

DWORKIN, Ronald, (2019), *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de: CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.

FARIAS, Edilsom Pereira de, (2024), *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30360546.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, (2009), *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais..

MILL, John Stuart, (2019), *Sobre a liberdade*. 1.ª Ed., São Paulo Grupo Almedina, 1 recurso online ISBN 9789724418001.

MORAES, Alexandre de, (2021), *Direito constitucional atualizado até a EC 108, de 26.08.2020*. 37. São Paulo Atlas 1 recurso online ISBN 9788597027648.

RAWLS, John (1997) *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes.

SARLET, Ingo Wolfgang, (2021), *Curso de direito constitucional*. 10.ª Ed., São Paulo Saraiva Jur 1 recurso online ISBN 978655593402.

SILVA, José Afonso da, (2009), *Curso de Direito Constitucional*. Positivo. São Paulo: Malheiros Editores.

TOFFOLI, José Antonio Dias, (2019), *Fake news, Desinformação e Liberdade de Expressão*. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/7624/2019_toffoli_fake_news_desinformacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 mar. 2024.

LEGISLAÇÃO

BRASIL (2021) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

CONJUR. Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2023) Regimento interno. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação..

CASOS E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781. Autor: Sob sigilo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2021. Brasília, 16 fev. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 8 de janeiro: a resposta imediata do STF aos atos antidemocráticos. Brasília, 03 jan. 2024. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

COUTINHO, Mateus; RANGEL, Rodrigo. “O amigo do amigo de meu pai”: em documento a que a Crusoé teve acesso, o empreiteiro Marcelo Odebrech revela à lava jato o codinome usado para se referir a Dias Toffoli na empreiteira. Revista Crusoé. Disponível em: <https://crusoee.uol.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

FORTES, Vinícius Borges; BALDISSERA, Wellington Antônio. Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe), [S.L.], v. 7, n. 3, p. 374, 17 dez. 2019. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/671>. Acesso em: 11 mar. 2024.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Revista Sequência, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, 23 jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327/25072>. Acesso em: 11 mar. 2024.

GLOBO. Inquérito do STF que investiga fake news: veja perguntas e respostas: políticos, empresários e blogueiros foram alvos de operação da pf. investigação

iniciada em março de 2019 terminaria em janeiro de 2020, mas foi prorrogada por mais seis meses. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/27/inquerito-do-stf-que-investiga-fake-news-veja-perguntas-e-respostas.ghtml>. Acesso em: 11 mar. 2024.

LIMA, Wilson. Inquérito dos atos antidemocráticos está perto do fim: entenda a linha de investigação do STF. 2020. Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/inquerito-atos-antidemocraticos-entenda-investigacao/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O supremo soberano no Estado de exceção: a (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do inquérito das Fake News (inquérito n. 4.781). Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 41, n. 85, p. 173-203, 5 nov. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p173>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/71524>. Acesso em: 11 mar. 2024.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VOLANTE, Carlos Eduardo; VIANA, Waleska Cariola. Democracia como direito fundamental de terceira geração ou dimensão. Revista Esmat, [S.L.], v. 8, n. 10, p. 149-172, 30 nov. 2016. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/115. Acesso em: 11 mar. 2024.

RIBEIRO, Kepler Gomes. Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e 'Fake News': o papel da jurisdição constitucional na construção do sentido jurídico-político de pluralismo. O Papel da Jurisdição Constitucional na Construção do Sentido Jurídico-Político de Pluralismo. 2020. [S.I.]. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/liberdade-de-expressao-discurso-de-odio-e-fake-news-o-papel-da-jurisdicao-constitucional-na-construcao-do-sentido-juridico-politico-de-pluralismo/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Democracia e liberdade de expressão: o pluralismo julgado pelo utilitarismo de mill e pelo liberalismo de rawls. Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 119-144, 05 abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9069>. Acesso em: 11 mar. 2024.

VALE, André Rufino do. Dworkin está entre os grandes dos séculos XX e XXI. 2013. [S.I.]. Revista Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-14/andre-rufino-dworkin-entre-grandes-figuras-seculos-xx-xxi>. Acesso em: 11 mar. 2024.

OUTRAS FONTES

ASSAF, Matheus. Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas? 2018. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg>.

[br/bitstream/1843/BUOS-B5WGDL/1/disserta__o__vers_o_final_imp.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/1843/BUOS-B5WGDL/1/disserta__o__vers_o_final_imp.pdf). Acesso em: 11 mar. 2024.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política. 2016, 127f. Dissertação (Mestrado) - Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2184>. Acesso em: 11 mar. 2024.

LIMA, Sávio Barreto Lacerda. Liberdade de expressão: concepção integrada de Dworkin. 2015. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7566>. Acesso em: 11 mar. 2024.

OCCIUZZI, Rita de Cássia Moreno de Souza. O direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio na democracia contemporânea. 2017. 103f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=104812>. Acesso em: 11 mar. 2024.

ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão. 2014. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-20012015-163906/publico/dissertacao_leonardogomespenteadorosa.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

SÁ, Mariana Oliveira de. O discurso de ódio, o silêncio e a violência: lidando com ideias odiosas. 2020. Dissertação. [S.l.]. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/33427/6/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Mariana%20%28vers%c3%a3o%20reposit%c3%b3rio%29.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2024.

SECÇÃO III

VARIEDADES

Variedades

Desafios do Ensino do Direito em Moçambique

Doutor Adelino Manuel MUCHANGA

Docente da Faculdade de Direito da Universidade
Eduardo Mondlane e Presidente do Tribunal Supremo.

Resumo

O ensino do Direito em Moçambique atravessou várias fases, desde os primórdios da independência nacional, às quais também estão associados desafios concretos. Se numa primeira fase, dada a escassez de quadros com formação jurídica, optou-se para formação de generalistas e com prioridade para o preenchimento de vagas no sector da justiça, hoje os desafios são completamente diferentes.

O presente artigo visa apontar alguns dos desafios prementes do ensino do Direito em Moçambique, como forma de contribuir para a melhoria da qualidade dos nossos juristas, para que possam competir no mercado local e internacional.

Palavras-chave: *Ensino do Direito, Direito, Jurista.*

INTRODUÇÃO

O ensino superior no nosso país foi introduzido através do Decreto n.º 44.530, de 21 de Agosto, que cria os Estudos Gerais Universitários de Moçambique, mas sem a inclusão do curso de Direito. Evitava-se, certamente, a formação de uma massa crítica que pudesse patrocinar as pretensões independentistas das colónias portuguesas.

Só em 1974, o Governo Provisório (que existiu antes do Governo de Transição), através do Decreto-Lei n.º 299/74, de 4 de Julho, cria os cursos de bacharelato e licenciatura em Direito, que passariam a ser professados na então Universidade de Lourenço Marques, a partir do ano de escolar 1974-1975.

A Faculdade de Direito foi criada um pouco depois, através do Decreto-Lei n.º 7/75, de 18 de Janeiro, mas as aulas só iniciariam em Fevereiro de 1975, com o primeiro e segundo anos (alguns estudantes tinham feito o primeiro ano fora do país).

O desafio imediato, no momento da criação do curso de Direito, era fazer face ao esvaziamento de juristas portugueses que, na iminência da independência de Moçambique, abandonaram o país. Compreende-se, assim, que a preocupação fosse a formação de generalistas, tendo em conta a imediata necessidade de ocupar os lugares em que a formação jurídica era necessária, designadamente no sector de administração da justiça.

Não foi por acaso que, quando, em 1978, são criadas as brigadas para a divulgação e discussão da anteproposta da primeira Lei de Organização Judiciária, a maioria dos estudantes teve que suspender o curso com o nível de bacharelato¹.

Os mesmos “brigadistas”, depois da aprovação da Lei, foram nomeados Presidentes dos Tribunais Populares Provinciais e, em acumulação de funções, Directores Provinciais de Justiça e outros foram nomeados Procuradores-Chefes juntos dos mesmos tribunais.

A Faculdade continuou a funcionar, mas no dia 21 de Março de 1983 foi encerrada no decurso da 11ª sessão da Assembleia Popular e só reabre em 17 de Agosto 1987, mas com a mesma preocupação de formar juristas generalistas.

Não foi por acaso que o curso de Direito (e o de Medicina), nos anos 90, eram os que dispunham de mais vagas; o curso de Direito tinha 100 vagas.

Os estudantes normalmente começavam a trabalhar depois do terceiro ano, em alguns casos como bacharéis. Havia, por parte das empresas e das magistraturas, visitas constantes à Faculdade para convencer os estudantes a

1 Apenas 3 haviam concluído a licenciatura em 1977.

ingressarem nos seus quadros.

Com o tempo e evolução subsequente, os desafios do ensino do Direito foram mudando contínua e drasticamente.

Com a introdução do ensino superior privado, aumentou significativamente a oferta de cursos de Direito e de graduados em Direito ou ciências jurídicas. O número de graduados em instituições de ensino superior fora do país também aumentou.

Perante a enorme oferta existente, a formação em Direito já não pode, nem deve, continuar a ser generalista.

Perante um mundo cada vez mais globalizado e um mercado de trabalho mais exigente e dominado pela tecnologia, os desafios do ensino do Direito são completamente diferentes daqueles que presidiram a introdução do curso nos primórdios da nossa independência.

O presente artigo visa percorrer alguns (que consideramos principais), desafios do ensino do Direito em Moçambique, na actualidade.

A relevância da abordagem do tema cinge-se, precisamente, na urgência que se impõe na remodelação do modelo de ensino do Direito em Moçambique, tendo em conta a inflação das instituições, principalmente privadas, que incluem nos seus programas o ensino das ciências jurídicas, mas produzindo “juristas” de diplomas muitas vezes vazios de qualidade.

Pretende-se, como objectivo último, apresentar sugestões que possam concorrer para a elevação da qualidade do ensino do Direito em Moçambique.

A metodologia usada foi essencialmente da análise dos dados disponíveis e o recurso ao conhecimento empírico resultante da experiência vivida tanto no sector empresarial, como na magistratura.

O artigo, para além da presente introdução, será subdividido em duas partes, sendo que a primeira relativa a uma breve contextualização do ensino do Direito e resultados recentes, seguida da parte em que são apontados os desafios, terminando-se com uma conclusão.

I. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

No último Exame Nacional da Ordem dos Advogados, dos 487 candidatos, apenas 140, ou seja, 28%, tiveram aproveitamento positivo.

Em Março de 2022 foram publicados os resultados do concurso de ingresso ao Curso de Formação Inicial para a Magistratura Judicial e do Ministério Público, tendo sido aprovados 137 dos 587 candidatos (no concurso anterior, dos 680 candidatos, apenas 114 foram aprovados).

Os altos índices de reprovação indiciam possíveis défices na qualidade dos concorrentes, como consequência de uma formação inadequada.

Existem no País mais de três dezenas de instituições de ensino superior que leccionam o curso de Direito, sendo a sua maioria privadas. Em relação a estas instituições de ensino do Direito, o Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público, preocupado com a qualidade dos candidatos à Magistratura do Ministério Público, através da Deliberação n.º 372/CP/CSMMP/2021, de 17 de Agosto, aprovou a lista das que considerou credíveis e das que qualificou como “sem referência”.

No âmbito da autonomia científica de que todas gozam, há uma grande diversidade de programas curriculares.

Em Março de 2022, o Governo aprovou a proposta de revisão da Lei n.º 27/2009, de 29 de Setembro, Lei do Ensino Superior. No comunicado aos órgãos de informação, o Governo explica que a proposta visa adequar a lei à dinâmica do desenvolvimento do ensino superior no país, no actual contexto científico político, socioeconómico, tecnológico e cultural.

O contexto da aprovação dessa proposta de lei é, portanto, de uma multiplicidade de instituições de ensino do Direito, a esmagadora maioria das quais privadas e muitas com fins lucrativos.

Na verdade, há uma diversidade de programas, sem um currículo que se possa considerar mínimo obrigatório para todos, reprovações em massa e com notas baixas nos concursos de ingresso para as profissões jurídicas, e de desemprego, não necessariamente porque as necessidades superam a oferta, mas porque a qualidade dos graduados não satisfaz as exigências.

O contexto actual é igualmente de reclamações recorrentes porque, alegadamente, os profissionais na área jurídica demonstram falta de sensibilidade para as preocupações dos cidadãos.

II. OS DESAFIOS DO ENSINO DO DIREITO

A. Formar para a excelência (um desafio óbvio)

Como formar para a excelência?

Primeiro, temos que atender à essência e às finalidades do Direito, como realidade tendencialmente universal. Definido geralmente como uma ordem normativa da sociedade², ou a faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos factos³, o Direito, deve ser entendido na sua perspectiva finalista da justa realização da justiça⁴.

Como afirma Henrique Barnosa, *“Um dos maiores problemas do ensino jurídico contemporâneo, senão o maior, é a distorção e a aplicação cega do positivismo jurídico, rodeado e amarrado pelo legalismo formal. Na interpretação das normas recorre-se quase sempre ou privilegia-se o sentido literal da norma”*⁵.

A preferência pelo sentido literal da norma, através da subsunção dedutivista, *“(...) faz com que o operador do Direito (...) se contente com a aplicação da norma nos moldes da Escola da Exegese, da França do Século XIX, ou ainda do Pandectismo, da Alemanha do mesmo tempo”*⁶.

Temos ouvido, de forma recorrente, na fundamentação das decisões judiciais que a solução adoptada resulta do texto da lei (diz-se: é o que está escrito).

O ensino do Direito ainda segue de perto a orientação da aplicação mecânica da lei, sendo o aplicador a boca que pronuncia as palavras mudas da

2 ASCENSÃO, José de, (1991), *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, p. 4.

3 PEREIRA, Mário Alves, (1930), *O Direito e a Felicidade*, Sociedade Nacional de Tipografia, Lisboa, p. 7.

4 HOMEM, António Pedro Barbas, (2001), *O Justo e o Injusto*, AAFDL, Lisboa, pág. 14. No mesmo sentido, PÉREZ, Pascual Marín – *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Editorial Tecnos, 3ª Edição, Madrid, 1974, p. 44, também define o Direito como uma ordem moral, imperativa, da vida social humana, orientada para a realização da justiça. Este autor põe em ênfase os elementos que aquela definição encerra, designadamente, o seu fundamento, que está na natureza humana e os princípios morais que orientam a vida humana, isto é, o Direito tendo como sua razão de existir o Homem; a matéria contida, que se fundamenta na regulação social, tanto no que toca à organização interna, como na delimitação dos direitos e deveres; como instrumento de cumprimento obrigatório investido de poder coercivo; e o fim supremo que é a realização da justiça através da harmonização da realização das exigências individuais e sociais.

5 BARBOSA, Henrique Bonatti Rego, (2018), *O ensino do Direito no Brasil e em Portugal e seus desdobramentos: uma análise comparativa do cenário contemporâneo* – Dissertação de Mestrado-Universidade de Lisboa, p. 84.

6 Idem.

lei; tal posição corresponde à concepção do legalismo clássico.

Na concepção do legalismo clássico, o aplicador da lei (em sentido material) apenas se limita a aplicá-la tal como ditada pelos poderes legislativo e executivo.

Para ultrapassar tal realidade, temos que encontrar um modelo de ensino que não se agarre ao dogmatismo positivista, que se liberte, para estudar o Direito, a partir das suas finalidades: a felicidade, a protecção da dignidade da pessoa humana, protecção da vida, a salvaguarda da liberdade, da igualdade, da paz social etc.

O Direito tem por vocação reger a convivência e a vida em sociedade, sendo o Homem a sua razão de ser⁷. Por isso, ao ensinarmos o Direito, temos que passar a mensagem de que este deve estar ao serviço do bem-estar das pessoas e não as pessoas ao serviço do Direito.

Na verdade, o dogmatismo positivista acarreta um elevado risco de injustiças e distorção do Direito, por via da aplicação cega do texto da lei.

Existe sempre o potencial de contradição entre o Direito, nos seus princípios estruturantes e nas suas finalidades, e a lei, que obedece à maleável mudança ideológica em função da classe dominante.

Sobre a instrumentalidade da lei, argumenta Álvaro Severo o seguinte: *“Com justa razão, a lei não é a medida exata que assegura a estabilidade e a continuidade do Direito. Existe, por conseguinte, uma antinomia entre a lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica (...) ora, a lei, e a sua conceptualização moderna distinguem-se em um aspecto por demais relevante: autêntico instrumento ideológico de compromisso político”*⁸.

O Jurista moderno deve, pelas razões apontadas, desafiar a fisionomia dogmática e formalista do Direito.

A passividade do Jurista em relação às leis não deve ser incentivada nas nossas Faculdades. A lei, na sua veste externa, não pode ser o elemento

7 OTERO, Paulo, (1998), *Lições de Introdução aos Estudo do Direito*, Tomo I, Bertrand, Lisboa, 1998, pp. 50 e ss, Este autor sustenta a tese de o Homem ser o destinatário do Direito referindo que é por isso que o Estado se preocupa com a garantia, efectividade e respeito pelos direitos fundamentais, com a promoção do bem-estar e com a igualdade entre os cidadãos ,como tarefas fundamentais do Estado. Entre nós, tais tarefas ou objectivos do Estado encontram-se consagrados no artigo 11º CRM. Neste sentido, ver também, SÓCRATES, Valdemiro – O Estado Social e Democrático de Direito: uma utopia ou uma realidade em construção? In Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributo para Reflexão – Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Kapicua, Livros e Multimédia, Lda, Maputo, 2012.

8 SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos, (2013), *O papel do juiz na criação do direito, Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n.º 2, Jul/Dez 2013, p. 210.

exclusivo da busca da justiça.

Há que formar pessoas capazes de interpretar as normas; interpretar no sentido de ir à busca do que está por detrás delas. As leis não são o fim em si mesmas, pois elas são instrumentos de realização da justiça e é esta que o jurista deve buscar. Não é por acaso que o sentido da lei, como se sabe, nem sempre coincide (e não se exige que coincida) com o texto da norma.

Mais do que interpretar, temos que dotar os formandos de capacidade para questionar. É do questionamento das normas que lograremos desenvolver o Direito pátrio.

Para logramos formar verdadeiros operadores da justiça (e não mecânicos jurídicos), temos necessariamente que mudar a metodologia de ensino.

Um escudo recente, conduzido pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária, revela que 70% das instituições superiores que ensinam o Direito usam o método expositivo, no que se traduz numa prática pedagógica clássica.

A metodologia usada, essencialmente expositiva, de simples reprodução e acumulação de conhecimento dogmático, é inadequada para a formação do Jurista moderno. Temos que formar Juristas capazes de construir e transformar.

O ensino do Direito deve ser dinâmico, combinando o método expositivo com a interação constante: problematizar, estimular a participação e tornar o profissional desinibido.

O Jurista deve dominar a técnica de argumentação, a retórica jurídica. Um Jurista deve cultivar a boa comunicação num plano de raciocínio lógico. É, aliás, por isso que sempre discordamos da desnecessidade de ensino de matemática aos estudantes pré-universitários que pretendam estudar Direito.

A matemática cultiva a capacidade de raciocínio lógico e é, inquestionavelmente, indispensável para a actividade do Jurista. Na nossa perspectiva, não faz sentido a solução de, no ensino pré-universitário, o curso de Direito ser para os estudantes de letras sem matemática.

Também para a excelência técnica, temos que combinar a teoria e prática: disciplinas de aplicação prática (laboratórios), *moot courts*, análise de jurisprudência, estudos de casos, estágios profissionais, visitas aos tribunais etc.

O Direito não pode ser concebido como um curso essencialmente teórico. A exigência de conhecimento prático não pode ser diferente dos demais cursos, como de engenharias e da medicina.

Há também que impor rigor no licenciamento das instituições de ensino Superior, definir um conteúdo mínimo do Currículo, estabelecer critérios de selecção de docentes que atendam essencialmente ao seu mérito e experiência, melhorar a qualidade das bibliotecas e criar facilidades de investigação.

B. Formar pacificadores

Uma das finalidades do Direito é a pacificação social. Quando se dirimem conflitos, deve se ter em perspectiva a paz social, que pressupõe a restauração dos laços quebrados, o restabelecimento da convivência entre as pessoas.

O que ensinamos nas nossas Faculdades são direitos e deveres e a forma processual para defender, por via litigiosa, os direitos violados ou ameaçados.

Formamos verdadeiros gladiadores jurídicos, que não abandonam as suas trincheiras e lutam até a morte, sem explorar as formas pacíficas de resolução das disputas.

A justiça restaurativa é a nossa marca como africanos. A justiça restaurativa deve ser um elemento importante da produção legislativa e na resolução de disputas, sendo imprescindível que o graduado em Direito disponha de ferramentas para a sua aplicação.

As instituições de ensino do Direito devem, ao menos, formar os seus alunos em técnicas de negociação, técnicas de mediação e conciliação. Não nos podemos preocupar apenas em criar capacidade para litigar, mas para que os graduados sejam silenciadores de conflitos, ou seja, pacifistas, solidários e, acima de tudo, pessoas justas.

C. A multidisciplinaridade como exigência da dinâmica actual

Um jurista moderno já não vale pelo domínio das cadeiras de ciências jurídicas puras. Ele deve entender de economia, de gestão, de informática, de projectos de grande dimensão, dos fenómenos sociais e suas dinâmicas. A formação jurídica deve, por isso, contemplar aspectos como a gestão de projectos, análise de modelos financeiros, matemática para juristas, informática, sociologia, filosofia, antropologia, história do Direito, só para citar alguns exemplos.

As grandes empresas já não estão interessadas em juristas puros; querem aqueles que podem dirigir processos negociais complexos, exigindo-se o domínio de conceitos essenciais para o seu negócio, designadamente, os pressupostos de viabilidade e bancabilidade dos projectos.

