

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano III · Número 5

Janeiro · Junho de 2015



FICHA TÉCNICA

ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, n.º 5

Propriedade e Editor

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa – Portugal
www.idilp.net/redilp
presidente@idilp.net

Secretária

Dr.ª Inês Braga (secretariado.idilp@gmail.com)

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano III · Número 5

Janeiro · Junho de 2015

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP

INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOUTRINA

Carlos Burity da Silva

O costume como fonte de Direito na Ordem Jurídica Plural Angolana. . . 7

Flávio Inocêncio

As Transformações Constitucionais em Angola: o Tribunal Constitucional como o ‘Guardião da Constituição’ 65

Gildo Espada

Codificação de Usos e Costumes em Moçambique no Século XIX – inícios do século XX. 97

Helena Pereira de Melo

Os direitos humanos em África 135

Helena Sambo e Londa

As fontes do Direito Fiscal 157

Lídia Ribas e Jorge Bacelar Gouveia

Os Conflitos nas Sociedades Brasileira e Portuguesa do Século XXI: Assunção de Mecanismos Alternativos de Solução 199

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Georgenor de Sousa Franco Filho

Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. 219

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Rômulo de Andrade Moreira

O Procedimento do Júri e a Aplicação do Art. 397 do Código de Processo Penal 237

III – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

I CLCVD – Congresso Luso-Cabo-Verdiano de Direito. 245

I COLMOD – Congresso Luso-Moçambicano de Direito 249

I - DOUTRINA

O Costume como Fonte de Direito na Ordem Jurídica Plural Angolana¹

Custom as source of Law in Legal Order of Angola

CARLOS ALBERTO BRAVO BURITY DA SILVA²

Resumo: Por longo tempo, até meados do século XVIII, o costume foi a principal fonte de direito. Porém no direito moderno, de modo geral, chegada a hora das codificações, o costume foi perdendo paulatinamente a sua importância, mas não se converteu num domínio morto pois continua a brotar da consciência jurídica popular, como inicial manifestação do direito, facto fortemente patente nas sociedades africanas.

O legislador português, escudado na perspectiva positivista de que só a lei é fonte de Direito, sempre votou o costume para uma situação de verdadeira ignorância no âmbito da formulação sistemática das fontes de direito consagradas logo nos primeiros quatro artigos do Código Civil, para tentar ocultar a sua força normativa autónoma e afastar o direito «segregado da própria comunidade».

Na trajectória do costume como fonte de Direito em Angola verificamos variadas nuances que vão desde a sua rejeição, passando pela absoluta ignorância pelo legislador até ao seu reconhecimento formal pelo artigo 7.º da Constituição de 2010, factor que desencadeia abertamente e pela primeira vez um pluralismo jurídico declarado em Angola.

A importância que deve ser conferida ao costume e a atenção que ele deve merecer no âmbito da formulação e aplicação das normas jurídicas, bem como a grande disparidade existente entre o costume e a lei levam-nos a tecer considera-

¹ O trabalho exposto é correlativo ao seminário da disciplina de Pluralismo Jurídico, parte escolar, com vista à obtenção do grau de Doutor, do 1.º Curso de Doutoramento Conjunto entre as Faculdades de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Agostinho Neto. Entregue: 1.7.2015; aprovado: 19.7.2015.

² Doutor em Ciências Jurídicas, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto e Doutorando em Direito no programa conjuntamente organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

ções pertinentes e críticas ao sistema actual pois se esta é uma grande conquista do costume, uma grande revolução a nível do ordenamento jurídico angolano, a verdade é que nada ainda mudou em relação ao tratamento do costume nestes últimos cinco anos de efectivação.

Para a instrumentalização e aplicação da força consuetudinária em Angola torna-se, portanto, necessário desencadear medidas para a verdadeira materialização e viabilização do costume como parâmetro da aplicação da justiça e da criação da lei.

Palavras-chave: costume; fonte de direito; pluralismo jurídico.

Summary: Long ago before the middle century XVIII, custom was the main source of law. However, due appearance of codification as the modern law, in general way, the custom was gradually losing its importance, even though this condition, did not turn into monotonous domain, for still remains in popular legal consciousness, as the initial display of law, which strongly, is stared at African societies.

The Portuguese legislator shielded from positivist perspective that only the law is a source of law, remained to vote the custom to a real ignorance concerning to systematic formulation of the source of law then consecrated in the four firsts articles of civilian code, having essay of hiding its autonomous formative forces and to stand back the law “hallowed of own community”.

Ongoing trace of custom as source of law in Angola, we found varies transfiguration ranging from rejection, passing through legislator’s absolute ignorance concerning to recognition by 7th article of the constitution of 2010, fact that triggers, openly and by the first time, a legal pluralism declared in Angola.

The importance that should be addressed to custom and attention that deserves within the framework of the formulation and juridical normative application, large differences between custom and law, lead us to weave relevant consideration and criticisms to current system because if this is a major achievement of custom, a great revolution at the level of Angolan legal system, the truth is also, that nothing yet has changed from the usual treatment of custom five years thereafter.