Se o jurista não for um profissional multifuncional, está limitado na sua actuação e na sua utilidade.

A multifuncionalidade do jurista pressupõe que as instituições de ensino superior colocam à disposição dos seus formandos cursos de curta duração e centros de formação contínua.

D. Aposta séria na investigação e extensão

As Universidades ou instituições de ensino superior no geral, devem ser as principais referências da investigação e repositórios do conhecimento que deve ser usado pela sociedade.

Para terem tais valências, as instituições de ensino superior do Direito devem criar essa capacidade para a investigação e de ligação com a comunidade: centros de Investigação; grupos de investigadores; programas de investigação.

A Declaração Mundial sobre a Educação Superior no Século XXI da UNESCO preconiza que a Missão das Universidades é: educar, formar e realizar pesquisas.

Da investigação deve resultar a publicação científica periódica: Revistas Jurídicas, Jornadas Jurídicas etc.

As melhores escolas de Direito no mundo são conhecidas pelas suas publicações: Yale Law Review, The Cambridge Law Journal, Lisbon Law Review, African Human Law Journal.

É triste constatar que as nossas muitas Faculdades e escolas de Direito ou não publicam nada ou passam anos sem uma única publicação.

É também triste constatar que as nossas instituições de ensino do Direito não participam nos grandes concursos para consultorias jurídicas nos megaprojectos, quando deviam ser as primeiras referências quando se busca a consultoria jurídica.

E. Moçambicanizar o Direito (Direito Consuetudinário)

Prevalece nas nossas faculdades e escolas de Direito uma visão reducionista do Direito, que o reconduz a Códigos e Leis estatais.

Ensinamos, essencialmente, o direito legislado estatal, ignorando que o Direito é uma realidade mais abrangente. Ignoramos que a maioria do nosso povo recorre ao direito costumeiro.

As ordens normativas comunitárias e as instâncias comunitárias de resolução de disputas são uma realidade ignorada pelos nossos graduados.

As Faculdades e escolas de Direito deveriam ser pioneiras na realização de estudos etnográficos e comparativos, desenhar projectos de reforma legal para a correcta complementaridade entre a justiça formal e comunitária.

Seria louvável, por exemplo, que, perante a manifestação do Chefe de Estado da necessidade de reforma legal, as Universidades aparecessem com projectos e competissem para estarem na dianteira da reforma legal.

Olhando para os planos de estudo das várias instituições de ensino do Direito em Moçambique, apenas a UniZambeze inclui uma disciplina de Sistema Jurídico Africano.

Em tempos, a Universidade Eduardo Mondlane leccionava a disciplina de Antropologia e, por razões que desconhecemos, deixou de ser relevante.

F. Especializar e internacionalizar

A formação de generalistas serviu para um determinado contexto histórico, que já há muito se encontra ultrapassado. Sem prejuízo do conteúdo curricular mínimo, temos que apostar na especialização, senão não estaremos em condições de competir, nem dentro, nem fora do país.

A internacionalização do ensino do Direito vai permitir que os nossos graduados possam competir no mercado global. Hoje temos as fronteiras internacionais cada vez mais ténues e vínculos jurídicos plurilocalizados. É nesse contexto que temos que competir.

Centros do Direito Comparado, compatibilização de currículos com outras Universidades para a troca de estudantes, Centros de Investigação virados para acolher estudantes internacionais, são algumas ideias que devem ser exploradas.

Na perspectiva de compreender outras realidades jurídicas, na Europa, na Ásia e América, as Universidades têm centros de estudo do Direito Africano e comparado.

Hoje assiste-se, cada vez mais, ao convite de Universidades estrangeiras para implantar as suas delegações noutros países. No Egípto, por exemplo, os estudantes podem frequentar as mais reputadas universidades do mundo sem sair do seu país, porque no campus local estão implantadas extensões de universidades estrangeiras.

Os nossos docentes devem preocupar-se, em alto grau, pela sua internacionalização.

G. Acompanhar de perto a era digital

Da rápida visita aos programas das Faculdades e escolas de Direito em Moçambique, apenas duas têm a disciplina de informática.

É tempo de prepararmos os nossos graduados para o domínio das tecnologias, não apenas no contexto da multidisciplinaridade, mas como ferramenta de empregabilidade.

Hoje, os países avançam para uma total modernização da justiça, com sistemas informáticos de gestão processual e documental e com a instalação de tribunais inteligentes. Hoje, boa parte dos livros estão disponíveis no formato digital. O futuro é de uma interação e tramitação processuais inteiramente no formato digital.

Por isso, muitas escolas de Direito pelo mundo fora têm, obrigatoriamente,

uma cadeira de informática, até para facilitar a investigação no âmbito da formação.

Trata-se, na verdade, de um desafio incontornável e inadiável, porque o futuro digital já chegou.

CONCLUSÃO

Os desafios do ensino do Direito em Moçambique reconduzem-se à formação do jurista integral e humanista; o jurista deve ser formado para ter, acima de tudo, capacidade de análise dos fenómenos jurídicos, económicos e sociais; o jurista deve ter uma visão crítica na aplicação do Direito e não se desviar das suas finalidades; o jurista deve ter capacidade de investigação autónoma e ser um agente dinâmico facilitador da realização da justiça e consolidação da cidadania.

Uma maior exigência na formação em Direito é o ponto de partida para o fortalecimento do Estado de Direito Democrático, reforço da justiça social e desenvolvimento do País.

A produção em massa de juristas, sem rigor técnico e sem sentido humanista, é prejudicial aos próprios graduados e ao país - é o ponto de partida para a falência do sistema de justiça e para a vulgarização dos nossos diplomas universitários em Direito.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de, (1991), *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Almedina, Coimbra.

BARBOSA, Henrique Bonatti Rego, (2018), *O ensino do Direito no Brasil e em Portugal e seus desdobramentos: uma análise comparativa do cenário contemporâneo* – Dissertação de Mestrado-Universidade de Lisboa.

HOMEM, António Pedro Barbas, (2001), *O Justo e o Injusto*, AAFDL, Lisboa, 2001.

EREIRA, Mário Alves, (1930), *O Direito e a Felicidade*, Sociedade Nacional de Tipografia, Lisboa.

PÉREZ, Pascual Marín, (1974), *Introduccion a la Ciencia del Derecho*, Editorial Tecnos, 3ª Edição, Madrid.

OTERO, Paulo, (1998), *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Tomo I, Bertrand, Lisboa.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos, (2013), *O papel do juiz na criação do direito, Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 39, nº 2, Jul/Dez 2013.

SÓCRATES, Valdemiro, (2012), *O Estado Social e Democrático de Direito: uma utopia ou uma realidade em construção? In Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributo para Reflexão* – Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Kapingua, Livros e Multimédia, Lda, Maputo.

O ensino de Direito do Ambiente em Moçambique – Balanço, impactos e desafios

Doutor Carlos Manuel SERRA

Investigador Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

Advogado.

Resumo

O presente artigo tem como objectivo analisar o historial, estágio, balanço, impacto e aspectos a melhorar ou inovar no ensino de Direito do Ambiente no País. Procurar-se-á atender ao papel da disciplina na formação de quadros capazes e sensibilizados para intervir na protecção do ambiente nos mais diversos sectores de actividade, incluindo uma análise sobre a sua adequação aos problemas e desafios ambientais à escala global, considerando a legislação internacional respeitante e a legislação nacional aprovada, atendendo às projecções socioeconómicas, crescimento demográfico, rápida expansão urbana, demandas energéticas e de recursos naturais, características geográficas e climáticas específicas e vulnerabilidade aos fenómenos climáticos extremos. Serão consideradas lacunas no ensino de Direito do Ambiente, incluindo na definição de programas curriculares e planos temáticos, na selecção e respectiva capacitação do corpo docente, no uso de métodos de ensino e aprendizagem e na necessidade de actualização permanente, considerando cursos de natureza profissionalizante, mestrados e doutoramentos.

Palavras-chave: Ambiente, Direito do Ambiente, Ensino de Direito.

INTRODUÇÃO

O ensino de Direito do Ambiente é o resultado dos avanços registados ao nível da ordem jurídico-ambiental internacional, principalmente após a realização da Conferencia das Nações Unidas sobre Ambiente Humano, que teve lugar na cidade de Estocolmo, em Junho de 1972, e da qual resultou a decisão de criar o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com sede em Nairobi, Quênia.

Em Moçambique, na sequência da aprovação da Constituição da República de Moçambique de 1990 e da Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro, Lei do Ambiente, em 1997, dá-se início ao processo de montagem de um corpo de princípios e normas orientadas para a protecção do bem jurídico ambiente. Nos anos seguintes várias instituições de formação profissional e de ensino superior iniciaram esforços para leccionar, tendo a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane introduzido a disciplina no programa curricular que entrou em vigor em 2004. A disciplina é obrigatória para todos os estudantes da licenciatura em Direito e tem como objectivo fornecer aos estudantes os conhecimentos e competências necessárias para compreender e aplicar o Direito do Ambiente. A opção realizada pela FDUEM acabou influenciando os planos curriculares de grande parte dos cursos de direitos ministrados nas demais universidades e institutos superiores do País, que não apenas incorporaram a disciplina, como ainda consideraram o actual plano temático como referência.

Com o presente artigo pretende-se fundamentalmente trazer uma perspectiva histórica sobre a evolução e impacto do ensino de Direito do Ambiente no plano internacional e nacional, bem como ao nível de Moçambique, com foco para a realização de um balanço sobre a actualidade, qualidade e eficácia da disciplina, incluindo uma análise sobre a respectiva adequação em relação aos problemas e desafios ambientais à escala planetária e regional, com destaque para as temáticas tratadas nas diversas convenções, protocolos e acordos ratificados pelo Estado moçambicano, bem como a legislação aprovada no plano nacional, tendo presente as tendências e projecções socioeconómicas, o crescimento demográfico e a rápida expansão urbana, o desafio energético e a demanda de recursos naturais, as características geográficas e climáticas específicas e a vulnerabilidade aos fenómenos climáticos extremos.

Serão considerados os desafios na definição do objecto e âmbito da disciplina em função da evolução da realidade ambiental e climática no Planeta e no País; o perfil dos docentes e as respectivas necessidades de actualização permanente; a natureza interdisciplinar incorporando elementos que vão além do Direito, abrangendo as áreas da economia, sociologia, ciências naturais e engenharias; e o uso de técnicas e métodos de ensino e aprendizagem, com

destaque para a necessidade incluir uma forte dimensão prática, caracterizada pela realização de diversas actividades extracurriculares, visando a aquisição de conhecimentos e competências que lhes permitem compreender e aplicar o Direito do Ambiente, bem como a sensibilização dos estudantes para a importância da protecção do ambiente.

O presente artigo será estruturado em três partes, designadamente: a primeira sobre a génese do Direito do Ambiente; a segunda sobre a evolução do Direito do Ambiente no ensino em Moçambique; a terceira sobre os desafios de adequação a uma realidade ambiental e climática em ebulição; por fim, as conclusões e recomendações.

I. GÉNESE

O Direito do Ambiente como disciplina autónoma é um dos resultados da realização da histórica Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano, realizada na cidade de Estocolmo, na Suécia, em 1972. Entre os principais resultados, destaque para a aprovação de uma Declaração de Princípios, que ficou conhecida para a história como Declaração de Estocolmo, a qual consagrou o direito humano ao ambiente nos seguintes termos: “homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras” (princípio I)¹.

Para o efeito, na sequência da Conferência de Estocolmo, foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com sede em Nairobi, Quênia, para monitorizar o estado do ambiente, informar a elaboração de políticas através da ciência e coordenar as respostas aos desafios ambientais mundiais, sendo que, desde a sua institucionalização, este importante organismo das Nações Unidas tem trabalhado em estreita colaboração com os seus 193 Estados Membros e outras partes interessadas para galvanizar compromissos mundiais e coordenar acções para enfrentar muitos dos desafios ambientais mais prementes do Planeta².

Em 1982, o PNUMA lançou o programa Montevideo para o Desenvolvimento e a Revisão Periódica do Direito do Ambiente, revisto de 10 em 10 anos, tendo como objetivos fundamentais: (i) apoiar o desenvolvimento de legislação ambiental adequada e eficaz e de quadros jurídicos a todos os níveis para abordar as questões ambientais; (ii) reforçar a aplicação efectiva do direito do ambiente a nível nacional; (iii) apoiar o reforço das capacidades para aumentar a eficácia do direito do ambiente para todas as partes interessadas a todos os níveis; (iv) apoiar os governos nacionais, a pedido destes, no desenvolvimento e aplicação do estado de direito em matéria de ambiente; e promover o papel do direito do ambiente no contexto de uma governação

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (1972), *Declaração de Estocolmo*. Conferência das Nações Unidas Sobre Ambiente Humano. Estocolmo.

2 Veja-se, sobre a criação do PNUMA <https://www.unep.org/environmental-moments-unep50-timeline#:~:text=Founded%20in%201972%20following%20the,to%20the%20world's%20environmental%20challenges>. Acedido a 21 de Maio de 2024.

ambiental eficaz^{3 4}.

Em Junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, teve lugar a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, a qual, entre diversos e importantes resultados, culminou na histórica Declaração do Rio⁵, bem como na aprovação da Agenda 21, a qual contempla um capítulo inteiramente dedicado à promoção do ensino, da conscientização e do treinamento. Entre os objectivos definidos para esta área, temos o de “promover a integração de conceitos de ambiente e desenvolvimento, inclusive demografia, em todos os programas de ensino, em particular a análise das causas dos principais problemas ambientais e de desenvolvimento em um contexto local, recorrendo para isso às melhores provas científicas disponíveis e a outras fontes apropriadas de conhecimentos, e dando especial atenção ao aperfeiçoamento do treinamento dos responsáveis por decisões em todos os níveis”⁶.

Um papel muito importante tem vindo a ser desempenhado pela União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), fundada em 1948, com sede em Gland, na Suíça, instituição que reúne os governos e a sociedade civil com um objectivo: promover o desenvolvimento sustentável e criar um mundo justo que valorize e conserve a natureza⁷. Uma das seis comissões da IUCN é precisamente a Comissão Mundial de Direito do Ambiente⁸, uma rede global de mais de 1200 peritos em direito e política ambiental de todas as regiões do mundo a trabalhar actualmente em 8 áreas temáticas, designadamente: biodiversidade, mudanças climáticas, início de carreira, ética, oceanos, paz, segurança e conflitos, solos e agricultura sustentável, água e zonas húmidas⁹

3 Veja-se, para mais desenvolvimentos: <https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/promoting-environmental-rule-law-1> Acedido a 21 de Maio de 2024.

4 Em Março de 2019, a Assembleia das Nações Unidas para o Ambiente adoptou o Quinto Programa de Montevideu para o Desenvolvimento e Revisão Periódica do Direito do Ambiente, cobrindo o horizonte temporal de Janeiro de 2020 a Dezembro de 2029.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (1992), *Declaração do Rio*. Conferência das Nações Unidas Sobre Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro.

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (1992), *Agenda 21*, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados Centro de Documentação e Informação Coordenação de Biblioteca, Brasília Brasil, p. 430.

7 <https://www.iucn.org/our-union> Acedido a 22 de Maio de 2025.

8 A Comissão Mundial de Direito do Ambiente começou a funcionar como comité em 1960, por decisão da Sétima Assembleia Geral da UICN (o órgão de direção geral de todos os membros da UICN).

9 Veja-se <https://www.iucn.org/our-union/commissions/iucn-world-commission-environmental-law-2021-2025#overview> Acedido a 22 de Maio de 2024.

Em termos de mandato, compete a esta comissão, assegurar, através do Estado de direito ambiental, a valorização adequada, a conservação, a recuperação e a utilização sustentável da natureza através de mudanças transformadoras nos sectores jurídico, político, tecnológico, social, financeiro e económico¹⁰.

O Direito do Ambiente conquista assim a autonomia científica, surgindo como novo ramo do saber jurídico, passando a ser objecto de ensino, investigação e extensão em diversas instituições de ensino superior e pesquisa pelo Mundo fora, sendo definido, por Carla Amado Gomes, como o ramo do Direito que tem por objectivo a prevenção, inibição e responsabilização de condutas que afectem grave e irreversivelmente a qualidade de elementos da natureza especialmente merecedores de protecção em atenção ao seu potencial de factores de equilíbrio para o ecossistema¹¹.

10 <https://www.iucn.org/our-union/commissions/iucn-world-commission-environmental-law-2021-2025#overview> Acedido a 22 de Maio de 2024.

11 GOMES, Carla Amado, (2018), *Introdução ao Direito do Ambiente*, 3.ª Edição, AAFDL, Lisboa.

II. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO AMBIENTE NO ENSINO EM MOÇAMBIQUE

A. Os primeiros passos rumo à consagração do Direito do Ambiente

A Constituição da República de Moçambique de 1990 deu um passo bastante importante na construção das fundações da ordem jurídico-ambiental em Moçambique. Nesse sentido, foi consagrado o direito ao ambiente equilibrado (artigo 72.º) e atribuída ao Estado um papel de protecção do ambiente (artigo 37.º).

Pelo Decreto Presidencial n.º 2/92 de 3 de Junho foi criada a Comissão Nacional do Meio Ambiente (CNA), instituição pública dotada de autonomia administrativa e financeira, subordinada ao Conselho de Ministros, responsável, designadamente, por coordenar e dinamizar actividades no domínio do ambiente, promover a gestão racional dos recursos naturais do país, fomentar a interdisciplinaridade e a sensibilização do público¹².

Um dos importantes feitos da CNA foi a elaboração do Programa Nacional de Gestão Ambiental, aprovado em 1994¹³, a qual, entre outros aspectos, recomendou a criação de uma nova entidade governamental para coordenar a área do ambiente, dotada de um mandato mais forte e de recursos adequados, bem como a adopção de uma Lei-quadro sobre ambiente, “que aborde as questões ambientais no seu todo e impulse a elaboração e a aplicação de regulamentos específicos”¹⁴.

A Comissão veio a ser extinta pelo Decreto Presidencial n.º 2/94, de 21 de Dezembro, que também criou o Ministério para a Coordenação da Acção Ambiental (MICOA), como órgão governamental responsável pela tutela a área do ambiente. Segundo o artigo 2.º do Estatuto Orgânico do MICOA, aprovado pela Resolução n.º 16/2009, de 5 de Agosto, competia a este órgão, entre outras: preparar políticas de desenvolvimento sustentável e a correspondente legislação, e coordenar a sua implementação pelos diferentes sectores; capacitar os diversos sectores, de modo a incluírem e observarem princípios ambientais nas suas actividades, projectos e programas de trabalho; normar, regular e

12 Esta Comissão herdou os recursos humanos, financeiros e patrimoniais da então Divisão do Meio Ambiente do Instituto Nacional de Planeamento Físico (INPF), nos termos da norma transitória (artigo 13.º) do Decreto Presidencial n.º 2/92 de 3 de Junho.

13 COMISSÃO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, (1994), *Plano Nacional de Gestão Ambiental*, Maputo.

14 *Idem*, p. 17.

fiscalizar, através de mecanismos legais apropriados, todas as actividades relacionadas com a exploração dos recursos naturais.

Em 1995, foi aprovada a Política Nacional do Ambiente (PNA), por via da Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto, tendo como objectivos: assegurar uma qualidade de vida adequada para os cidadãos; assegurar a gestão dos recursos naturais e do ambiente em geral, de modo que mantenham a sua capacidade funcional e produtiva para as gerações presentes e futuras; desenvolver uma consciência ambiental da população, para possibilitar a participação pública na gestão ambiental; assegurar a integração de considerações ambientais na planificação económica; promover a participação da comunidade local na planificação e tomada de decisões sobre o uso dos recursos naturais; proteger os ecossistemas e os processos ecológicos essenciais; integrar os esforços regionais e mundiais na procura de soluções para os problemas ambientais¹⁵. Entre os diversos aspectos tratados pela PNA, destaque para o desenvolvimento do quadro institucional, com enfoque no papel do MICOA, o quadro legal (prevendo a elaboração de uma Lei do Ambiente), a formação de profissionais ambientais e a cooperação internacional¹⁶.

A partir de 1996 tem início um Projecto de Reforma Legal (PRL), apoiado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUD/PNUA), para reforçar todo um trabalho que vinha sendo desenvolvido nesta perspectiva¹⁷. Para a realização deste Projecto, o MICOA constituiu três grupos de trabalho, designadamente: (i) crimes ambientais, auditoria e inspecção ambiental; (ii) importação e exportação de lixos perigosos; prevenção da emissão de gases com efeito de estufa e destruidores da camada do ozono; (iii) critérios para a criação e gestão de áreas de protecção ambiental, prevenção da poluição marinha e costeira¹⁸.

15 Cf. Ponto 2.1. da Política Nacional do Ambiente.

16 Parte II da Política Nacional do Ambiente.

17 CUNHA, Fernando Fidalgo, (2000), "Redacção Normativa e o Direito do Ambiente: a experiência de Moçambique", *Direito do Ambiente e Redacção Normativa: teoria e prática nos países lusófonos* (Maurício Cysne e Teresa Amador, Eds.), Estudo de Política e Direito do Ambiente da IUCN, n.º 42, Gland, Suíça, Cambridge, Reino Unido e Bona, Alemanha IUCN.

18 Em resultado foram produzidos os seguintes anteprojectos: Lei dos Crimes contra o Ambiente; Decreto relativo à Auditoria Ambiental; Decreto relativo à Inspecção Ambiental; Decreto relativo ao Sistema de Protecção e Controlo da Qualidade do Ar; Decreto relativo à utilização de Substâncias Destruidoras da Camada de Ozono; Decreto sobre Emissão de Gases de Escape por Veículos com Motor; Decreto relativo à Gestão de Resíduos; Decreto relativo à Fiscalização e Controlo das Transferências de Resíduos Perigosos; Decreto relativo à Gestão de Resíduos Urbanos; Diploma Ministerial conjunto que aprova o Regulamento sobre o Tratamento de Lixos Hospitalares; Decreto que fixa os Critérios para a Criação de Áreas de Protecção Ambiental; Decreto que aprova o Regulamento de Prevenção e

Entre os dias 14 e 24 de Abril de 1997, foi realizado um curso sobre Direito do Ambiente, co-organizado pelo MICOA e o PNUMA, nas instalações do Instituto Nacional de Investigação Agrária (INIA), em Maputo, tendo como beneficiários licenciados em Direito dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP's), com o objectivo de capacitar profissionais num domínio novo da ciência jurídica, promover o intercâmbio de informações e experiências e relação aos processos legislativos em curso nos países participantes¹⁹. A Faculdade de Direito da UEM contou com dois docentes na lista de participantes de tão importante acção, designadamente os Drs. Fernando Cunha²⁰ e Conceição Faria²¹, que seriam determinantes para o processo dinamização de uma disciplina de Direito do Ambiente na mais antiga escola de direito do País²².

Em 1997, deu-se a aprovação da Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro, a Lei do Ambiente, que tem como objecto, segundo o artigo 2, “a definição das bases legais para uma utilização e gestão correctas do ambiente e seus componentes, com vista à materialização de um sistema de desenvolvimento sustentável no país”. Esta Lei contou com um importante apoio da Organização das Nações Unidas, principalmente através do Programa Mundial para a Protecção do Ambiente (UNEP) e do Programa Mundial para a Agricultura e Alimentação (FAO).

Um marco importante teve lugar em Maputo, nos dias 22 a 28 de Outubro de 2005, com a realização de um Curso de Direito Ambiental para os Países Lusófonos da África, dirigido a docentes e juristas da área do direito do ambiente, organizado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), e que contou com a facilitação de um dos maiores nomes do Direito brasileiro do ambiente, António Herman de Vasconcellos e Benjamin²³.

Controlo da Poluição Proveniente de Navios.

- 19 CUNHA, Fernando J., (1997), “Direito do Ambiente em Moçambique”, *Revista Jurídica*, Vol. II, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, 1997.
- 20 Um dos docentes mais activos na iniciativa de debater o emergente Direito do Ambiente a nível nacional foi o dr. Fernando Cunha, ex. Magistrado do Ministério Público, docente universitário, formador do Centro de Formação Jurídica e Judiciária e consultor jurídico-ambiental.
- 21 A Mestre Conceição Faria, docente na Faculdade de Direito da UEM, foi responsável pela criação do Pro Ambiente, núcleo de estudos sobre o Direito do Ambiente, o qual teve um papel importante no nascimento da disciplina nesta unidade orgânica.
- 22 Um dos docentes mais activos na iniciativa de debater o emergente Direito do Ambiente a nível nacional foi o dr. Fernando Cunha, ex. Magistrado do Ministério Público, docente universitário, formador do Centro de Formação Jurídica e Judiciária e consultor jurídico-ambiental.
- 23 Jurista, magistrado e professor universitário de diversas instituições do Brasil e exterior,

B. O papel do Centro de Formação Jurídica e Judiciária

Por via do Decreto n.º 34/97, de 21 de Outubro, foi criado o Centro de Formação Jurídica e Judiciária (CFJJ), instituição subordinada ao Ministério que superintende a área da justiça, tendo como mandato inicial a formação, a capacitação e a qualificação profissional nomeadamente, de magistrados judiciais e do ministério público, conservadores, notários, assistentes jurídicos e outros quadros do sector judiciário²⁴. O CFJJ iniciou as suas actividades em 2000, tendo a segunda formação sido a realização do I Curso de Formação Inicial de Magistrados Judiciais e do Ministério Público, no qual participaram 18 candidatos, em acção em formato piloto (3 meses de duração)²⁵. O primeiro programa incluiu nove áreas temáticas, entre as quais a área dos Interesses Difusos e Colectivos, designação que veio a ser substituída pela Jurisdição do Ambiente e dos Recursos Naturais no II Curso de Formação Inicial de Magistrados Judiciais e do Ministério Público, que decorreu no ano de 2001, no formato normalizado de 9 meses de duração (2 semestres e um período de estágio nos tribunais e procuradorias).

Em 2001 inicia uma parceria de duração prolongada entre o CFJJ e a FAO, incluindo a implementação de 4 projectos ao longo do tempo, com apoio financeiro da Embaixada do Reino dos Países Baixos e, no final, da Embaixada Real da Noruega. Na fase de arranque, esta parceria teve como finalidade inicial de contribuir para a disseminação da nova legislação do ambiente, da terra e de florestas e fauna bravia no judiciário. Entre as principais componentes do primeiro projecto, destaque para a elaboração de manuais, de legislação comentada e de colectâneas de legislação, da realização de cursos de capacitação de juizes e procuradores e da realização de um estudo sobre

sendo actualmente Ministro do Supremo Tribunal de Justiça e Director da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN). Foi um dos elaboradores do Código de Defesa do Consumidor e da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (Lei n.º 9.605/98).

24 O mandato do CFJJ foi revisto por via do Decreto n.º 55/2021 de 30 de Julho, uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, que goza de autonomia científica, pedagógica, disciplinar, administrativa e patrimonial, tem como objecto a formação profissional, que abrange a formação inicial, respectivos processos e procedimentos de admissão no âmbito do recrutamento e selecção dos candidatos aos cursos para o ingresso nas diversas carreiras do Sector de Administração da Justiça, bem como a formação contínua, nos termos a regulamentar (Cf. Artigo 1, n.ºs 1 e 2 do Decreto n.º 55/2021 de 30 de Julho).

25 Informações colhidas pelo autor durante a sua experiência de trabalho no CFJJ entre 2000 e 2014.

conflitos ambientais, de terra e de florestas e fauna bravia²⁶.

Nota importante para a participação, como consultor contratado pela FAO, do advogado especializado em causas ambientais, Doutor Ivon Pires²⁷, da República Federativa do Brasil, com o qual o CFJJ trabalhou no desenho do primeiro plano temático de ensino do direito do ambiente, que se revelou fundamental para a elaboração do índice da primeira edição do Manual de Direito do Ambiente e dos programas de formação inicial e de capacitação. Este plano foi fundamentalmente baseado na estrutura da Lei do Ambiente de 1997, assumindo um formato o mais simples, pragmático e eficiente que foi possível concretizar.

No domínio dos instrumentos pedagógicos que foram produzidos para a área do ambiente, destaque para o Manual de Direito do Ambiente, que conheceu 2 edições (2003 e 2008), da Lei Comentada do Ambiente da autoria de Alda Salomão e da Lei Comentada de Florestas e Fauna Bravia (2006) da autoria de Carlos Serra e Jorge Chicue e da Colectânea de Legislação do Ambiente, com 4 edições, organizado por Carlos Serra.

Ao longo dos anos seguintes, foram realizados cursos de capacitação para juizes e procuradores no activo, bem como, a partir do segundo projecto de cooperação, capacitações para os actores chave distritais (juizes, procuradores, comandantes da PRM, administradores distritais), para paralegais e para administradores de parques nacionais²⁸.

Paralelamente, e com apoio da experiência acumulada no programa acima referido e respectivos materiais pedagógicos produzidos, deu-se seguimento à área temática da Jurisdição do Ambiente e dos Recursos Naturais (JARN) na formação inicial de magistrados. Um dos aspectos marcantes nas capacitações e formações iniciais de magistrados foi a adopção de uma abordagem eminentemente teórico-prática, assente na utilização de metodologias como o estudo de caso, o trabalho em grupo, o debate e a visita de estudo. Em relação a esta última, destaque para as visitas de estudo a áreas de conservação (como foram os casos da então Reserva Especial de Maputo²⁹ e do

26 SERRA, Carlos (2012), (NOME DO ARTIGO), *Edição Comemorativa 10 Anos do Centro de Formação Jurídica e Judiciária*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo.

27 Ivon Pires, Doutoramento em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Virgínia (EUA), consultor internacional pela FAO, Banco Mundial e UNEP, com ampla experiência em processos de elaboração de legislação ambiental no Brasil e no Mundo.

28 Informações colhidas pelo autor durante a sua experiência de trabalho no CFJJ entre 2000 e 2014.

29 Pelo Decreto n.º 100/2021, de 31 de Dezembro, foi criado o Parque Nacional de Maputo, localizado na província de Maputo, que resultou a integração dos territórios pertencentes à Reserva Especial de Maputo e à Reserva Marinha Parcial da Ponta do Ouro.

Parque Nacional da Gorongosa³⁰), a instalações fabris, a ecossistemas sensíveis (incluindo mangais, zonas húmidas, praias) e a lixeiras a céu aberto, como forma dos formandos tomarem contacto com a realidade, assumirem importância das questões e desafios ambientais e aplicarem o Direito aos factos.

Em relação aos candidatos às carreiras da Magistratura Judicial e do Ministério Público, a visita foi acompanhada pela atribuição de um exercício prático caracterizado pela elaboração de uma peça processual, designadamente uma petição de uma acção ou providência cautelar junto da jurisdição comum ou de uma acção, recurso ou meio acessório no acesso à justiça administrativa, em alternativa ao relatório clássico que os formandos teriam de elaborar em situações correntes.

Mais recentemente, em Janeiro de 2017, com apoio da UNEP, directores de vários Institutos ou Centros de Formação Jurídica e Judiciária de África, Magistrados e parceiros participaram num colóquio em Joanesburgo, subordinado ao lema Integração da formação ambiental nas escolas de formação judiciária em África³¹. O resultado deste encontro foi um judiciário informado sobre a importância da formação em direito ambiental e o culminar do Plano de Acção de Joanesburgo sobre Direito Ambiental como uma acção-chave para apoiar os países a integrarem a formação ambiental nas instituições de formação judiciária como parte integrante dos currículos, o que deve ser feito de forma sustentável³². Nesse sentido, o CFJJ avançou para a reformulação e actualização do respectivo programa curricular no domínio do Direito do Ambiente, bem como para a produção de um Manual para ser aplicado nas formações³³.

30 Neste Parque, em 2006, na sequência das visitas de estudo realizadas ao longo dos anos e dos contactos havidos com as autoridades responsáveis pela conservação, veio a ter lugar um curso de capacitação de administradores de parques e reservas e pessoal sénior da fiscalização no uso da legislação do ambiente e recursos naturais, o qual contou com a presença do juiz presidente do Tribunal Judicial da Gorongosa, com o quem foi possível criar um canal de diálogo essencial para a boa interpretação e aplicação da lei e administração da justiça, especialmente no caso de detenção em flagrante delito de caçadores, operadores madeireiros, pescadores e garimpeiros furtivos.

31 https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/25777/symposium_magistrats_africains_PT.pdf?isAllowed=y&sequence=3

32 UNEP (2020), *Strengthening Institutional Capacity of Countries in Environmental Law through Training, Sharing Expertise and Legal Guidance Materials* (SICCEL), Nairobi. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35319/01680_2020_te_unep_speg_strength_inst_cap_env_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

33 Para mais desenvolvimentos, veja-se <https://cfjj.gov.mz/>.

C. As instituições timoneiras ao nível do ensino superior de Direito

Em 2002, o Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique (ISCTEM) iniciou a operacionalização de um novo plano curricular para a Licenciatura em Direito, no qual passou a constar a disciplina de Direito do Ambiente e do Urbanismo³⁴.

O ISCTEM tornou-se assim a primeira instituição de ensino superior a leccionar uma disciplina de Direito do Ambiente, contudo fê-lo através de uma opção arrojada e complexa, dado ter integrado a temática do Direito do Urbanismo, a qual possui natureza, objecto, princípios e institutos específicos, merecedores de autonomização. Na realidade, juntando-se numa única disciplina dois mundos jurídicos, como são os do Direito do Ambiente e do Direito do Urbanismo, não obstante os pontos de convergência (que são vários), gera-se uma enorme dificuldade de operacionalização ao nível do programa, colocando nos docentes a responsabilidade de optar ou por uma abordagem generalista e superficial, de forma a abranger os principais conteúdos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo, ou deliberadamente sacrificar uma das duas temáticas, como tem vindo a acontecer com as matérias de urbanismo.

No mesmo ano, a Faculdade de Arquitectura e Planeamento Físico da Universidade Eduardo Mondlane (FAPF) passou a leccionar a disciplina anual de Legislação e Gestão da Cidade e do Território, que incluía, entre outras matérias, o estudo da legislação do ambiente. Com a reforma curricular ao nível de toda a UEM e a redução no tempo das licenciaturas, o novo programa curricular da FAPF, a disciplina acima referida deu lugar, a partir de 2011, a duas disciplinas semestrais, designadamente a Legislação para o Planeamento e Ordenamento do Território e o Direito do Urbanismo e da Construção, sendo que nesta última é abordada a legislação do ambiente.

D. A Introdução do Direito do Ambiente da Universidade Eduardo Mondlane e o respectivo papel catalisador

Com um forte apoio do então Núcleo do Ambiente, liderado pela Mestre Conceição Faria, foi incluída a disciplina de Direito do Ambiente no plano de estudos da Licenciatura em Direito que passou a vigorar a partir do ano de 2004.

³⁴ Informação obtida pelo autor com base na sua experiência como docente convidado no ISCTEM desde 2002.

A disciplina inspirou-se fundamentalmente na estrutura simplificada da Lei do Ambiente, a partir da experiência do programa de formação inicial de magistrados em curso no CFJJ, tendo incluído algumas componentes práticas, com destaque para o jogo de papéis, o trabalho em grupo, o estudo de caso e a visita de estudo. Nos primeiros anos, como âmbito geográfico das visitas de estudo, foi escolhido o bairro da Costa do Sol, incluindo a observação de problemas como a degradação do mangal, a poluição, o desordenamento do território, a erosão costeira ao longo da frente costeira, bem como a diversidade de ecossistemas e espécies marinhas e costeira e de paisagens de cenário único. Toda a visita de estudo implicava necessariamente a obrigação para o estudante de redigir um relatório, no qual se avaliava a capacidade de aplicar o direito aos factos observados. Anos mais tarde, seguiram-se as visitas aos mangais e salinas de Lígamo, no Município da Matola, com características similares às acima descritas. A partir de 2022 o âmbito geográfico eleito passou a ser a Localidade da Praia da Macaneta, no qual os estudantes têm contacto com uma das maiores diversidades de ecossistemas da região, bem como com diversos problemas e ameaças ambientais (designadamente condução na praia, construções ilegais em ecossistemas sensíveis, poluição por resíduos, derruba de floresta nativa, caça e pesca furtiva).

Em 2005, uma iniciativa do Núcleo de Estudantes de Direito desta instituição resultou na publicação de uma obra intitulada *Direito do Ambiente – Contributos para Reflexão*, e que juntou um conjunto de autores, entre docentes e recém-licenciados em Direito, os quais contribuíram com os respectivos trabalhos de fim de curso na área do Direito do Ambiente³⁵.

Em 2002, a disciplina de Direito do Ambiente e dos Recursos Naturais integrou igualmente o plano do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas, co-organizado pela Faculdade de Direito da UEM e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Em 2020, foi criado o Centro de Direito do Ambiente, da Biodiversidade e da Qualidade de Vida (CEDAB) na Faculdade de Direito, que passou a desempenhar um papel importante nos domínios da investigação e extinção nas diversas temáticas jurídico-ambientais, incluindo a organização de eventos científicos, o acompanhamento de trabalhos de curso, a realização de acções com relevância para a cidadania ambiental, entre outras. O CEDAB lançou, no primeiro ano de existência, um programa de apoio à investigação no Direito à Cidade, incluindo uma forte abordagem de direitos ambientais e divulgação da diversa legislação ambiental aprovada a nível nacional e municipal.

35 SERRA, Carlos (Coordenação), (2005), *Direito do Ambiente - Contributos para Reflexão*, Núcleo de Estudantes de Direito da UEM, Maputo.

O ensino da disciplina de Direito do Ambiente na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane tem vindo a evoluir pontualmente ao longo dos anos, procurando acompanhar a dinâmica legislativa e a problemática ambiental global e nacional.

E. A massificação do ensino de Direito do Ambiente

Nos anos seguintes, diversas Instituições do ensino superior introduziram disciplinas de Direito do Ambiente nos cursos de Licenciatura em Direito, como foram os casos, no ensino privado, da Universidade Católica de Moçambique (UCM), da Universidade Politécnica (A POLITÉCNICA), da Universidade Técnica de Moçambique (UDM), da Universidade São Tomás de Moçambique (USTM) e da Universidade Aquila (UNAQ), e, no ensino público, da Universidade Zambeze (UniZambeze), na Universidade Save (UniSave), da Universidade Púnguè (UniPúnguè), da Universidade Licungo (UniLicungo)³⁶.

No leque de institutos superiores, a disciplina de direito do Ambiente consta no plano curricular do curso de Direito do Instituto Superior Monitor.

Na linha do ISCTEM, temos a disciplina de Direito do Ambiente e Urbanismo no plano de estudos da Licenciatura em Direito na Universidade Wutivi (4º Ano – Variante 2 – Ciências Jurídico-Políticas) e no curso de Direito do Instituto Superior de Ciências e Educação à Distância – ISCED (2.º Ano).

Note-se que, até à data da publicação do presente artigo, não nos foi possível obter, ao nível das respectivas páginas de Internet, as informações completas sobre todas as instituições de ensino superior em Moçambique no tocante aos programas curriculares, facto que revela, de per si, uma fragilidade estrutural que em nada abona para a imagem do ensino superior no seu todo, numa era caracterizada pelo desenvolvimento tecnológico exponencial.

Coloca-se a questão de saber como o ensino de Direito do Ambiente tem vindo a ser conduzido em cada uma das instituições de ensino superior, aspecto que deveria ser objecto de pesquisa autónoma no futuro.

36 Veja-se <https://www.mctes.gov.mz/lista-das-instituicoes-do-ensino-superior-ies-publicas-e-privadas-em-funcionamento/> Acedido a 28 de Maio de 2024.

III. OS DESAFIOS DE ADEQUAÇÃO A UMA REALIDADE AMBIENTAL E CLIMÁTICA EM EBULIÇÃO

Uma dos aspectos essenciais a considerar no desenho e na operacionalização de um plano curricular da disciplina de direito do ambiente consiste na capacidade de adequação a uma realidade em profunda ebulição, traduzida na enorme complexidade, profundidade e celeridade dos fenómenos ambientais e climáticos.

Para o efeito, constituem desafios a considerar no domínio do ensino do Direito do Ambiente em Moçambique os seguintes:

A. Definição do objecto e do âmbito

O sucesso na construção e implementação de um plano curricular de Direito do depende da definição do objecto e do âmbito, incluindo a selecção e arrumação lógica, equilibrada e pertinente dos conteúdos a tratar.

Como defende Heidi Gorovitz Robertson, para discutir os métodos de ensino do direito do ambiente é fundamental compreender os diferentes objectivos que os professores de Direito do Ambiente procuram atingir. Como em todos os cursos da Faculdade de Direito, há muitas formas de abordar o ensino do Direito do Ambiente. Estes objectivos são fundamentais para a discussão e avaliação dos métodos para melhorar o ensino do direito do ambiente e têm sido pouco claros ao longo do desenvolvimento do direito do ambiente como disciplina³⁷.

Para Rob Fowler et al, o âmbito de um curso de direito do ambiente depende essencialmente de dois factores: Em primeiro lugar, a finalidade e os objectivos identificados para o curso que podem influenciar a medida em que o curso envolve uma análise de uma vasta gama de legislação ambiental e, em segundo lugar, a identificação das leis que se inserem no âmbito deste domínio do direito³⁸.

Segundo Hanna Audze, a educação jurídica ambiental deve ter por

37 ROBERTSON, Heidi Gorovitz, (1998), "Methods for Teaching Environmental Law: Some Thoughts on Providing Access to the Environmental Law System". *Journal of Environmental Law*, 237, Law System, 23 Columbia.

38 FOWLER, Rob et al (2021), "From 'marginality' to 'mainstream': the evolution of teaching and learning in environmental law", *Teaching and Learning in Environmental Law Pedagogy, Methodology and Best Practice*, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

objectivo preparar as pessoas para a vida num tipo de sociedade inovadora. Para atingir este objectivo da educação jurídico-ambiental, devemos reorientar-nos para formar uma cultura humana ecológica e jurídica e um tipo de pensamento jurídico eco-inovador e uma vontade de acção ambiental e jurídica inovadora. A solução bem-sucedida deste e de outros desafios exige uma base científica, incluindo a ciência do direito ambiental³⁹.

Segundo Nicole Graham, os professores e os estudantes de Direito do século XXI terão apoiado a mudança, desaprendendo a lógica abstracta e a estrutura dicotómica das leis inerentes às economias de crescimento infinito e, em seu lugar, alinharam a lógica e a estrutura do Direito com os seus limites terrenos⁴⁰.

Importa considerar na definição do âmbito e dos objectivos da disciplina de Direito do Ambiente, o tipo de curso em que aquela se encontra integrada, quer em termos de grau (graduação ou pós graduação) quer de matéria (trata-se de um curso de Direito ou de um curso não jurídico para a qual é requerida o conhecimento da legislação do ambiente).

O nível de tratamento, complexidade e profundidade deverão necessariamente variar consoante os casos, pelo que, por exemplo, um foco nos aspectos mais generalistas do Direito do Ambiente poderá ter lugar nos cursos de graduação, com maior desenvolvimento no caso do Direito relativamente aos demais cursos; colocando-se nos cursos de pós graduação o tratamento e aperfeiçoamento de temáticas específicas, como são os casos do Direito Internacional do Ambiente, do Direito da Conservação da Biodiversidade, do Direito do Clima, do Direito dos Recursos Naturais, entre outros⁴¹.

B. Selecção e preparação do corpo docente

A realidade dos últimos anos tem mostrado uma ausência de preparação prévia ou mesmo de especialização do corpo docente que tem intervindo na disciplina de Direito do Ambiente nas diversas instituições de ensino superior no País.

39 AUDZE, Hanna (2019), "The Role of Environmental Law Education for Sustainable Development", *European Journal of Sustainable Development*, 8, 3, 79-84, ISSN: 2239-5938.

40 GRAHAM, Nicole (2021), "Learning sacrifice: legal education in the Anthropocene", in. *From Environmental to Ecological Law*, Edited by Kirsten Anker, Peter D. Burdon, Geoffrey Garver, Michelle Maloney and Carla Sbert, Routledge Explorations in Environmental Studies, Routledge, London and New York.

41 Veja-se ROBERTSON, Heidi Gorovitz (2021), "Strategies and Techniques for Teaching Environmental Law", *Law Faculty Books*. 59. https://engagedscholarship.csuohio.edu/fac_books/59

Na maior parte dos casos, os docentes são recrutados sem o preenchimento de critérios de aprendizado e experiência profissional na área do ambiente, isto sem descurar a importância de aqueles possuírem um nível acadêmico acima da licenciatura, aspecto que tem vindo a ser descurado em diversas instituições de ensino superior pelo País fora.

Os docentes podem vir a ser seleccionados entre os melhores estudantes que frequentaram a disciplina durante a Licenciatura, que tenham escolhido um tema para a dissertação em Direito do Ambiente, que possuam uma pós-graduação com relevância para a área ou que possuam experiência prática no uso da legislação do ambiente.

Além disso, torna-se efectivamente fundamental investir na realização de cursos de formação de docentes de Direito do Ambiente, com enfoque duplo, tendo uma vertente direccionada para os aspectos pedagógicos e metodológicos, e uma dimensão substantiva ou material, reflectida no tratamento das principais temáticas e conteúdos jurídico-ambientais.

Uma das características fundamentais que um docente de Direito do Ambiente deve ter é a sua capacidade de motivar os estudantes para o assumir da seriedade e gravidade dos problemas e desafios ambientais, da importância dos princípios e normas jurídico-ambientais e da consequente importância da efectiva implementação. Como afirmam Lynda Collins and Brandon D. Stewart, "Enquanto professores de Direito interessados na sustentabilidade, uma das nossas funções mais importantes é educar e motivar a próxima geração de defensores do ambiente e decisores ambientais. Em particular, devemos esforçar-nos por criar advogados e decisores políticos eficazes no domínio do ambiente"⁴². Para o efeito, conforme veremos abaixo, uma atenção especial deve ser concedida às técnicas e métodos de ensino, as quais deverão reflectir a natureza, objecto e funções do Direito do Ambiente.

Urge igualmente equacionar a preparação de um Mestrado em Direito do Ambiente (quicá aberto ao Direito dos Recursos Naturais), de forma a preencher as necessidades de especialização não somente dos diversos docentes que têm vindo a intervir na disciplina nas diversas instituições de ensino superior, mas também dos mais diversos profissionais do Direito, como advogados, consultores, juizes e procuradores e demais juristas.

42 COLLIN, Lynda and STEWART, Brandon D. (2021), "Engendering hope in environmental law students", *Teaching and Learning in Environmental Law Pedagogy, Methodology and Best Practice*, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

C. Interdisciplinaridade

Para o efeito, urge considerar que uma das principais características do Direito do Ambiente é a interdisciplinaridade⁴³, ou seja, no sentido de recorrer aos conhecimentos das restantes ciências ou áreas do saber, nomeadamente: a economia, a sociologia, a geografia, a demografia, a história, a química, a física, a biologia, a geologia, a ecologia, entre outras⁴⁴. Conforme Fernando Condeso, trata-se de um direito de base e terminologia científica, o que força a sua nota de direito experimental e revisível por natureza (dado o aprofundamento contínuo dos conhecimentos sobre ecologia e das tecnologias para responder aos vários problemas) e pelas limitações da sua concretização⁴⁵.

A interdisciplinaridade está expressamente patente no texto da principal legislação do ambiente, considerando o teor de alguns dos conceitos definidos na Lei do Ambiente e conseqüente regulamentação, os quais pressupõem a abertura interdisciplinar dos profissionais do Direito. Por seu turno, para compreender determinados fenómenos ambientais, importa necessariamente apelar ao conhecimento de outras ciências fora do mundo jurídico, essenciais para a assimilação do significado, causas e efeitos dos mesmos⁴⁶. O docente de Direito do Ambiente deverá saber dialogar com as diferentes ciências, inteirar-se sobre o papel dos diversos saberes no processo de construção do ordenamento jurídico-ambiental, bem como na compreensão dos mais diversos problemas e desafios de natureza ambiental⁴⁷. Não se quer com isto advogar que o profissional de Direito do Ambiente deva necessária e obrigatoriamente formar-se ou dominar, a sua plenitude, complexidade e profundidade, as mais diversas matérias-chave das demais ciências que alimentam o ordenamento jurídico-ambiental, mas sim ter presente sempre a relação dialéctica existente, incluindo a razão de ser dos diversos princípios, normas e institutos jurídicos, nascidos com apoio do saber e conhecimento científico produzidos pelas academias, instituições/centros de pesquisa e investigadores de todo o Mundo. Claro que a leitura adicional de alguns livros, artigos, estudos e relatórios de natureza científica constituem uma mais-valia para o desempenho do docente

43 ROBERTSON, Heidi Gorovitz, (1998), *op. cit.*, pp. 256 – 260.

44 SERRA, Carlos, CUNHA, Fernando (2008), *Manual de Direito do Ambiente*, 2.ª Edição, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo, p. 118.

45 CONDESSO, Fernando dos Reis (2001), *Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, pp. 485 – 485.

46 *Idem*, p. 119.

47 Veja-se DIAS, José Eduardo Figueiredo (2007), *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos CEDOUA, CEDOUA, Almedina, Coimbra, pp. 15 – 16.

de Direito do Ambiente, incluindo a capacidade de interpretar e disseminar os mais diversos conteúdos da legislação internacional ratificada por Moçambique bem como aprovada pelos diversos órgãos nacionais e locais com competência legislativa.

Parafraseando Paulo de Bessa Antunes, “em matéria de Direito Ambiental, as fronteiras entre os diversos sectores do conhecimento humano tornam-se cada vez menores. Na análise de uma medida a ser tomada pelo aplicador da lei e matéria ambiental, necessariamente, estão presentes considerações que não são apenas jurídicas, pois (...) é necessário que se observe critérios que não são apenas jurídicos”⁴⁸.

Para o efeito, o profissional do Direito deve assumir necessariamente uma postura aberta e interdisciplinar, sob pena de não conseguir compreender o objecto do seu estudo, incluindo, por exemplo, ter presente que a determinação e a avaliação dos danos no ambiente só é possível com recurso a uma série de conhecimentos que extravasam o mundo do Direito⁴⁹. Recomenda-se igualmente que os professores de Direito do Ambiente convidem outros profissionais ambientais para intervir nas aulas (teóricas e praticas) bem como em eventos científicos que venham a ter lugar na Academia, gerando e produzindo verdadeiros espaços de diálogo⁵⁰.

D. Métodos de ensino e aprendizagem

O Direito do Ambiente pressupõe igualmente um conjunto de desafios no plano metodológico, implicando necessariamente a capacidade de inovação, a criatividade e o domínio de abordagens pragmáticas, especialmente quando se considera o objecto propriamente dito da disciplina, baseado numa realidade material repleta de problemas ambientais para os quais se espera uma resposta de Direito, e não numa realidade hipotética ou mesmo abstracta, na qual docentes e alunos se posicionem em condição especial e temporal desfasada do ambiente em que se encontram inseridos⁵¹.

48 BESSA ANTUNES, Paulo (2004), *Direito Ambiental*, 7.ª Edição Revista, Ampliada e Actualizada, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 58.

49 DIAS, José Eduardo Figueiredo (2002), *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos CEDOUA, CEDOUA, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra, p. 14.

50 Veja-se PEREIRA, Vasco Pereira (2003), *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, pp. 44 – 55.

51 Veja-se, a este respeito, ROBERTSON, Heidi Gorovitz, “Strategies and Techniques for Teaching Environmental Law” (2021). *Law Faculty Books*. 59. https://engagedscholarship.csuohio.edu/fac_books/59.

O ambiente de que se trata na disciplina inicia no próprio universo onde o curso tem lugar, sendo que, nesse sentido, torna-se importante inculcar em cada estudante a capacidade de observação, interpretação e aplicação do Direito aos factos. Independentemente da discussão ao nível da opção por modelos metodológicos em cada instituição do ensino superior, no caso específico do Direito do Ambiente, a escolha de métodos de natureza activa, assentes na problematização da realidade a nível local, nacional e global, bem como na consciencialização dos estudantes para a importância da aplicabilidade das normas jurídico-ambientais às mais diversas situações fácticas em desconformidade com a lei.

Neste aspecto, veja-se a importância que a realização de uma visita de estudo a um local com interesse ambiental, prévia e devidamente organizada, no qual os estudantes possam ter contacto com aspectos positivos e negativos, incluindo infra-estruturas ou actividades erguidas não apenas em conformidade com a lei, como ainda dotadas de elementos de promoção ou valorização do ambiente, no primeiro caso, ou então construções erguidas em desconformidade com a lei em ecossistemas sensíveis, como dunas, mangais ou terras húmidas. Veja-se ainda, pela positiva, o caso de uma visita de estudo a um aterro sanitário ou a um aterro controlado, que estejam correcta gestão, em estrito cumprimento de princípios e normas de boa gestão ambiental, ou, pela negativa, uma visita a uma lixeira a céu aberto, onde os alunos têm contacto com um cenário de elevado impacto ambiental, incluindo poluição do ar decorrente da queima de resíduos, contaminação dos solos e dos aquíferos subterrâneos e disseminação de pragas, bem como uma dimensão humana extremamente complexa e delicada, devido à presença homens, mulheres e crianças em busca de algo que tenha valor para garantir a subsistência.

Regina Villas Bôas e Zeima Mori abordam as novas maneiras de ensino e aprendizagem no âmbito académico, partindo do pressuposto de que é emergente uma notória transformação cultural, notadamente das Instituições de ensino, dos docentes e dos discentes, em razão do crescimento tecnológico contemporâneo, tendo constatado que os modelos convencionais e tradicionais de exposição de aulas e de aplicação das avaliações realizados pelas Instituições, têm vindo a ser superados pelas metodologias activas, as quais objectivam agregar ao aluno conhecimento, domínio prático e desenvolvimento de habilidades para a sua futura integração no mercado de trabalho^{52 53}.

52 VILLAS BÔAS, Regina, MORI, Zeima (2015), *“Metodologias inovadoras: uma nova realidade que desafia a efetividade do direito social fundamental à educação e encontra limite na cidade inteligente (ideal)”*, Revista Jurídica, Volume 3, n.º 40, UniCuritiba, Curitiba.

53 Veja-se ainda SILVA, Vasco Pereira, (2006), *Ensinar Verde a Direito - Estudo de Metodologia*

Ben Boer analisa a metodologia activa no ensino de Direito do Ambiente com foco na utilização de pequenos grupos, com as vantagens de estimular intelectualmente os estudantes, o desenvolvimento de modos de disciplinados de pensamento e interação, bem como a consolidação de relações intelectuais mais estreitas entre os estudantes e entre estudantes e professores, a redução de espaços de autoritarismo do professor e dos alunos mais dominantes, um achatamento da hierarquia habitual entre professores e alunos e redução de sentimentos de frustração e alienação, especialmente para estudantes menos confiantes⁵⁴. Segundo este autor, “É importante que os estudantes tenham sido estimulados a refletir de forma mais ampla e profunda sobre o papel fundamental do direito do ambiente na resolução dos múltiplos problemas ambientais que o mundo enfrenta e que continuem entusiasmados com os possíveis papéis que podem desempenhar na resolução desses problemas”⁵⁵.

Karen Bubna-Litic traz-nos a sua experiência de ensinar Direito do Ambiente através das chamadas oficinas de ecologia profunda⁵⁶, baseadas nos princípios básicos da interconexão de todos os seres vivos e o reconhecimento do valor intrínseco da natureza, nos quais os alunos são conduzidos numa imersão de dois dias a um espaço natural, longe do centro urbano, e convidados a passar por uma experiência de contacto directo com o ambiente, em silêncio, incluindo um conjunto de obrigações e procedimentos, de forma a não apenas resgatarem os laços com a Natureza mas também compreenderem a importância das normas de protecção do ambiente⁵⁷.

Uma nota para a importância das clínicas jurídicas no apoio a organizações não-governamentais (como as associações de defesa do ambiente) ou a comunidades e pessoas desfavorecidas, como parte de uma

do Ensino do Direito do Ambiente (em ‘Ambiente de Bolonha’), Almedina, Coimbra. O autor procede à avaliação do impacto (do ensino do direito) ambiental de uma perspectiva metodológica, analisando tanto as condições internas como as externas da sua leccionação, dando particular destaque ao actual contexto de aplicação da Declaração de Bolonha.

54 BOER, Ben, (2021), “Teaching and Learning Environmental Law using Small Group Methods”, *Teaching and Learning in Environmental Law: Pedagogy, Methodology and Best Practice*, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

55 Idem, p. 12.

56 Tradução nossa a partir do termo *Deep Ecology Workshop*.

57 BUBNA-LITIC, Karen, (2021), “Bringing the ‘heart’ into environmental law teaching”, *Teaching and Learning in Environmental Law Pedagogy, Methodology and Best Practice*, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

estratégia de combinar o ensino e a extensão⁵⁸. Há aqui um importante espaço para apoio às diversas iniciativas de acesso à justiça, principalmente no contexto do processo de crescimento urbano em curso, no qual são cada vez mais os casos de poluição ou agressão ao ambiente.

Relativamente ao método do estudo de caso, veja-se que “O direito do ambiente, e todo o direito na verdade, é uma malha complexa de política, política e tensões económicas. Os estudantes farão bem em prestar muita atenção a cada um deles à medida que aprendem a navegar no mundo da prática jurídica. A resolução de problemas é difícil neste contexto. É difícil até dar prioridade aos problemas, quanto mais às soluções”⁵⁹.

E. Actualização permanente

O Direito do Ambiente requer uma capacidade de actualização permanente, de modo a acompanhar a evolução legislativa internacional, em contexto de contante produção de convenções, protocolos e acordos, em resposta aos processos negociais e consensos alcançados para fazer face aos mais diversos problemas e desafios ambientais que a ciência tem vindo rigorosa e sistematicamente a reportar⁶⁰.

Para o efeito, urge considerar a actualização a dois níveis: em primeiro lugar, nos conteúdos a tratar, adequando o programa curricular bem como o plano temático em relação aos desenvolvimentos registados no plano legislativo (internacional e nacional) e factual (considerando os avanços alcançados pela ciência, os fenómenos climáticos e ambientais, os sucessos e recuos na luta pela protecção e conservação do ambiente, etc.); e, em segundo lugar, na metodologia a utilizar, tendo presente a importância de inovar nas técnicas e métodos de ensino, para melhor motivar e preparar os alunos na aquisição de competências e implementação de conhecimentos.

Nesse sentido, urge trabalhar na realização de acções de capacitação regularmente, com vista a dotar o corpo de docentes de Direito do Ambiente dos mais recentes conhecimentos contributos provenientes da ciência ambiental, do direito internacional do ambiente e do direito nacional do ambiente. Por outro lado, há uma notória escassez de eventos científicos especializados, como congressos, conferências, seminários ou workshops, incluindo uma dimensão

58 Veja-se ROBERTSON, Heidi Gorovitz (1998), *op. cit.*, pp. 266 – 267.

59 ROBERTSON, Heidi Gorovitz, (2021), *op. cit.*, pp. 75 – 76.

60 Neste sentido, veja-se CONDESSO, Fernando dos Reis (2001), *Direito do Ambiente*, Livraria Almedina, Coimbra, Junho, 2001.

de intercâmbio e diálogo com profissionais do Direito do Ambiente de escolas estrangeiras.

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

O ensino de Direito do Ambiente assume uma especial relevância em Moçambique, como um dos países africanos mais vulneráveis aos mais diversos fenómenos ambientais e climáticos, e sobre uma demanda crescente sobre os diversos recursos naturais existentes, aspecto que coloca importantes desafios no campo da implementação do quadro jurídico-ambiental nacional e internacional em vigor no País.

A seguir à aprovação da Lei do Ambiente (1997), passos foram dados na construção de um programa curricular para o ensino do Direito do Ambiente, e que teve o CFJJ e a Academia como actores chave na formação de profissionais com conhecimento e habilidades básicas para interpretar, divulgar e implementar a legislação do ambiente.

No meio universitário, um papel preponderante tem cabido à Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, a qual não somente serviu de fonte de inspiração para as demais instituições de ensino de direito, como ainda introduziu o Direito do Ambiente nos programas de pós-graduação e criou o Centro de Direito do Ambiente, da Biodiversidade e da Qualidade de Vida (CEDAB).

No entanto, há efectivamente algumas lacunas no ensino de Direito do Ambiente, incluindo na definição de programas curriculares e planos temáticos, na selecção e respectiva capacitação do corpo docente, no uso de métodos de ensino e aprendizagem e na necessidade de actualização permanente.

Um dos principais aspectos a ter em conta na construção no ensino de Direito do Ambiente em Moçambique diz respeito à definição do objecto e do âmbito, aspectos fundamentais para garantir o melhor aproveitamento do tempo disponível na prossecução dos objectivos que venham a ser definidos no plano temático.

A definição do perfil para o exercício da docência em Direito do Ambiente e a respectiva capacitação permanente deve constituir uma preocupação ao nível da coordenação dos cursos de Direito.

Sendo o Direito do Ambiente caracterizado pela interdisciplinaridade, através da estreita relação com as mais diversas ciências não jurídicas, é muito importante que os docentes que venham a lecionar a cadeira tenham a suficiente abertura, interesse e iniciativa em acompanhar os principais debates científicos e assuntos ambientais da actualidade que tem vindo a merecer atenção especial por parte das instituições e pesquisadores. A leitura de trabalhos elaborados nos domínios das ciências ambientais, economia ambiental ou sociologia ambiental ajuda determinantemente a melhor interpretar, analisar, explicar, divulgar e aplicar as mais diversas leis, regulamentos e posturas ambientais.

Dado o objecto específico da disciplina de Direito do Ambiente, uma

atenção especial deve ser concedida aos métodos de ensino e aprendizagem, para os quais a criatividade e a inovação são chamadas, principalmente como forma de introduzir a consciência e domínio dos problemas e desafios ambientais. A visita de estudo, o estudo de caso, o debate e o exercício real de acções de cidadania podem fazer enorme diferença na prossecução dos objectivos pedagógicos previamente definidos.

O Direito do Ambiente requer um esforço de actualização permanente, de modo a acompanhar o desenvolvimento da problemática ambiental a nível global, nacional e local, bem como a acentuada proliferação legislativa ao nível do ordenamento jurídico-ambiental internacional e nacional.

BIBLIOGRAFIA

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, (1990), *Constituição da Republica de Moçambique, publicada no Boletim da República*, 1.ª Série, N.º 44, Suplemento, de 2 de Novembro de 1990.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, (1997), Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro, Lei do Ambiente, publicada no Boletim da República, 1.ª Série, N.º 40, 3.º Suplemento, de 7 de Outubro de 1997.

AUDZE, Hanna, (2019), *“The Role of Environmental Law Education for Sustainable Development”*, European Journal of Sustainable Development, 8, 3, 79-84, ISSN: 2239-5938

BESSA ANTUNES, Paulo, (2004), *Direito Ambiental*, 7.ª Edição Revista, Ampliada e Actualizada, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.

BOER, Ben, (2021), *“Teaching and Learning Environmental Law using Small Group Methods”*, Teaching and Learning in Environmental Law: Pedagogy, Methodology and Best Practice, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

BUBNA-LITIC, Karen, (2021), *“Bringing the ‘heart’ into environmental law teaching”*, Teaching and Learning in Environmental Law Pedagogy, Methodology and Best Practice, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA.

COLLIN, Lynda and STEWART, Brandon D., (2021), *“Engendering hope in environmental law students”*, Teaching and Learning in Environmental Law Pedagogy, Methodology and Best Practice, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

COMISSÃO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, (1994), *Plano Nacional de Gestão Ambiental*, Maputo.

CONDESSO, Fernando dos Reis, (2001), *Direito do Ambiente*, Livraria Almedina, Coimbra, Junho, 2001.

CONSELHO DE MINISTROS, (1995), *Politica Nacional do Ambiente*, aprovada pela Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto, publicada no Boletim da República, 1.ª Série, N.º 49, Suplemento, de 6 de Dezembro de 1995.

CUNHA, Fernando Fidalgo, (1997), *“Direito do Ambiente em Moçambique”*, Revista Jurídica, Vol. II, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, 1997.

CUNHA, Fernando Fidalgo, (2000), *“Redacção Normativa e o Direito do Ambiente: a*

experiência de Moçambique”, Direito do Ambiente e Redacção Normativa: teoria e prática nos países lusófonos (Maurício Cysne e Teresa Amador, Eds.), Estudo de Política e Direito do Ambiente da UICN, n.º 42, Gland, Suíça, Cambridge, Reino Unido e Bona, Alemanha IUCN.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, (2007), 2.ª Edição, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos CEDOUA, CEDOUA, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra.

GOMES, Carla Amado (2018), *Introdução ao Direito do Ambiente*, 3.ª edição, Lisboa: AAFDL.

GRAHAM, Nicole (2021), “*Learning sacrifice: legal education in the Anthropocene*”, in. From Environmental to Ecological Law, Edited by Kirsten Anker, Peter D. Burdon, Geoffrey Garver, Michelle Maloney and Carla Sbert, Routledge Explorations in Environmental Studies, Routledge, London and New York.

KENNEDY, Amanda, DU PLESSIS Anél, FOWLER, Rob, HAMMAN, Evan and WARNOCK, Ceri Editors (2021), *Teaching and Learning in Environmental Law Pedagogy, Methodology and Best Practice*, The IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA.

MARQUES, Viriato Soromenho, (1994), *Regressar à Terra – Consciência Ecológica e Política de Ambiente*, Fim de Século, Lisboa.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (1972), *Declaração de Estocolmo*. Conferência das Nações Unidas Sobre Ambiente Humano. Estocolmo.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (1992), *Declaração do Rio*. Conferência das Nações Unidas Sobre Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1992), Agenda 21, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados Centro de Documentação e Informação Coordenação de Biblioteca, Brasília, Brasil.

PEREIRA, Vasco Pereira, (2003), *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra.

REBREANU, Veronica, *Teaching Environmental Law Online - A personal experience*, Babeş-Bolyai University, Law Faculty, Cluj-Napoca, Romania Publicat in volumul Dykinson eBook, pp. 188-201.

ROBERTSON, Heidi Gorovitz, (1998), “*Methods for Teaching Environmental Law: Some Thoughts on Providing Access to the Environmental Law System*”. Journal of Environmental Law, 237, Law System, 23 Columbia.

ROBERTSON, Heidi Gorovitz (2021), “*Strategies and Techniques for Teaching Environmental Law*”, Law Faculty Books. 59. https://engagedscholarship.csuohio.edu/fac_books/59.

SALCĂ ROTARU, Cristina M., (2022), “The challenges of teaching Environmental Law – short analysis”, Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Series VII: Social Sciences • Law • Vol. 15(64) No. 2 – 2022 <https://doi.org/10.31926/but.ssl.2022.15.64.2.20>

SERRA, Carlos (2005) Coordenação, *Direito do Ambiente - Contributos para Reflexão*, Núcleo de Estudantes de Direito da UEM, Maputo.

SERRA, Carlos, (2012), *Edição Comemorativa 10 Anos do Centro de Formação Jurídica e Judiciária*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Maputo.

SERRA, Carlos, (2023), *Lições de Direito do Ambiente*, Escolar Editora, Maputo.

SERRA, Carlos, CUNHA, Fernando (2008), *Manual de Direito do Ambiente*, 2.ª Edição, CFJJ, Maputo.

SILVA, Vasco Pereira, (2006), *Ensinar Verde a Direito - Estudo de Metodologia do Ensino do Direito do Ambiente* (em ‘Ambiente de Bolonha’), Almedina, Coimbra.

UNEP, (2020), Strengthening Institutional Capacity of Countries in Environmental Law through Training, Sharing Expertise and Legal Guidance Materials (SICCEL), Nairobi. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35319/01680_2020_te_unep_speg_strength_inst_cap_env_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y

VILLAS BÔAS, Regina, MORI, Zeima, (2015), “Metodologias inovadoras: uma nova realidade que desafia a efetividade do direito social fundamental à educação e encontra limite na cidade inteligente (ideal)”, *Revista Jurídica*, Volume 3, n.º 40, UniCuritiba, Curitiba.

*A Eficácia da Lei dos Tribunais de Trabalho de 2018: Alguns Problemas Práticos**

Doutor Tomás Timbane

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Advogado e Coordenador Científico da Comissão de Revisão dos Códigos de Processo Civil e de Processo do Trabalho.

*Versão escrita da comunicação apresentada no dia 23 de Setembro de 2019 no Seminário organizado pela FDUEM, Associação Moçambicana de Juízes e Núcleo de Estudantes de Direito. Em face dos problemas detectados, alguns dos quais objecto desta comunicação, a Lei que deu lugar a este estudo foi revogada e republicada pela Lei n.º 4/2021, de 5 de Maio, tendo resolvido alguns dos problemas aqui apontados. Por outro lado, o Conselho Constitucional também tomou posição sobre a constitucionalidade de alguns disposições legais, em particular da alçada (v. Acórdão n.º 11/CC/2020, de 2 de Novembro).

Resumo

O artigo aborda diversos desafios enfrentados pelos na aplicação da lei dos tribunais de trabalho que entrou em vigor em 2019 e que, por isso, foi substituída em 2019. O texto aborda três principais questões relacionadas à eficácia da Lei dos Tribunais de Trabalho, nomeadamente a da aplicação da lei no tempo, o duplo grau de jurisdição e as consequências da ausência de transparência no processo de revisão da Lei dos Tribunais de Trabalho. Com efeito, a escolha da lei aplicável entre a antiga e a nova teve impactos, tendo em conta que para processos pendentes, o regime da alçada que foi introduzido teve impacto, quer na competência dos tribunais, quer na recorribilidade das decisões. A técnica legislativa deficiente que foi usada confundiu esses conceitos, criando dificuldades práticas, impossibilitando o recurso em casos em que, usando o conceito genérico de alçada, haveria recurso. Embora o direito a recurso não esteja explicitamente previsto na Constituição, ele é implícito, pelo que o texto procura argumentar que o regime da alçada introduzido por aquela lei é inconstitucional e sugere que o legislador deve alterar o artigo 6 da LTT e estabelecer claramente a alçada dos tribunais de trabalho. A revisão da LTT foi feita sem transparência, sem informações públicas sobre o processo, sendo que, como temos defendido, é necessário um debate aberto e a divulgação de documentos pertinentes durante o processo de revisão. .

INTRODUÇÃO

A leccionação da disciplina de Teoria Geral do Processo¹ tem-nos permitido, nos últimos tempos, reflectir sobre a jurisdição e o modo como ela é exercida, em particular sobre as espécies de jurisdição que, nos últimos tempos, ganham alguma projecção, onde se destaca, por exemplo, o desenvolvimento da jurisdição administrativa com a criação, nessa jurisdição, de tribunais de primeira instância e a entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho.

A entrada em vigor de uma nova Lei dos Tribunais de Trabalho² há muito era esperada, tendo em conta a desactualização da Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro, não só na sequência do aumento da litigiosidade laboral, mas da existência de uma nova Lei da Organização Judiciária³ que trouxe uma nova dinâmica na organização judiciária vigente em Moçambique.

Substituir a antiga lei por uma nova lei não é, de todo, problemático, justamente quando se pretende actualizar um certo sector do direito. No presente caso, como resulta do Preâmbulo à LTT, havia necessidade de adequar a antiga lei ao quadro jurídico e sócio-económico, estabelecendo uma nova organização, funcionamento e competências dos tribunais de trabalho.

-
- 1 Desde 2010, a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane oferece no seu plano de estudos a disciplina de Teoria Geral do Processo, uma disciplina processual de âmbito geral que precede todas as demais disciplinas processuais, designadamente, Direito Processual Civil (onde se lecciona o Processo Declarativo), Direito Processual Civil – Acção Executiva e Recursos, Direito Processual Penal e Direito Processual Administrativo Contencioso. Nesta faculdade não se lecciona a disciplina de Direito Processual do Trabalho, ainda que a mesma tenha relevância e venha, proximamente, ganhar alguma projecção com a entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho e o natural desenvolvimento dos meios alternativos de resolução dos conflitos laborais. Já antes, na senda da introdução do actual Plano de Estudo, o finado Gilles Cistac tinha publicado *Direito Processual Administrativo Contencioso*, Vol. I, Escolar Editora, Maputo, em 2010, e *História do Direito Processual Administrativo Contencioso Moçambicano* [disponível em <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscomunedocs/cistacgilles.pdf> consultado no dia 10 de Setembro de 2019].
 - 2 Lei n.º 10/2018, de 30 de Julho, adiante designada abreviadamente LTT. A data da entrada em vigor desta Lei também é discutível, uma vez que no dia 30 de Agosto de 2018, data como sendo a da sua publicação, a mesma não estava disponível na Imprensa Nacional, tendo sido publicada dias mais tarde. Ainda assim, não iremos, no presente texto, abordar esta questão, apesar do seu relevante interesse prático, que se vai diluindo à medida que nos afastamos da data da sua entrada em vigor. Sobre os problemas da ausência de coincidência da data inserta como de publicação com a efectiva publicação, v. por todos, o nosso *A entrada em vigor do Código Penal in Ordem no Estado de Direito*, Maputo, W Editora, Maputo, 2016, pp. 277-283.
 - 3 Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto, adiante abreviadamente designada LOJ. Esta lei foi alterada em 2014 (Lei n.º 24/2014, de 23 de Setembro) e em 2018 (Lei n.º 11/2018, de 3 de Outubro). Deste modo, sempre que for feita referência, a não ser que resulte do texto contrário, estaremos a falar da LOJ com as alterações referidas.

Sucedem que depois dessa actualização legislativa, entraram em funcionamento os primeiros tribunais de trabalho, o que, aliado à introdução de novas realidades, importa uma reflexão. A entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho traz inúmeros problemas de articulação entre as normas aplicáveis aos tribunais de trabalho, nos casos em que existam (Cidade e Província de Maputo) e naqueles casos em que tal ainda não ocorreu, designadamente, sobre a aplicação da lei processual laboral no tempo, em particular sobre a competência dos tribunais de trabalho, das secções laborais dos tribunais comuns e a alçada dos tribunais laborais e das secções laborais.

A jurisdição laboral conheceu diversas vicissitudes desde a independência nacional: os litígios laborais foram, primeiro, dirimidos por entidades administrativas (as Comissões de Justiça no Trabalho), mais tarde pelos designados Órgãos da Justiça Laboral, até que, a partir de 1990, foram criados os tribunais de trabalho.

Durante esse período, a legislação processual laboral foi evoluindo, desde as normas constantes do Código do Processo do Trabalho (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45497, de 30 de Dezembro, tornado extensivo a Moçambique pela Portaria n.º 87/70, de 2 de Fevereiro, ainda parcialmente em vigor), o Decreto n.º 2/76, de 31 de Janeiro (que criou as Comissões de Justiça no Trabalho), a Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro (que se referia aos Órgãos de Justiça no Trabalho⁴) e a Lei dos Tribunais de Trabalho (Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro. Não foi, assim, estranho que a LTT fosse revista tendo, surpreendentemente, sido criados os primeiros tribunais de trabalho⁵.

4 É discutível a existência desses tais órgãos de justiça no trabalho, justamente porque a situação das Comissões de Justiça no Trabalho se manteve, sem que fossem criadas outras estruturas. Esta questão impunha que se discutisse a natureza jurídica das Comissões de Justiça no Trabalho, que antes disso, não há dúvidas que eram administrativas, mas que, com a Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro, poderia reabrir a discussão da natureza jurídica das entidades que resolviam os litígios laborais. Ainda assim, tendo se mantido o antigo sistema, sem a criação de outros órgãos e definidas as suas regras de funcionamento, não há dúvida que continuamos a ter até 1992 órgãos administrativos a resolver conflitos de natureza laboral. Sobre a evolução desses órgãos e discussão sobre a sua natureza jurídica, v. Acórdão n.º 03/CC/2011, de (<http://www.cconstitucional.org.mz/Jurisprudencia/3-CC-2011>, consultado no dia 10 de Agosto de 2019).

5 Num momento em que se desenvolvia a mediação laboral, parece incompreensível a entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho. A experiência dos meios alternativos de resolução de litígios – quer pela sua aplicação, quer pelas suas regras, mais informais e menos rígidas –, poderia ser uma boa alternativa para a jurisdição laboral, uma vez que eles contribuem para uma rápida resolução de litígios laborais. Tendo sido desconfiada no início pelos empregadores – porque, na verdade, os mediadores eram os inspectores de trabalho que, em regra, defendiam os trabalhadores –, a mediação laboral foi, numa decisão bastante discutível, considerada inconstitucional pelo Conselho Constitucional. No entanto, os resultados que têm sido alcançados pela COMAL são significativos, porque

Seja como for, a entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho traz, desde logo, inúmeros problemas, não só porque apenas foram criados dois tribunais de trabalho – colocando-se aí o problema da competência dos tribunais de trabalho para o conhecimento dos processos pendentes à data da sua entrada em funcionamento – como também do regime aplicável aos demais casos. Para além disso, ao analisar a LTT constata-se que foram introduzidas na jurisdição laboral novas realidades, como o da alçada, definidas as espécies de acções e traçado um regime particular da providência cautelar de suspensão de despedimento, sem que o legislador cuidasse de tomar posição sobre as providências para acautelar o efeito útil de outros direitos para além das que resultam do despedimento⁶.

Para além disso, a jurisdição laboral insere-se, até certo ponto, na jurisdição comum, até porque no seu interior só está prevista a existência de tribunais inferiores (tribunais de distrito e de província) e não, também, tribunais superiores.

muitos litígios têm sido efectivamente resolvidos, pelo que não parece fazer sentido, num momento em que a grande reclamação dos trabalhadores – morosidade processual – já tinha obtido uma resposta aparentemente eficaz. Sobre a evolução das actividades da COMAL, v. ASSOCIAÇÃO MOÇAMBICANA DE JUÍZES, (2019) *Estudo Exploratório sobre acesso à justiça e ao desempenho dos tribunais em Moçambique*, AMJ, Maputo (2019), pp. 75-84 e o nosso A Arbitragem institucionalizada em Moçambique: ponto da situação e perspectivas de evolução futura in MIRANDA Agostinho/ABREU, Miguel Cancela de, SILVA, Paula Costa e; PENA, Rui/MARTINS, Sofia (org.), (2015). *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 317-318.

- 6 Tem sido levantada alguma discussão sobre a possibilidade ou não da admissão de outras providências cautelares para além da de suspensão de despedimento, ou seja, questiona-se se o legislador excluiu outras providências cautelares para além da providência de suspensão de despedimento (art. 38). O LTT veio, em boa hora, processualizar a providência cautelar de suspensão do despedimento introduzida pelo n.º 4 do art. 69 da Lei do Trabalho. A tutela provisória dos direitos através das providências cautelares é inquestionável, pelo que, em geral, admite-se que todos os direitos ou interesses possam ser tutelados através das providências cautelares. Entendemos, por isso, que na ausência de uma cláusula especial que limita as providências cautelares apenas à suspensão de despedimento, considerando a natureza das mesmas (enquanto meio de tutela de direitos), admitimos a possibilidade de outras providências cautelares puderem ser propostas para a tutela de outros direitos laborais, com recurso às disposições gerais das providências cautelares constantes do CPC, justamente porque estas normas não contrariam as disposições desta lei. É que a aplicação de normas subsidiárias, só pode ocorrer, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 44 da LTT, quando não contrarie as suas disposições. Para além disso, as regras dos procedimentos cautelares não são incompatíveis com os princípios gerais do direito processual do trabalho ou com a índole especial do processo regulado na LTT (art. 44, n.º 2), justamente porque nelas está subjacente o princípio de acesso à justiça para os tribunais e, mais do que isso, a necessária e desejada celeridade, com um processo o mais simples e adequado ao apuramento da verdade e obtenção de uma solução justa (art. 27).

Considerando que a lei entrou em vigor e alguns tribunais de trabalho entraram em funcionamento, a aplicabilidade das novas normas constantes daquela lei aos processos pendentes, e não só, justifica uma tomada de posição sobre a competência e o impacto que, por exemplo, a introdução do regime da alçada terá nas decisões que vierem a ser proferidas.

São, pois, algumas questões práticas que resultam da Lei dos Tribunais de Trabalho que serão objecto da nossa atenção.

I. A ORGANIZAÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRIBUNAIS DE TRABALHO. A COMPETÊNCIA TRANSITÓRIA DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS EM MATÉRIA LABORAL

Na organização judiciária em Moçambique, os tribunais estão organizados de forma hierárquica para efeitos de recurso das suas decisões. Não se trata de hierarquia do ponto de vista administrativo, esta que se encontra prevista no art. 251 da CRM2004, nos termos do qual *os funcionários e demais agentes do Estado, no exercício das suas funções, devem obediência aos seus superiores hierárquicos, nos termos da lei*. Esta hierarquia caracteriza-se pelo poder de direcção e dever de obediência hierárquica⁷.

Até Abril de 2019 não existiam tribunais de trabalho, ainda que desde 1990 estivessem previstos na Constituição⁸. Ainda assim, os litígios laborais sempre foram dirimidos, primeiro, pelas Comissões de Justiça no Trabalho⁹, e, no âmbito da realidade trazida pela CRM90, pelos tribunais judiciais.

7 V. o nosso *Lições do Processo Civil I*, 2ª Edição, Revista e actualizada, Escolar Editora, Maputo, pp. 301 e 302, (2020).

8 V. art. 167, n.º 1, alínea g).

9 As Comissões de Justiça no Trabalho, extintas pela Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro (art. 33), foram criadas pelo Decreto n.º 14/75, de 11 de Setembro. Tinham como competências solucionar as questões individuais de trabalho, sendo, pois, entidades administrativas. Estavam estruturadas de forma hierárquica, desde as Comissões Locais de Trabalho, Comissões Provinciais e Comissão Nacional de Trabalho. Os tribunais judiciais exerciam, transitoriamente, a competência em matérias de resolução de litígios laborais (art. 27). Importa sublinhar que o referido Decreto n.º 14/75, de 11 de Setembro, extinguiu os tribunais de trabalho que existiam no tempo colonial. Para mais considerações sobre a evolução da jurisdição laboral, v. Acórdão n.º 03/CC/2011, de 7 de Outubro (<http://www.cconstitucional.org.mz/Jurisprudencia/3-CC-2011>, consultado em 10 de Agosto de 2019). Com a entrada em vigor da primeira Lei de Trabalho (Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro), foram previstos Órgãos de Justiça no Trabalho, que iriam conhecer dos conflitos de trabalho, mas, ainda assim, nada se dizia sobre a natureza jurídica de tais órgãos, se seriam órgãos de natureza administrativa ou órgãos jurisdicionais tendo, por isso, se mantido as aludidas Comissões de Justiça no Trabalho até à criação dos tribunais de trabalho. A partir desta altura, designadamente, quando foram previstos tribunais de trabalho na CRM90, os órgãos passaram a ser jurisdicionais, ainda que, tal pudesse ser questionado, tendo em conta a sua composição, organização e funcionamento, bem assim o seu carácter hierárquico. Sobre a extinção das Comissões de Justiça no Trabalho e sobre as decisões que as mesmas tomaram depois da entrada em vigor da Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro (numa altura em que não era certo o conhecimento da sua entrada em vigor), foram várias as decisões do Tribunal Supremo sobre a matéria, como se pode ver da colectânea Acórdãos do Tribunal Supremo 1990-2003, Vol. II, Tomo 2, Tribunal Supremo, Maputo, publicado em 2011, pp. 335-350.

Os tribunais comuns exerciam, transitoriamente, as competências em matéria de trabalho, nos termos do disposto no art. 28 da Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro. É, por isso, que nos tribunais judiciais foram criadas Secções Laborais que, desde 1992, exerceram as aludidas competências em matéria laboral.

Por isso, a organização hierárquica da jurisdição laboral era a mesma da jurisdição comum, designadamente, no topo o Tribunal Supremo e, mais recentemente, os Tribunais Superiores de Recurso, os tribunais judiciais de província e os tribunais judiciais de distrito de 1.ª e 2.ª classes¹⁰.

Importa considerar que a LTT, contrariando a designação da anterior lei, estabelece no seu preâmbulo que a mesma se destina a adequar a Lei que cria o *Tribunal de Trabalho*, no singular, situação que se repete nas diversas disposições da Lei, quando quer a CRM2004, quer a anterior LTT, sempre os designaram no plural, justamente porque pretendiam abordar todos os órgãos jurisdicionais de resolução de conflitos laborais e não apenas um tribunal.

Recentemente, nos termos do disposto no artigo 8 da Lei dos Tribunais de Trabalho, por Despachos de 11 de Abril¹¹, o Presidente do Tribunal Supremo, sob proposta do Conselho Superior da Magistratura Judicial, determinou a entrada em funcionamento dos primeiros tribunais de trabalho, designadamente do Tribunal de Trabalho da Cidade de Maputo, com quatro secções (1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª) e do Tribunal de Trabalho da Província de Maputo, com duas secções (1.ª e 2.ª), continuando os demais tribunais a funcionar com secções laborais dos tribunais judiciais.

Apesar de terem sido criados tribunais de trabalho e já terem entrado em funcionamento, a organização hierárquica dos tribunais de trabalho tem uma natureza complexa, no sentido de existirem tribunais inferiores e tribunais superiores, a exemplo do que ocorre com os tribunais judiciais. Assim, foram previstos tribunais de trabalho de 1.ª instância (tribunais inferiores) e tribunais de recurso (os tribunais superiores), mas estes são da jurisdição comum, designadamente, os Tribunais Superiores de Recurso e o Tribunal Supremo.

É, por isso, que não faz sentido o disposto no art. 4 da LTT o qual estabelece que o tribunal de trabalho exerce a sua jurisdição em todo o território nacional de acordo com a divisão judicial estabelecida na lei. Desde logo porque *não há um tribunal de trabalho com jurisdição sobre todo o território nacional* e também porque a jurisdição dos tribunais de trabalho nunca poderá estar de acordo com a divisão judicial; no primeiro caso, uma vez que situação semelhante – o

10 A classificação dos tribunais judiciais de distrito foi extinta pela Lei n.º 11/2018, de 3 de Outubro (v. art. 85).

11 Publicados no BR n.º 78, I Série, de 23 de Abril.

de um tribunal ter jurisdição sobre o território nacional – ocorre com o Tribunal Supremo e o Tribunal Administrativo no âmbito da sua jurisdição; em segundo lugar, a divisão judicial da jurisdição comum nunca pode coincidir com a da jurisdição laboral, desde logo porque no topo da jurisdição laboral existem tribunais da jurisdição comum.

Deste modo, é necessário que seja publicada uma lei que estabelece a divisão judicial dos tribunais de trabalho, uma vez que, quer o art. 4, quer os arts. 14 (competência dos tribunais de trabalho da província) e 19 (competência dos tribunais de trabalho do distrito) não indicam os limites territoriais da sua competência. Assim, exercendo os tribunais comum competências transitórias dos tribunais de trabalho, a divisão judicial que deverá ser observada é a que consta da lei da organização judiciária.

II. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição¹² consiste em todos os litígios submetidos a tribunal deverem ficar sujeitos sucessivamente, salvo os casos previstos na lei¹³, ao julgamento pleno de dois tribunais. Trata-se, na verdade, do *direito ao recurso*. Isso implica que a decisão proferida pela primeira vez por um tribunal (decisão em 1.^a instância) pode ser reexaminada, em toda a sua extensão, ou seja, em matéria de facto e de direito, por um outro tribunal, este já considerado de 2.^a instância. Este tribunal, naturalmente, de categoria superior, tem a possibilidade de reapreciar toda a demanda, podendo corrigir os erros cometidos pelo tribunal da 1.^a instância. Com efeito, no nosso sistema processual, a lei estabelece (art. 19 da LOJ) que das decisões proferidas pelos tribunais em primeira instância são admitidos, em matéria de facto, um grau de recurso e, em matéria de direito, dois graus de recursos¹⁴.

Note-se que este princípio traz algumas excepções, designadamente, a que resulta da alçada. Tendo em conta os interesses de valor diminuto que, em alguns casos, estão em tribunal, o legislador entendeu que nem sempre se justifica admitir o recurso das decisões dos tribunais, quando o valor da causa seja inferior à alçada de um determinado tribunal.

A existência de excepções ao princípio do duplo grau de jurisdição permite questionar sobre a constitucionalidade dessas normas, até tendo em conta o princípio da igualdade, uma vez que nesses casos a parte vencida não tem a oportunidade de ver reanalisada a sua acção.

Este princípio não está consagrado na Constituição da República de 2004, nem nas anteriores constituições, mas entende-se que está reconhecido

12 Para mais considerações v. o nosso Lições de Processo Civil I, pp. 150-155 que, neste ponto, seguimos de perto JÚNIOR, Humberto Theodoro, (2008). *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 48.^a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 33-34, NETO, José Cretella, (2002). *Fundamentos Princiopológicos do Processo Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 80-99, FERREIRA, Fernando Amâncio, (2006). *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, pp. 74-78 e SACRAMENTO, Luís Filipe/CHUZUAIO, Bernardo Bento, (2014). *Direito Processual Civil – Acção Executiva e Recursos*, Imprensa Universitária, Maputo, pp. 210-211.

13 Há situações em que o legislador não admite recurso, pelo que as decisões judiciais só são objecto de apreciação de um juiz: as decisões de mero expediente, os despachos proferidos no uso legal de um poder discricionário e as decisões proferidas nas causas de valor inferior à alçada do tribunal de que se recorre (art. 679.º do CPC), salvo os casos de violação das regras de competência internacional, em razão da matéria, da hierarquia ou ofensa de caso julgado.

14 SACRAMENTO, Luís Filipe/CHUZUAIO, Bernardo Bento, *Direito Processual Civil – Acção Executiva e Recursos*, op. cit., pp. 210-211.

no seu espírito, designadamente, quando se admite a existência de tribunais de recurso na organização dos tribunais.

O reconhecimento do princípio do duplo grau de jurisdição resulta da consagração constitucional de tribunais de 1.^a instância, como é o caso do n.º 5 do art. 222. A existência de tribunais de 1.^a instância impõe, assim, a existência de tribunais de 2.^a instância onde as decisões serão reapreciadas em toda a sua plenitude. Para além disso, prevendo o n.º 1 do art. 224 da Constituição que o Tribunal Supremo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, garantindo a aplicação uniforme da lei na esfera da sua jurisdição, pode concluir-se que havendo uma hierarquia na ordem dos tribunais judiciais, implicitamente admite-se que as decisões dos tribunais de 1.^a instância possam ser impugnadas de acordo com a organização hierárquica que em determinado momento vigorar.

Uma aplicação uniforme da lei só pode ser garantida havendo possibilidade de recurso ao Tribunal Supremo¹⁵, o qual poderá, quando chamado, garantir a desejada uniformidade. Deste modo, mesmo na ausência duma disposição constitucional expressa, não se pode conceber um sistema processual em Moçambique em que seja, totalmente, inadmissível recorrer das decisões proferidas em 1.^a instância, não se excluindo, porém, a possibilidade de impor algumas limitações, como a que resulta da alçada (art. 678.º, n.º 1 do CPC).

Do mesmo modo, nas demais jurisdições encontramos a manifestação deste princípio, uma vez que das decisões dos tribunais de 1.^a instância na jurisdição administrativa (tribunais administrativos provinciais e da Cidade de Maputo, tribunais aduaneiros e tribunais fiscais), recorre-se às secções do Tribunal Administrativo (art. 1, n.º 4 da LOJA, art. 9, n.º 1 da LTF, art. 9, n.º 1 da LTA). Para além disso, a lei admite a possibilidade de, em qualquer destes casos, em matéria de direito, recorrer-se das decisões das Secções do Tribunal Administrativo para o Plenário do Tribunal Administrativo.

Este princípio resulta, também, do facto de se ter consagrado no sistema processual moçambicano o princípio segundo o qual a decisão do tribunal de escalão superior prevalece sobre a do tribunal de escalão inferior¹⁶. Importa considerar que o princípio do duplo grau de jurisdição comporta excepções, quer as que resultam dos casos em que a lei não admite recurso por se tratar de causas de valor diminuto (art. 678.º, n.º 1 do CPC), quer nos casos em que

15 Situação que, conforme se referiu, ocorre com todos os tribunais judiciais, dos quais se admite, com as particularidades impostas por lei, recurso para o Tribunal Supremo.

16 Neste sentido, v. SACRAMENTO, Luís Filipe/CHUZUAIO, Bernardo Bento, *Direito Processual Civil – Acção Executiva e Recursos*, op. cit., p. 210.

as Secções do Tribunal Supremo e do Tribunal Superior de Recurso funcionem em primeira instância. No primeiro caso, da decisão dum Secção do Tribunal Supremo só haverá recurso para o Plenário em matéria de direito [art. 45, alínea c) da LOJ], enquanto no segundo caso, também haverá um recurso em matéria de direito para as Secções do Tribunal Supremo [art. 50, alínea a) da LOJ].

O duplo grau de jurisdição não é aplicável em todos os casos. Instaurada uma acção num tribunal e caso a decisão seja desfavorável, pode se recorrer-se, em matéria de facto, uma única vez, ao tribunal hierárquica e imediatamente superior (art. 19, n.º 1 LOJ). Quando se trate de matéria de direito já se prevê, expressamente, a possibilidade de se recorrer da decisão proferida, em 2.ª instância, pelo tribunal de recurso.

III. A APLICAÇÃO DA LEI DOS TRIBUNAIS DE TRABALHO NO TEMPO¹⁷

A entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho traz inúmeros problemas de articulação entre as normas aplicáveis aos tribunais de trabalho, nos casos em que existam (Cidade e Província de Maputo) e naqueles casos em que tal ainda não ocorreu, designadamente, sobre a aplicação da lei processual laboral quanto à competência dos tribunais de trabalho e das secções laborais, alçada dos tribunais laborais e das secções laborais e dos prazos aplicáveis aos processos laborais.

Isso implica, pois, a necessidade de abordarmos várias questões, as quais têm a ver com a determinação da lei aplicável, na qual não existiam tribunais de trabalho em funcionamento.

Para explicar a questão da sucessão das leis no tempo, o legislador opta, muitas vezes, pela regra da aplicação imediata da lei nova, nalgumas situações até para situações passadas (efeito retroactivo) ou pela regra da aplicação da lei nova a partir de determinada data¹⁸.

Podemos pensar que, quando entra em vigor certa lei processual, o legislador só tem duas alternativas: ou impede que tenha efeito retroactivo, começando a vigorar a partir de determinada data, ou indica os termos em que se aplica retroactivamente.

Quando se discute a sucessão das leis, para além de tomar posição sobre a retroactividade ou não da lei nova, o legislador pode estabelecer disposições transitórias gerais ou especiais, mas nem sempre se prevê as situações que podem ser abrangidas pelas leis em confronto.

A. Direito transitório

O direito transitório existe quando uma nova lei não pode ter eficácia imediata¹⁹, havendo necessidade de estabelecer um regime para vigorar durante

17 Este ponto é um natural desenvolvimento do tema “a aplicação das leis processuais no tempo” ajustado à jurisdição laboral do nosso Lições de Processo Civil I, cit.

18 Até ao Decreto-Lei n.º 1/2009, de 24 de Julho, o legislador processual moçambicano nunca tinha usado esta possibilidade, optando, sempre, pela regra da entrada imediata ou apelando às regras da *vacatio legis*, quer indicando o período de *vacatio legis*, quer não, sendo que, neste último caso, recorria-se, à presunção legal constante da Lei n.º 6/2003, de 18 de Abril, nos termos da qual a *vacatio legis* é de 15 dias, salvo se a lei indicar em concreto.

19 CANOTILHO, J. J. Gomes, (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição (2.ª Reimpressão), Coimbra, Almedina, p. 260. O mesmo autor distingue as disposições

certo período ou em certas circunstâncias. As normas de transição preocupam-se com o estabelecimento de um regime intermediário entre as duas leis, visando a conciliação dos interesses particulares com a regulamentação da lei nova, e tem, portanto, natureza material²⁰.

As disposições transitórias gerais são válidas para todas as novas leis e as disposições transitórias especiais válidas para determinada lei em concreto. Pretende-se, com as disposições transitórias, solucionar casuisticamente a solução de hipóteses que se encontram na fronteira entre uma e outra lei ou mesmo por razões de política legislativa.

Não se pense, porém, que o regime transitório representa excepção ao regime geral da irretroactividade das leis; trata-se, tão somente, de uma aplicação dos critérios gerais a situações particulares que o legislador entender indicar, em concreto, a lei aplicável, tendo em conta os potenciais problemas que representa a sucessão das leis nesses casos.

Por exemplo, o CPC contém disposições transitórias: a do art. 63.º, relativa à lei reguladora da competência – que se repete no art. 36 da LOJ e se regulava no art. 25 da LOTJ, já revogada – e a do art. 142.º, respeitante à forma dos diversos actos processuais. Em qualquer um destes casos, trata-se de disposições transitórias gerais, uma vez que se aplicam a todas as leis futuras.

Mas o legislador também estabelece disposições transitórias especiais, aplicáveis apenas para o caso concreto, como sucedeu com o Decreto-Lei n.º 1/2009, de 24 de Julho e no Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro²¹. As disposições alteradas, modificadas ou aditadas pelo Decreto-Lei n.º 1/2009, de 24 de Julho só se aplicam aos processos instaurados e recursos interpostos a partir de 1 de Julho de 2009. Deste modo, relativamente aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, estas alterações não se aplicam, ou seja, aplicam-se a esses processos as regras vigentes à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 1/2009, de 24 de Julho.

transitórias das leis retroactivas, dizendo que estas existem quando uma nova lei tem eficácia em relação ao passado enquanto aquelas existem quando uma nova lei não pode ter eficácia imediata.

20 MACHADO, João Baptista, (1968), *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, p. 47. Como demonstra o mesmo autor, as normas de transição diferem das normas de conflito, pois estas limitam-se a determinar qual das leis é aplicável.

21 Relativamente à aplicação no tempo do Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro, v. o nosso *A Revisão do Processo Civil*, cit., pp. 48-56. O art. 4 do Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro estabelece que as alterações introduzidas por aquele diploma são imediatamente aplicadas aos processos pendentes em que a citação do réu ou de terceiros ainda não tenha sido efectuada ou ordenada. Nos casos em que nas acções judiciais em que não tenha havido citação, a lei nova (Decreto-Lei n.º 1/2005, de 27 de Dezembro), aplicou-se retroactivamente.

Genericamente, no caso da LTT o legislador não estabeleceu nenhuma disposição transitória especial, pelo que se aplicam as disposições transitórias gerais. Do ponto de vista territorial, o art. 46 estabelece uma disposição transitória especial, pois estabelece a competência transitória dos tribunais de trabalho de província enquanto não forem implantados os tribunais de trabalho de distrito. É o que sucede na Cidade e Província de Maputo, sendo certo que na Cidade de Maputo a questão da proximidade territorial com o tribunal de província vai ganhado relevância à medida que se está fora do centro urbano.

É que é incompreensível que a entrada em vigor do Tribunal de Trabalho da Província de Maputo implique a instauração de uma acção ou a remessa de um processo que estava pendente num Tribunal Judicial de Distrito mais afastado da Cidade da Matola, como é o caso de Boane ou Namaacha, para esse tribunal. Há, aí, uma dificuldade de acesso aos tribunais, uma vez que os cidadãos estarão mais prejudicados por terem de instaurar as acções no tribunal de província ou que um processo pendente no tribunal judicial de distrito seja remetido ao tribunal de província

B. Competência dos tribunais de trabalho

O regime do direito transitório tem implicações no âmbito da competência, em particular para os tribunais de trabalho já criados. Apesar de a competência dos tribunais judiciais da Cidade e Província de Maputo ter sido fixada no momento em que as acções foram propostas (art. 63.º do CPC²²), verdade é que a criação de novos tribunais implicou uma modificação de direito, uma vez que um tribunal que era competente em razão da matéria (Tribunal Judicial da Cidade de Maputo e Tribunal Judicial da Província de Maputo), deixou de o ser, pelo que os tribunais criados passaram a ser competentes.

Já no que se refere aos demais casos, ou seja, nos locais onde não foram criados tribunais de trabalho, a situação, do ponto de vista da competência, continua a mesma, ou seja, os tribunais comuns são transitoriamente competentes para conhecer dos litígios laborais.

22 Este é um dos casos em que a aplicação do n.º 2 do art. 36 da LOJ é problemática, uma vez que este apenas admite a possibilidade de duas excepções para a alteração do princípio geral da determinação da competência no momento em que a acção foi proposta: quando for suprimido o órgão a que a causa estava afectada ou lhe for atribuída competência de que inicialmente carecia para o conhecimento da causa. Ora, no presente caso, não se trata nem da supressão do Tribunal Judicial da Cidade de Maputo ou da Província de Maputo, muito menos da atribuição de competência a um tribunal que não inicialmente não a tinha. Os dois tribunais deixaram de ter competência em razão da matéria, situação não prevista no aludido art. 36, n.º2.

Um outro aspecto relevante para a questão da competência, tem a ver com o quórum deliberativo dos tribunais de trabalho²³. Este é um tema que tem ganho destaque, desde logo porque a revisão da LOJ ocorrida em 2018 adoptou, como princípio, o regime da singularidade dos tribunais, ainda que, em alguns casos, o juiz, o Ministério Público ou as partes possam suscitar a intervenção do tribunal colegial (art. 17, n.º 3 da LOJ).

No mesmo sentido, o n.º 1 do art. 9 da LTT estabelece a singularidade dos tribunais de trabalho quando funcionem em primeira instância e colegialidade, quando funcionem em segunda instância. Ora, na primeira instância, a colegialidade pode ocorrer a pedido de uma das partes, do Ministério Público ou por iniciativa do juiz (art. 9, n.º2).

Assim, pode suscitar alguma dúvida o art. 10 da LTT por estabelecer um quórum deliberativo, podendo entender-se haver uma contradição entre o art. 9 (na parte relativa à singularidade dos tribunais de trabalho) e o art. 10 por exigir a pluralidade de mais do que um juiz.

Ora, entendemos que o art. 10 vale apenas para os casos de colegialidade do tribunal, ou seja, nos casos de segunda instância ou, sendo primeira instância, quando por requerimento das partes, do Ministério Público ou por iniciativa do juiz haja necessidade de intervenção do tribunal colegial. É que seria incompreensível que a nova Lei viesse admitir a possibilidade da singularidade do tribunal, para na mesma lei – e numa disposição vizinha – impor-se um quórum deliberativo.

Trata-se, assim, de uma disposição infeliz, pois a mesma deveria estar redigida da seguinte forma: *“nos casos em que funcione como tribunal colegial, o tribunal de trabalho delibera validamente achando-se presente um Juiz de Direito e, pelo menos, um Juiz eleito.”*

C. Forma dos actos processuais

Do mesmo modo, no que se refere à forma dos actos, esta é regulada pela lei que vigora no momento em que são praticados. O formalismo processual regula os actos a praticar em juízo na propositura e desenvolvimento da acção e as formalidades e os termos praticados em cada um dos actos. Se entra em

23 Sobre a categoria de juízes eleitos e a sua constitucionalização, v. o nosso O Poder Judicial no Projecto de Revisão da Constituição, in CISTAC, Gilles (Coord.), (2004). *Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional*, FDUEM, Maputo, p. 132, ao entendermos que a experiência da intervenção dos juízes eleitos contribuirá para que sejam dispensados com o tempo, dado o quase irrelevante papel que desempenham nos julgamentos.

vigor uma nova lei, há que verificar a partir de que momento a mesma passa a aplicar-se.

No direito processual, a lei nova deve respeitar todos os actos praticados sob o império da lei antiga, o que significa que a nova lei se aplica às *acções futuras* e também aos *actos futuros praticados nas acções pendentes*, ou seja, a *validade* e a *regularidade* dos actos processuais anteriores continuará a aferir-se pela lei antiga, na vigência da qual foram praticados (art. 142.º)²⁴, pois, por maior que seja o progresso da nova lei entende-se não ser justo nem conveniente sujeitar as pessoas, no domínio do comércio jurídico, a consequências com que elas não podiam contar à data da verificação do facto. Há, sobretudo, que respeitar as expectativas das partes no momento em que praticaram o acto cujo efeito a lei regula²⁵.

Com a entrada em vigor duma lei na pendência de um processo, apenas os actos posteriores à sua entrada em vigor serão praticados de acordo com a nova lei, sendo que os actos praticados antes da entrada dessa lei ficam salvaguardados, porque foram praticados na vigência duma lei que os admitia. Apesar de a lei ser de aplicação imediata, a forma dos actos é determinada pela lei que vigora no momento em que são praticados.

Esta questão ganha relevância uma vez que no âmbito da antiga lei, a *forma dos actos processuais seria a mais simples e adequada ao apuramento da verdade e à obtenção de uma solução justa* (art. 21, n.º 1), quando na nova lei ainda que se mantenha o mesmo princípio (art. 27, n.º 1), impõem-se que a petição inicial ou requerimento possa ser apresentada por escrito ou oralmente (art. 27, n.º 2).

D. Alçada e recursos

Se quanto à competência e ao formalismo processual, os problemas da aplicação da LTT não são difíceis de identificar e solucionar, já no que se refere aos recursos e à alçada, os problemas são fáceis de apontar mas difíceis de resolver.

24 VARELA, Antunes/BEZERRA, Miguel/NORA, Sampaio, (1985). *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição (Revista e actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, p. 49. Como acrescentam os mesmos autores, trata-se do problema de saber se o processo deve ser regulado pela lei do tempo do facto ou da relação material cuja apreciação está em causa, ou deve ser inteiramente disciplinado pela lei do tempo da propositura da acção, ou ainda se para cada acto do processo rege a lei do tempo da sua realização, isto é, a lei do momento em que determinado acto processual é praticado.

25 VARELA, Antunes/BEZERRA, Miguel/NORA, Sampaio, *Manual de Processo Civil*, op. cit., p. 47.

No âmbito dos recursos, há vários aspectos que devem ser considerados, desde logo porque há normas sobre as condições de admissibilidade e de tramitação dos recursos. A tramitação de um recurso constitui um formalismo processual, por isso, nesses casos, aplica-se imediatamente a lei nova (art. 142.º). Se uma lei nova altera as regras sobre a expedição dos recursos, aplica-se de imediato aos recursos interpostos, mas não expedidos. Não é o que ocorre com a LTT.

Já nos casos das condições de admissibilidade dos recursos, a solução merece alguma atenção, justamente porque nela tem impacto a alçada²⁶ que, foi, a exemplo do que ocorre na LOJ, fixada na LTT (art. 6). Na jurisdição comum, a alçada determina a forma de processo aplicável (art. 462.º do CPC) e por ela se afere a possibilidade ou não de recurso (art. 305.º, n.º 2 do CPC). Duas questões podem ser levantadas: quanto à forma de processo aplicável às acções abrangidas pela modificação da alçada e quanto à admissibilidade de recursos

26 Sobre a definição da alçada e dos problemas que o critério da sua definição traz, já tivemos oportunidade de discutir várias vezes, em particular em Lições de Processo Civil I, cit., pp. 191, nota 339. A LOJ veio actualizar o valor da alçada, mas o critério de determinação foi modificado, passando a basear-se no salário mínimo em vigor na função pública (arts. 38, n.º1 e 118.º). Apesar de ter vantagens, porque permite uma actualização automática evitando que os valores determinativos da alçada se desactualizem, este critério não deixa de ser problemático porque o salário mínimo é actualizado anualmente, ao que se alia aos problemas resultantes da falta de coincidência entre a data que consta do BR e a da sua efectiva publicação, ainda que a data impressa no BR represente um atestado oficial, sendo ela que releva para efeitos de produção de efeitos dos diplomas legais. Estes problemas já foram discutidos várias vezes, mas sempre se tem decidido que a data que deve ser tomada em consideração é a da efectiva publicação, que é a data em que o BR é posto à disposição do público. V. (Acórdão n.º 05/CC/2008, de 8 de Maio, publicado em Acórdãos e Deliberações do Conselho Constitucional, III, cit., pp. 22-47). Por outro lado, regra geral, os diplomas que actualizem os salários mínimos são sempre publicados muito depois da data em que deverão produzir efeitos e o aumento salarial tem efeitos retroactivos. Coloca-se o problema de saber se essa aplicação retroactiva tem ou não efeitos relativamente aos processos instaurados depois dessa data, ou seja, a actualização do salário mínimo aplica-se desde essa data (normalmente 1 de Abril de cada ano) ou a partir da data da entrada em vigor do diploma legal. Entendemos que mesmo que o aumento salarial produza efeitos retroactivos, o diploma legal só é vinculativo a partir da data da sua publicação e entrada em vigor, pelo que para a determinação da alçada, só se deve tomar em consideração a data em que o diploma legal entrou em vigor, altura em que se passa a considerar a actualização resultante da alteração do salário mínimo. Para além disso, no âmbito da aplicação da lei no tempo quanto às leis processuais, as mesmas não podem ser de aplicação retroactiva, não só porque vigora a regra da aplicação imediata e para o futuro das leis processuais, como também porque aplicar retroactivamente a actualização a partir de 1 de Abril de cada ano, teria enormes implicações processuais, como a alteração da forma de processo e a irrecorribilidade de algumas decisões, algumas das quais já teriam sido impugnadas à luz da alçada anterior. Esta situação já teve outras ramificações, justamente porque o regime da alçada é determinado de acordo com o salário mínimo da Função Pública, o qual é alterado anualmente. Deste modo, as questões da alçada e as actualizações anuais têm relevância prática importante, devendo ser analisadas casuisticamente.

das decisões proferidas nas acções compreendidas na área de modificação. No que respeita à forma de processo, na jurisdição laboral, a questão não se levanta, pois, tal como ficou assente, a LTT indica qual é a forma de processo, cujo regime se mantém idêntico ao da lei antiga.

O novo valor da alçada aplica-se a todas decisões proferidas após a sua entrada em vigor, mesmo que se refiram a acções pendentes na data em que principia a vigorar. Na jurisdição comum, um dos exemplos que podemos apontar, tem a ver com a extinção da classificação dos tribunais judiciais de distrito (art. 78, n.º2 da LOJ), tendo, a partir dessa altura, a alçada dos tribunais judiciais de distrito passado a ser vinte e cinco vezes o salário mínimo nacional (art. 38, n.º 1 da LOJ), quando no domínio da lei antiga²⁷, a alçada dos tribunais judiciais de distrito de primeira classe era de vinte e cinco vezes o salário mínimo nacional e a dos tribunais judiciais de distrito de segunda classe era de dez vezes salários mínimos nacionais.

Com o novo regime legal, o novo valor da alçada dos tribunais judiciais de distrito, aplica-se a todas as decisões proferidas depois da data da sua entrada em vigor, ou seja, na data da notificação da decisão, as partes devem analisar se o valor da causa excede ou não a alçada dos tribunais judiciais de distrito para ver se, nesse caso, haverá ou não recurso dessa decisão²⁸, sendo, pois, irrelevante a alçada que vigorava na data da instauração da acção.

Do mesmo modo, na jurisdição laboral, o novo regime das alçadas aplica-se a todas as decisões proferidas depois da sua entrada em vigor. Essa seria uma solução fácil se o legislador tivesse determinado um valor fixo para a alçada. Como referimos, a alçada é o valor até ao qual ou dentro do qual os tribunais julgam sem recurso. É, por isso, um valor fixo, que permite estabelecer a relação da causa com a alçada do tribunal (art. 305.º do CPC).

Nos termos do art. 6 da LTT a alçada, que é determinada com base no salário mínimo em vigor na Função Pública, sendo acima de duzentos salários mínimos, para os tribunais de trabalho de província e até duzentos salários mínimos para os tribunais de trabalho de distrito.

Contrariando o regime da alçada da LOJ, o legislador não indicou um valor fixo da alçada mas sim valores “acima de 200” e “até 200”, quando deveria

27 V. a LOJ antes e depois da redacção dada pela Lei n.º 11/2018, de 3 de Outubro.

28 Por exemplo, podemos indicar uma acção proposta num tribunal judicial de distrito de 2.ª classe, no valor correspondente a vinte salários mínimos. De acordo com a lei que vigora na altura da propositura da acção, dessa decisão haveria recurso, mas, tendo havido supressão da classificação dos tribunais de distrito e tendo passado estes a ter uma alçada de vinte e cinco salários mínimos, da decisão aí proferida já não haverá recurso, porque o valor da causa não excede a alçada do tribunal judicial de distrito.

ter dito “a alçada é de ”o que, bem vistas as coisas, impede recurso em muitos casos, designadamente, naqueles casos em que se trate de acções inferiores a duzentos salários mínimos, uma vez que, da decisão aí proferida não haverá recurso, justamente porque o valor da causa (inferior aos tais duzentos salários mínimos), não excede a alçada do tribunal de que se recorre, quer seja tribunal de trabalho de distrito, uer seja tribunal de trabalho de província.

Parece, pois, que a forma como está elaborado o art. 6 da LTT visava, tão somente, fixar a competência dos tribunais de trabalho em razão do valor, sendo que os tribunais de trabalho do distrito seriam competentes para conhecer de causas até duzentos salários mínimos, enquanto os tribunais de trabalho de província seriam competentes para conhecer causas superiores a duzentos salários mínimos. Aliás, não estabelecendo isso o art. 6, constata-se que a LTT não estabelece os valores determinativos da competência dos tribunais de trabalho em razão do valor²⁹.

É que a anterior LTT não previa a alçada e dispunha, no art. 13, que os tribunais provinciais de trabalho eram competentes, independentemente do valor da causa, para conhecer das questões que excedam o valor fixado como limite da competência dos tribunais de escalão inferior, enquanto aos tribunais distritais de trabalho não se indicava a competência em razão do valor.

Sendo assim, as regras determinativas de competência em razão do valor dos tribunais de trabalho, eram as mesmas dos tribunais judiciais, justamente porque estes exerciam, transitoriamente, as respectivas competências.

Colocado o problema nestes termos, ou seja, tendo ficado evidente que a LTT não indica os valores determinativos de competência e não indica o valor da alçada – ou indica, mas de forma deficiente –, a questão que se coloca é se haverá ou não recurso das decisões com o valor inferior a duzentos salários mínimos que corram termos nos tribunais de trabalho de província ou nos tribunais judiciais de província quando exerçam, transitoriamente, as

29 E a competência dos tribunais de trabalho em razão do valor é de todo importante, não só porque o n.º 1 do art. 16.º do CPT tem ainda relevância porque aborda a questão do limite de competência destes, como também porque a competência em razão do valor tem relevância porque permite determinar as causas, sempre necessárias, que delimitam a competência dos tribunais em razão do valor. REIS, José Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, Vol. V, 3.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, (2012) Coimbra, p. 221, em comentário ao artigo 678.º, já tinha apontado que, na linguagem vulgar, a cada passo se confunde alçada com competência, uma vez que se supõe que alçada é o limite da competência. Como se vê, é mais do que um problema da linguagem vulgar. Como refere o mesmo autor, “os tribunais têm competência para julgar causas que excedem a sua alçada; o que sucede é isto: se a causa está dentro da alçada, o tribunal julga sem recurso ordinário; se está fora da alçada, mas dentro da competência que a lei atribui ao tribunal, este julga legitimamente, cabendo, porém, recurso ordinário da sua decisão.

competências dos tribunais de trabalho.

Parece evidente e fora de qualquer dúvida o lapso do legislador. No entanto, devemos *presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados* (art. 9, n.º 3 do CC)³⁰. Para além disso, dispendo o art. 37 da LTT que da decisão do tribunal de trabalho cabe recurso segundo as regras de competência em razão da hierarquia, pode-se entender que de todas as decisões proferidas na jurisdição laboral, cabe recurso. Trata-se de uma disposição que retoma a disposição do que estava prevista no art. 25 da anterior lei, segundo a qual *as decisões dos tribunais do trabalho podem ser impugnadas por meio de recurso, segundo as regras de competência em razão da hierarquia*.

Nota-se uma pequena alteração: a antiga lei usava a expressão “podem ser impugnadas”, enquanto a nova disposição socorre-se do termo “cabe recurso”, podendo dizer-se que no primeiro caso haveria limitações ao recurso (que poderiam resultar da alçada), enquanto no segundo há sempre recurso. Também se pode dizer que usando qualquer das disposições a expressão *impugnação das decisões segundo as regras em razão da hierarquia*, quer, apenas, significar que das decisões dos tribunais inferiores recorre-se aos tribunais superiores.

Mas será que faz sentido o legislador inserir uma disposição que nada acrescenta? Parece-nos, pois, que para dar algum sentido ao art. 37 da LTT, o que se pretende é dizer que das decisões dos tribunais de trabalho há sempre recurso, seja qual for o valor. Mas isso seria contrariado pelo art. 6 porque este usa o termo *alçada*, que, como sabemos, serve para determinar os casos em que há ou não recurso em face do valor da causa.

30 Como tem sido assente na doutrina, esta norma toma posição entre a corrente subjectivista e objectivista na interpretação da lei, uma vez que nela sobressai a corrente objectivista, mas também não se deve perder de vista a letra da lei (objectivismo puro), as condições em que a lei foi elaborada (subjectivismo clássico), o pensamento do legislador e a unidade do sistema jurídico (que não deve ignorar a distinção entre alçada e competência), incluindo as condições em que a lei é aplicada, designadamente, a existência de tribunais de recurso. Deste modo, sem prejuízo do acima exposto, é importante referir, tal como chama atenção ASCENSÃO, José de Oliveira, (2006). O Direito - Introdução e Teoria Geral, 13.ª Edição Refundida, Almedina, Coimbra, pp. 397-398, que não podemos com ligeireza afirmar que há uma infelicidade de expressão. Devemos partir do princípio que o texto exprime o que é natural que as palavras exprimam, pelo que se pode afirmar que o entendimento literal será tendencialmente aquele que virá a ser aceite. No entanto, refere o mesmo autor, é necessário não exagerar o alcance desta presunção legal, uma vez que a mesma não dispensa todas as outras tarefas de interpretação, pois só em conjunto com os seus resultados pode ser devidamente utilizada, até porque do mesmo texto legal consta outra presunção, respeitante ao espírito, a que aquela se subordina: a de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

É verdade que se pode dizer que para que o art. 6 tenha algum sentido útil, todas as causas de valor superior a duzentos salários mínimos deverão ser propostas nos tribunais de trabalho distritais, porque das decisões aí tomadas haverá sempre recurso, porque o valor da causa (superior a duzentos salários mínimos) seria superior a alçada desses tribunais (até duzentos salários mínimos), mas em todos os casos de acções inferiores a duzentos salários mínimos, nunca haveria recurso, porque o valor não excede a alçada.

Se isso pode servir para as acções futuras, ou seja, posteriores à entrada em vigor da LTT, trás inúmeros problemas para os processos pendentes à data da entrada em vigor da LTT, justamente porque o autor não teve oportunidade de escolher onde iria propor a acção, se nos tribunais de distrito ou de província, até porque mesmo na Cidade e Província de Maputo só há tribunais de trabalho de nível provincial.

Uma conclusão possível é analisar a constitucionalidade do art. 6, pelo menos nos casos das acções pendentes, porque aí não haveria possibilidade de propor a acção num tribunal de nível distrital, pelo que das decisões propostas nos tribunais de província não haveria recurso, uma vez que só poderia haver recurso se essas causas fossem superiores à alçada desse tribunal. Ora, a alçada desses tribunais está acima de duzentos salários mínimos, não sendo, por isso, um valor fixo.

Isso leva-nos a discutir a questão do direito a recurso e das limitações que o legislador ordinário decida impor numa determinada situação. Há casos em que o legislador indica os casos em que não há recurso das decisões proferidas que já indicamos: se o valor da causa não for superior à alçada, as decisões de mero expediente e que se traduzem no uso de um poder discricionário. Fora desses casos e de quaisquer outros que a lei expressamente determina, não pode existir um impedimento do direito ao recurso, uma vez que parece fora de qualquer dúvida que a Constituição garante que os sujeitos possam impugnar decisões judiciais por meio de recursos, considerando o princípio do duplo grau de jurisdição.

Como referimos, no direito processual vigora o princípio do duplo grau de jurisdição, pelo que impedir que nos casos de acções pendentes nos tribunais de província – sejam de trabalho ou os comuns quando exerçam transitoriamente competências dos tribunais laborais – seria impedir o direito a recurso no seu todo o que seria inconstitucional.

A doutrina discute a existência de um fundamento constitucional do direito a recurso em matéria cível³¹, mas está fora de qualquer dúvida que “o

31 Para uma extensa análise da questão no direito comparado, v. PINTO, Rui, (2017). *O Recurso Civil*. Uma Teoria Geral, AAFDL, Lisboa, pp. 135-154.

legislador ordinário está impedido de eliminar pura e simplesmente a faculdade de recorrer em todo e qualquer caso, ou de a inviabilizar na prática, ou seja, o legislador ordinário não poderá suprimir em bloco os tribunais de recurso e os próprios recursos, [ainda que possa] regular, com larga margem de liberdade, a existência dos recursos e a recorribilidade das decisões, mas segundo critérios objectivos, respeitando os princípios da igualdade e proporcionalidade.”³²

Seria, pois, desproporcional que o regime da alçada trazido pela LTT impedisse, em bloco, o recurso das decisões dos tribunais de província, até porque a própria LTT admite não só os tribunais de recurso (art. 14, n.º 3) como prevê a impugnabilidade das decisões dos tribunais de trabalho (art. 37), pelo que vale aqui também o princípio de que *há direito a recurso porque há tribunais de recurso* (arts. 222, n.ºs 1, 2 e 5 e 224, n.º 1, ambos da CRM 2004).

Deste modo, tendo ficado evidente que em certo sentido o art. 6 é inconstitucional, como resolver a situação? Pode o juiz, tendo em conta o evidente lapso do legislador, interpretá-lo de forma correctiva, recorrendo aos valores da alçada dos tribunais comuns, determinando que o art. 6 se refere, tão somente à competência, ou, sendo inconstitucional, deverá desaplicar a norma como se se tratasse do juiz constitucional?

É jurisprudência assente do Conselho Constitucional³³, que “o nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade não é difuso, em que é permitido ao juiz ou tribunal, no julgamento de um caso concreto, decidir se uma norma é ou não inconstitucional, pois essa competência pertence exclusivamente ao Conselho Constitucional, tanto em sede de fiscalização concreta bem como sucessiva e abstracta da constitucionalidade». Na verdade, nenhum tribunal pode afastar e desaplicar a norma cuja inconstitucionalidade se suscita, pois esse «[...] facto equivaleria a auto-investir-se em juiz constitucional, violando o disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 244 da CRM [actual artigo 243, n.º1, alínea a)], pois o Conselho Constitucional é o único órgão de soberania ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais, nos termos do n.º1, do artigo 241 da CRM [actual artigo 240, n.º 1]”³⁴.

32 PINTO, Rui, *O Recurso Civil. Uma Teoria Geral*, op. cit., pp. 139-140.

33 V. Acórdão n.º 08/CC/2017, de 6 de Novembro, cit., pp. 5 e 6 (<http://www.cconstitucional.org.mz/Jurisprudencia/08-CC-2017>, consultado no dia 9 de Agosto de 2019).

34 No referido Acórdão, o Conselho Constitucional sublinhou, ainda que em matérias jurídico-constitucionais, o seu papel cimeiro perante o Tribunal Supremo, ao referir que “agiu bem o Tribunal Supremo ao suspender o processo ora em análise e remetê-lo de imediato ao Conselho Constitucional para a sua apreciação e decisão [...] e, consequentemente, desaplicado a norma cuja inconstitucionalidade se suscita [...]”.

NOTAS CONCLUSIVAS

I. Os problemas resultantes da entrada em funcionamento dos tribunais de trabalho são inúmeros e ilustram a importância não só do princípio do duplo grau de jurisdição, mas da aplicação da lei processual no tempo. Quando entra em vigor uma nova lei, aparentemente a escolha da lei aplicável é simples, optando-se entre a antiga e a nova lei. No entanto, como ficou evidente, no domínio da lei processual e da organização judiciária, a questão tem outra relevância, uma vez que a nova lei não indicou o seu domínio de aplicação, devendo, neste caso, aplicar-se as regras gerais.

No caso da entrada em vigor da LTT, foi possível distinguir duas realidades: a dos novos processos, onde será aplicada a nova lei e dos processos pendentes, onde, tendo ficado ressalvado os actos praticados antes da sua entrada em vigor e na ausência de disposições especiais, há que tomar posição sobre o impacto que as regras sobre competência e da alçada têm nos processos pendentes. Se quanto à competência trata-se de uma situação especial que permite o desaforamento de um processo de um tribunal inicialmente competente para o novo, já no que se refere à relação da causa com a alçada do tribunal a situação é diferente, não só porque esta foi introduzida na jurisdição laboral, como, também, pela deficiente técnica legislativa, que confundiu a alçada e a competência.

Se é bem verdade que o direito a recurso não está expressamente previsto na Constituição, mas está implicitamente previsto no seu espírito, a aplicação, sem mais, do regime da alçada constante da LTT implicaria a rejeição em bloco de recursos em processos pendentes, o que, bem visto, seria uma violação inadmissível ao princípio do duplo grau de jurisdição. Sendo assim, é de todo evidente a inconstitucionalidade do regime da alçada previsto no art. 9 da LTT onde o legislador estabeleceu para a alçada os limites determinativos da competência.

Desde modo, estando um processo pendente em que a situação se levanta, entendemos que o direito ao recurso se mantém, mas como o juiz laboral não pode desaplicar a norma inconstitucional substituindo-a, por exemplo, pela norma que entenda aplicável, deverá suspender o processo e remetê-lo para a apreciação do Conselho Constitucional. Tendo em conta o nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade, entendemos que o legislador deveria não só alterar o art. 6 da LTT como estabelecer a alçada dos tribunais de trabalho, uma vez que tal não resulta daquela disposição legal.

Não existem informações públicas sobre o processo de revisão da anterior Lei dos Tribunais de Trabalho. Trata-se, mais uma vez, de alterar um diploma legal importante sem transparência e acesso à informação dos operadores judiciários sobre o processo de revisão. É que se deve suscitar o

debate através da divulgação de todos os documentos pertinentes relacionados com o processo³⁵. Muito se poderia dizer sobre a eficácia da Lei dos Tribunais Trabalho, mas os pontos aqui referidos permitem compreender a necessidade de uma maior reflexão, não só sobre a necessidade da sua revisão, mas de uma maior harmonização com a organização judiciária e com o acesso aos tribunais na sequência da transitoriedade das competências dos tribunais de trabalho da província. Mais do que uma Lei dos Tribunais de Trabalho com disposições processuais nela enxertadas, carecemos de um Código de Processo de Trabalho moderno e actualizado.

35 Sobre a transparência de um processo de revisão de diplomas estruturantes, v. o nosso Lições de Processo Civil I, cit., pp. 121-122. Sobre a revisão do CPC, dizíamos que a então UTREL tinha a obrigação, para transparência do processo de revisão, de informar continuamente dos avanços de revisão e da sua calendarização, de forma a manter uma certa tensão entre os operadores judiciários e o processo de revisão e, assim, receber, continuamente, as reacções dos interessados. Dizíamos, na altura, que o défice participativo iria ter implicações de adesão às novas disposições legais. O mesmo se pode dizer da LTT, cuja revisão escondida está a causar enormes problemas práticos.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira, (2006), *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Edição Refundida, Almedina, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. Gomes, (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição (2.^a Reimpressão), Coimbra, Almedina.

CISTAC, Gilles,

- (2010) *Direito Processual Administrativo Contencioso*, Vol. I, Escolar Editora, Maputo.
- *História do Direito Processual Administrativo Contencioso Moçambicano* [disponível em <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscomunedocs/cistacgilles.pdf> consultado no dia 10 de Setembro de 2019].

FERREIRA, Fernando Amâncio, (2006), *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, (2008), *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 48.^a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro.

MACHADO, João Baptista, (1968), *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina.

NETO, José Cretella, (2002), *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro.

PINTO, Rui, (2017), *O Recurso Civil. Uma Teoria Geral*, AAFDL, Lisboa.

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. V, 3.^a Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra.

SACRAMENTO, Luís Filipe/CHUZUAIO, Bernardo Bento, (2014), *Direito Processual Civil – Acção Executiva e Recursos*, Imprensa Universitária, Maputo, pp. 210-211.

TIMBANE, Tomás

- (2020), *Lições do Processo Civil I*, 2.^a Edição, Revista e actualizada, Escolar Editora, Maputo.
- (2016), *A entrada em vigor do Código Penal in Ordem no Estado de Direito*, Maputo, W Editora, Maputo.
- A Arbitragem institucionalizada em Moçambique: ponto de situação e perspectivas de evolução futura in MIRANDA Agostinho/ABREU, Miguel Cancela de,/SILVA, Paula Costa e; PENA, Rui/MARTINS, Sofia (org.), *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, (2015), Universidade

Católica Editora, Lisboa.

- (2007), *A Revisão do Processo Civil*, FDUEM, Maputo.
- (2004), O Poder Judicial no Projecto de Revisão da Constituição, in CISTAC, Gilles (Coord.), *Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional*, FDUEM, Maputo.

VARELA, Antunes e BEZERRA, Miguel/NORA, Sampaio, (1985), *Manual de Processo Civil*, 2.^a Edição (Revista e actualizada), Coimbra Editora, Coimbra.

ESTUDOS

ASSOCIAÇÃO MOÇAMBICANA DE JUÍZES, (2019). Estudo Exploratório sobre acesso à justiça e ao desempenho dos tribunais em Moçambique, AMJ, Maputo.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão n.º 08/CC/2017, de 6 de Novembro, cit., pp. 5 e 6 (<http://www.cconstitucional.org.mz/Jurisprudencia/08-CC-2017>, consultado em 9 de Agosto de 2019).

Acórdão n.º 03/CC/2011, de 7 de Outubro (<http://www.cconstitucional.org.mz/Jurisprudencia/3-CC-2011>, consultado em 10 de Agosto de 2019).

SECÇÃO IV

*Regulamento da Revista Jurídica da
Faculdade de Direito da Universidade
Eduardo Mondlane*

Regulamento da Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane

CAPÍTULO I

Normas gerais

ARTIGO 1

(Objecto)

O presente Regulamento tem como objecto a Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, doravante designada (RJFDUEM ou Revista Jurídica).

ARTIGO 2

(Natureza)

A RJFDUEM é um periódico de cariz científico e teor generalista, abrangendo todas as áreas da ciência do Direito e disciplinas afins, publicada pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

ARTIGO 3

(Objectivos)

A RJFDUEM tem como objectivos a divulgação de investigação científica de excelência, contribuindo para a evolução da ciência jurídica, de acordo com os mais exigentes critérios internacionais.

ARTIGO 4

(Periodicidade)

1. A RJFDUEM tem periodicidade semestral, com um número em Março e outro em Outubro.
2. Excepcionalmente, nos dois primeiros anos terá uma periodicidade anual e podem editar-se, em acréscimo, números especiais, alusivos a determinados eventos ou temáticas.

ARTIGO 5

(Idiomas)

1. A RJFDUEM publica textos na língua portuguesa ou inglesa, devendo o resumo (abstract) estar nas duas línguas.
2. O resumo deve ser, um em relação ao outro, a versão exacta da tradução de uma língua para a outra, seguida pela tradução, também precisa, das palavras-chave.

ARTIGO 6

(Suporte e divulgação)

1. A RJFDUEM é publicada simultaneamente em suporte de papel e em suporte digital.
2. A RJFDUEM deverá estar disponível em espaço próprio na página da internet da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.
3. O Comité Editorial define, periodicamente, a tiragem em suporte de papel.

CAPÍTULO II

Conteúdo Editorial

ARTIGO 7

(Estrutura)

1. A RJFDUEM compreende as seguintes secções:
 - a) Secção I: Editorial;
 - b) Secção II: Doutrina;
 - c) Secção III: Jurisprudência;
 - d) Secção IV: Legislação;
 - e) Secção V: Resenha
 - f) Secção VI: Informações.
2. A RJFDUEM pode compreender outras secções, nomeadamente para divulgação de notícias de interesse para a comunidade científica ou entrevistas.

ARTIGO 8

(Artigos)

1. Os artigos a publicar na RJFDUEM, salvo deliberação do Comité Editorial, estão sujeitos ao procedimento de revisão por pares (per review).
2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, a RJFDUEM pode convidar autores de reconhecido mérito a publicar artigos sem o procedimento de revisão por pares.
3. Os artigos publicados nos termos do número anterior mencionam o convite para publicação.
4. O procedimento de revisão por pares realiza-se nos termos previstos pelo Comité Editorial.

ARTIGO 9

(Requisitos dos Artigos submetidos)

Os artigos submetidos à publicação na Revista devem preencher os seguintes requisitos:

- a) Os artigos podem ser em co-autoria e devem ser inéditos no

sentido de que não devem ter sido objecto de publicação anterior;

- b) Os artigos devem ser oportunos e relevantes para a comunidade académica e para a ciência jurídica em geral;
- c) Os temas devem ter cunho científico ou afim;
- d) Os artigos devem obedecer as especificações definidas no Anexo.

ARTIGO 10

(Bolsa de Revisores)

1. A RJFDUEM compreende uma Bolsa de Revisores, composta por avaliadores externos que participam no procedimento de revisão por pares.
2. Os membros da Bolsa de Revisores devem ser académicos independentes, de reconhecido mérito, nacionais ou estrangeiros,.
3. Os mandatos dos membros da Bolsa de Revisores têm a duração de quatro anos, automaticamente renováveis.

ARTIGO 11

(Revisores - Revisores pares)

1. Os revisores são pessoas idóneas nos temas e secções da Revista, com experiência em pesquisas e publicações.
2. A participação na Revista se dá por convite directo para a revisão de, no máximo, dois artigos em cada volume.
3. Os revisores serão renovados a cada número da publicação e poderão ser convidados novamente após um ano.
4. Os revisores serão qualificados pelo Editor-Chefe a fim de reconhecer o cumprimento dos prazos estabelecidos e a qualidade da revisão.
5. A participação dos revisores não gera nenhum tipo de relação laboral ou contratual.
6. Os revisores podem recusar o convite se acreditarem que pode haver um conflito de interesses pessoal ou profissional.
7. Os artigos são enviados aos revisores sob anonimato dos respetivos autores, por forma a salvaguardar a independência e transparência
8. São funções de revisor:
 - a) Rever os artigos e emitir observações, recomendações e conceitos sobre sua publicação;
 - b) Rever a estrutura dos artigos, o cumprimento das instruções aos autores e a coerência entre as componentes;
 - c) Emitir um conceito de recomendação de publicação com precisão sobre a qualidade científica do artigo submetido para revisão;
 - d) Verificar o cumprimento dos princípios éticos declarados e garantir o respeito à conduta ética associada à produção científica;

- e) Identificar e propor publicações ou autores considerados relevantes e que não foram citados;
- f) Cumprir os prazos acordados para a revisão dos artigos;
- g) Manter o anonimato e a confidencialidade sobre o seu trabalho até a publicação;
- h) Respeitar as regras sobre direitos autorais.

CAPÍTULO III

Órgãos

Secção I

Aspectos Gerais

ARTIGO 12

(Composição e vínculo contratual)

1. Os órgãos da revista são designados pelos órgãos da Faculdade e por cooptação dentre os pares.
2. A direcção e os órgãos da Faculdade deverão estar abertos a apreciar auto-candidaturas.
3. Os membros dos órgãos têm um mandato de quatro anos, renováveis.
4. Nas eleições deve ser garantida a continuidade de 1/3 dos membros de cada órgão.
5. Os antigos membros dos órgãos da revista são encorajados a participar nas sessões dos órgãos da Revista, sem direito a voto.
6. Os órgãos são formados por profissionais de reconhecida trajetória em cada uma das secções em que a Revista está estruturada.
7. A relação dos membros dos órgãos da revista é de natureza honorária e não gera qualquer tipo de relação contratual com a Faculdade.

ARTIGO 13

(Director)

1. A revista é dirigida por um Director, designado pelo Conselho Científico da FDUEM.
2. Compete ao Director da RJFDUEM:
 - a) Representar a RJFDUEM;
 - b) Coordenar o procedimento editorial e as actividades do Conselho Editorial;
 - c) Cumprir e fazer cumprir a política editorial e o plano editorial de cada número;
 - d) Coordenar a calendarização do processo de publicação;
 - e) Propor os membros do Conselho Científico da Revista;
 - f) Autorizar ou recusar fundamentadamente a publicação dos textos submetidos à RJFDUEM após a avaliação;

- g) Celebrar protocolos de trocas bibliotecárias da RJFDUEM com outras revistas;
- h) Promover a divulgação da RJFDUEM.

ARTIGO 14

(Comité Editorial)

1. A RJFDUEM compreende um Comité Editorial composto por 11 (onze) docentes da FDUEM designados pelo Conselho Científico da Faculdade, por proposta do Director da Faculdade.
2. Compete ao Conselho Editorial:
 - a) Estabelecer a política editorial da RJFDUEM, sem prejuízo da Política de Investigação da FDUEM;
 - b) Assegurar o cumprimento dos objectivos da publicação, da política editorial e científica e das normas de publicação;
 - c) Estabelecer medidas que aumentem o valor agregado e diferencial da Revista;
 - d) Definir a estrutura da revista;
 - e) Propor ao Director da FDUEM a indicação do Editor-Chefe da Revista;
 - f) Propor ao Director da FDUEM a indicação de membros do Conselho Científico da Revista;
 - g) Designar os membros da Bolsa de Revisores;
 - h) Conduzir todo o processo de edição e publicação;
 - i) Definir os padrões de qualidade de publicação;
 - j) Propor a revisão de formatos de publicação e de normas de estilo constantes do Anexo;
 - k) Sugerir eventuais números especiais e respectiva temática;
 - l) Definir o preço de venda ao público de cada número e dos artigos online;
 - m) Apresentar anualmente um relatório de actividades;
 - n) Pronunciar-se sobre qualquer outro assunto que o Director da RJFDUEM entenda submeter-lhe.
3. O Comité Editorial reúne, ordinariamente, duas vezes por ano e, extraordinariamente, por convocação do Director da RJFDUEM ou por um terço dos seus membros.
4. O Comité Editorial é apoiado por um funcionário designado pelo Director da FDUEM.

ARTIGO 15

(Presidente do Comité Editorial)

O Presidente do Comité Editorial é o responsável pela direcção das actividades

do Comité Editorial.

Secção II
Editores e Conselho Científico
ARTIGO 16
(Editores)

1. A Revista tem um Editor-Chefe e Editores para as secções da Revista.
2. O Editor-Chefe está encarregado de dirigir a Revista e de propor acções para o aprimoramento da publicação e segue o Código de Conduta e melhores práticas prescritas na Lei.
3. São competências do Editor-Chefe:
 - a) Aceitar os artigos postulados que obedecem às instruções dos autores;
 - b) Aconselhamento sobre os critérios e objectivos da revista;
 - c) Identificar tópicos e conferências para edições especiais,
 - d) Atrair novos autores e manuscritos;
 - e) Classificar e analisar a relevância do conteúdo em relação a cada secção, o apoio à pesquisa, a estrutura dos resumos e palavras-chave, bem como a apresentação e coerência interna do artigo;
 - f) Reunir com os editores das secções;
 - g) Garantir a qualidade científica e editorial;
 - h) Propor reuniões ordinárias e extraordinárias do Comité Editorial e do Conselho Científico;
 - i) Informar o Comité Editorial sobre o resultado das chamadas e do recebimento dos artigos;
 - j) Construir uma base de revisores;
 - k) Propor revisores dos artigos;
 - l) Estabelecer comunicação com todos os participantes envolvidos na publicação;
 - m) Manter o anonimato necessário dos processos que o exigem;
 - n) Garantir que todos os artigos publicados foram devidamente revisados por pares;
 - o) Supervisionar o processo editorial e apoiar a coordenação e produção de material digital;
 - p) Coordenar e apoiar iniciativas de treinamento de pesquisadores em temas associados à submissão de artigos, ética de publicação e todos os temas;
 - q) Coordenar a página da Web e assegurar a troca e assinatura da Revista;
 - r) Manter a visibilidade do periódico nas bases onde está indexado

- e buscar opções de indexação em novos;
- s) Manter a qualidade científica e técnica da revista de acordo com os requisitos dos sistemas de indexação e resumo (SIR); e
 - t) Garantir que os padrões éticos internacionais aplicáveis às publicações científicas sejam mantidos.

ARTIGO 17

(Conselho Científico)

1. A RJFDUEM compreende um Conselho Científico que funciona como órgão consultivo da Comité Editorial e será composto por 10 (dez) académicos, nacionais e estrangeiros, de reconhecido prestígio, externos e independentes, por ele nomeados.
2. O Conselho Científico reúne ordinariamente uma vez por ano, presencialmente, através de teleconferência ou meio equivalente.
3. São competências do Conselho Científico:
 - a) Pronunciar-se sobre a organização e a actividade do Conselho Editorial;
 - b) Pronunciar-se sobre a prática de revisão pelos pares;
 - c) Pronunciar-se sobre a estratégia editorial;
 - d) Pronunciar-se sobre o Relatório de Actividades;
 - e) Apoiar o Comité Editorial e o Editor-Chefe na formulação da política;
 - f) Assessorar o Comité Editorial nos aspectos relacionados à qualidade da informação e do conteúdo editorial; e
 - g) Assessorar o Comité Editorial e o Editor-Chefe na definição dos parâmetros de qualidade científica.

CAPÍTULO IV

Normas finais

Artigo 18

(Exemplar gratuito)

1. A versão impressa da Revista é distribuída gratuitamente aos:
 - a) Director da Faculdade e Directores-Adjuntos;
 - b) Director da Revista;
 - c) Membros dos Comité Editorial e do Conselho Científico;
 - d) Autores de artigos publicados na Revista.
2. O Director da Revista deve estimular a troca de exemplares com outras instituições de natureza pública ou privada, nacionais ou estrangeiras, bem como com instituições de ensino nacionais ou estrangeiras.

ARTIGO 19
(Omissões)

Cabe ao Comité Editorial decidir todas as questões não previstas ou definidas pelo presente Regulamento.

ARTIGO 20
(Início da vigência)

O presente Regulamento entra em vigor no dia subsequente ao da sua publicação.

ANEXO

REGRAS DE ESTILO PARA A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS À REVISTA DA FDUEM

Para efeitos do previsto no Regulamento da Revista da Faculdade de Direito da UEM são apresentados a seguir as regras de estilo para a preparação dos artigos científicos para efeitos de publicação na Revista.

1. Extensão e estrutura

- Os artigos preparados para efeitos de publicação da Revista da FDUEM, devem ter uma extensão que varia de 40 a 80 mil caracteres, no mínimo e máximo, respectivamente, constituindo um mínimo de 20 páginas.
- O número de páginas referido no parágrafo anterior abrangerá a Introdução à Conclusão, incluindo espaçamentos, notas de rodapé, lista bibliográfica e resumos.
- Os textos devem obedecer à seguinte estrutura:
- **TÍTULO E AUTOR:** nome completo ou profissional do autor ou autores, título profissional do autor ou autores e título completo do artigo.
- **RESUMO/ABSTRACT:** Dois resumos, um em português e outro em inglês. Escrito em texto corrido, sem notas de rodapé. Com um máximo de 300 palavras, seguidas de palavras-chave (máximo 5 palavras).
- **INTRODUÇÃO:** devendo apresentar uma contextualização, objectivos e metodologia (num texto corrido).
- **DESENVOLVIMENTO:** com os títulos enumerados de forma sequenciada (não em capítulos).
- **CONCLUSÃO**

- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

2. GUIA DE FORMATAÇÃO

- i. **Estilo**
 - Texto — Impessoal ou seja 3.^a pessoa do singular.
 - Tamanho da folha: A4 Margens (superior, inferior, direita e esquerda): 2,5 Cm
 - Fonte: Times New Roman
 - Tamanho da fonte: 12
 - Alinhamento: justificado Espaçamento: (a) entre linhas: 1,5; (b) antes: 0 pt; (c) depois: 0 pt Recuo para início do parágrafo: 2,5 cm
 - ii. A estrutura do texto deve respeitar, na sua organização interna, nos seus títulos e subtítulos, a seguinte ordenação de numeração:
 - Número cardinais seguidos de pontos [(1., 2., 3., ...)];
 - Número romano seguido de ponto [(I., II., III., ...)];
 - Letras minúsculas com parêntesis [(a), (b), (c), ...];
 - Número cardinais com parêntesis [(1), (2), (3), ...].
 - iii. **Notas de rodapé**
 - Fonte: Times New Roman
 - Tamanho da fonte: 10 Espaçamento: (a) entre linhas: 1,0; (b) antes: 0 pt; (c) depois: 0 pt
 - iv. **Referências**
 - As referências devem ser apresentadas em notas de rodapé, com números sobrescritos:
- a) **livros**

APELIDO DO AUTOR EM LETRAS MAIÚSCULAS, Nome do Autor ou iniciais, Ano, Título do livro em itálico, Cidade, Editora, p. 00 [número (s) da (s) página (s) utilizada (s)].

Exemplo: AUDIT, Bernard, (2010), Droit International Privé, 6. ed., Paris, Economica, p. 64.
 - b) **artigos em periódicos**

APELIDO DO AUTOR EM LETRAS MAIÚSCULAS, Nome do Autor ou iniciais, Título do artigo sublinhado, Título do periódico, volume, número, página inicial-página final, ano, p. 00 (número da página utilizada).

Exemplo: LISITA, V. N., The concept of contract in Russian law, in

Journal of the Russian Academy of Legal Sciences, v. 4, n. 2, 72-89, 2011, p. 81.

c) **capítulos em obras colectivas**

APELIDO DO AUTOR EM LETRAS MAIÚSCULAS, Nome do Autor ou iniciais, Título do capítulo em sublinhado, In: APELIDO DO AUTOR DA OBRA EM LETRAS MAIÚSCULAS, Ano, Título do livro. Cidade, Editora, p. 00 (número da página utilizada)

Exemplo: HIGGOTT, Richard, The international political economy of regionalism: the Asia Pacific and Europe compared, In COLEMAN, William D. e UNDERHILL, Geoffrey R. D. (Eds.), Regionalism and Global Economic Integration: Europe, Asia and the Americas. London and New York: Routledge, 1998., p. 23.

d) **Casos e Jurisprudência**

Casos:

- Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Argentine Republic, ICSID Case n. ARB/03/10, 17 June 2005, Preliminary questions on jurisdiction, 19-20.
- Impregilo v. Pakistan, ICSID Case n. ARB/03/03, 22 April 2005, Decision on jurisdiction, 154.
- American Manufacturing v. Zaire, ICSID Case n. ARB/93/I, 21 February 1997, Award, 21.
- Jurisprudência: Tipo de Decisão, número (se for o caso) data completa da decisão, objecto (assunto principal) ou número do Processo.

Exemplos:

Jurisprudência moçambicana

- Acórdão n.º 1/CC/2015 de 7 de Janeiro, Investidura do cidadão Filipe Jacinto Nyusi no cargo de Presidente da República de Moçambique, eLeito nas ELEições Presidenciais, realizadas no dia 15 de Outubro de 2014.
- Acórdão n.º 10/2017, de 3 de Dezembro (Secção Cível), Tribunal Supremo, Moçambique.
- Acórdão n.º 10/2018/1.ª, de 3 de Setembro (Contencioso Administrativo), Tribunal Administrativo, Moçambique

Jurisprudência portuguesa

- a) No texto: AC. + identificação do tribunal (por sigla — Cfr.

Abreviaturas — STJ, RL, RC,
. .) + data + (nome do relator)
Ac. da RL de 18/12/2007 (Jorge Leal)

- b) A final: referência aos demais elementos —n.º processo, local publicação, pp...
AC. STJ 11/2/2003 (Ferreira de Almeida), Proc. No., CJ STJ, A. XI, T. 1, p. 93
AC. RP 23/4/2003 (Fonseca Ramos), Proc. n.º 0240941, URL: <http://www.dgsi.pt> (consultado em 20/8/2004)

Jurisprudência alemã

- a) No texto: Identificação do tribunal + Nome por que é conhecida a decisão + data (ano) +
n.oprocesso
BGH, Magnetophon, 21/11/1952 (1 ZR 56/52)
- b) A final: referência aos demais elementos — local publicação, pp.
BGH, Magnetophon, 21/11/1952 (1 ZR 56/52), GRUR, n.º 3, 1953,
pp. 140-143

3. BIBLIOGRAFIA

Devem constar todas as obras referidas no texto, mas não as meramente consultadas.

3.1. OBRAS DE REFERÊNCIA

- A.
- B.
- C.

1. LEGISLAÇÃO

Os textos legais devem estar ordenados de acordo com a sua importância/hierarquia/valor.

- Constituição
- Códigos
- Leis
- Resoluções da Assembleia da República
- Decretos
- Resoluções do Conselho de Ministros

2. CASOS E JURISPRUDÊNCIA

Casos e jurisprudência)

3. **PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS**

(Revistas e Jornais)

4. **OUTRAS FONTES**

(Teses, monografias, documentos, entrevistas...)

5. **SITES DA INTERNET**

www, data de acesso.



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

JULHO DE 2025 • VOLUME VII

Esta edição comemorativa da REVISTA JURÍDICA reúne uma selecção de artigos científicos produzidos por renomados juristas, pesquisadores e académicos, abordando temas fundamentais e contemporâneos do Direito. Com uma abordagem crítica e interdisciplinar, os textos aqui apresentados pretendem contribuir para o aprofundamento teórico e prático de questões essenciais do Direito e da Justiça. Este volume explora tópicos de direito privado, direito internacional e direito processual, procurando promover um debate actualizado e relevante para estudantes, profissionais e pesquisadores do Direito. Mais do que uma simples compilação de textos, esta obra procura compreender as transformações jurídicas e seus impactos na sociedade.