In order to put in instrumental way and the use of Angola home force, turns necessary importance to strength measures for the true materialization and facilitation of custom being parameter of implementation of justice and creation of law.

Key words: custom; source of law; legal pluralism.

Introdução

O “costume” é a prática habitualmente seguida, desde tempos imemoriais, por todo o Povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adoptar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo Direito. É a fonte mais antiga e genuína do Direito e a sua relevância é bastante acentuada hoje nos Países Africanos caracterizando-se em grande medida por não respeitar apenas ao direito interno ou nacional mas também – e muito – ao Direito Internacional.³

Com a consagração constitucional do costume como fonte formal de Direito no ordenamento jurídico angolano (artigo 7.º da Constituição de 2010) opera-se um verdadeiro reconhecimento de um instituto que já vigorava em vários domínios da sociedade angolana, mormente no contexto jurisdicional.

O costume nunca deixou de estar na base e de constituir uma componente social e cultural com inequívoca relevância na dinâmica da vida dos angolanos. No entanto, várias vertentes de tratamento podemos configurar ao costume no que toca ao reconhecimento como fonte e Direito, na sua relação costume/lei e na sua consagração ou referência infraconstitucional.

Hoje, olhando autores – e eram a maioria na teoria clássica das fontes do Direito – que negavam o facto ou a simples possibilidade de o costume ser fonte do Direito, na época actual, podemos cingir-nos na teoria pluralista⁴ para explicar o fundamento jurídico do costume, ou seja, do costume como fonte do Direito.

Esta teoria permite, desde logo, explicar a juridicidade do costume como fonte do Direito nos períodos históricos em que não havia Estado (tribos pré-históricas, pequenas localidades rurais na Idade Média), bem como nos territórios actuais até onde os órgãos e o aparelho do Estado não chegam, como é o caso de Angola. Por outro lado, mesmo

³ Amaral, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, págs. 371-373.

⁴ Segundo a teoria pluralista o costume é juridicamente vinculativo por – que, e na medida em que, é querido pela vontade do Povo (ou dos povos, ou da população local). Era a sábia doutrina de Ulpiano – o costume como *tacitus consensus populi*. Amaral, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, pág. 377.

quando há Estado e a acção deste é eficaz e chega a todo o território, o costume tem uma autenticidade social tão grande, tão genuína, tão forte, que a sua legitimidade e autoridade provêm do povo, que o pratica, e não do Estado – que, na maior parte dos casos, o ignora ou, quando tem notícia dele, o tolera.⁵

Desde à sua ignorância pelo legislador até ao seu reconhecimento formal,⁶ factor que desencadeia abertamente e pela primeira vez um pluralismo jurídico declarado em Angola, o costume pode ser objecto de várias referências. É precisamente tendo em conta todas estas vicissitudes a que se sujeitou o costume como fonte de Direito e a sua inequívoca destacada importância nos Países Africanos e, consequentemente em Angola, que procuramos fundamentar a presente exposição.

CAPÍTULO I

AS FONTES DO DIREITO E O PLURALISMO JURÍDICO EM ANGOLA

1. Das fontes de direito em geral

A expressão *fontes de direito*⁷ é uma expressão metafórica que pode traduzir diversos significados, como muitas outras expressões na área do direito. O termo *direito* vai nela tomado no seu sentido objectivo e o termo (imagem) *fonte* sugere de imediato o conteúdo do problema: trata-se de averiguar sobre a origem, o aparecimento, a constituição das normas jurídicas. Como é que surge e se manifesta o direito, ou seja, qual o processo de criação das normas jurídicas.

⁵ E também cerca de 70 a 80 por cento do território em Moçambique, Guiné-Bissau, S. Tomé e Príncipe, etc.

⁶ Pelo artigo 7.º Constituição de 2010.

⁷ Para um tratamento mais aprofundado do tema, poderá utilmente consultar-se: Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, págs. 43-56 e 255-331.

A expressão é, pois, particularmente sugestiva. Mesmo assim tem sido objecto de várias críticas, que a acusam de ambiguidade, por comportar sentidos diversos. Convirá referir aqui que, justamente tendo em conta esta multiplicidade de sentidos da expressão e, segundo muitos, a sua incorrecção, é que de vários sectores se propõe o abandono da expressão e a utilização de uma linguagem mais rigorosa.

Para Oliveira Ascensão a expressão *fontes de direito* é aceite mas não é particularmente feliz, quer na utilização da palavra fonte, quer na utilização da palavra *Direito*. *Fonte* representa antes de mais uma imagem, de tal vastidão que se adapta a várias realidades jurídicas, tornando-se ambígua, dada a sua plasticidade. Também merece reparo a segunda parte: fonte do Direito, pois o que se abrange sob esta epígrafe não é todo o Direito. É exclusivamente o Direito objectivo – mais precisamente, as regras jurídicas que o exprimem. O Direito é muito vasto, se entendido como ordem jurídica, pelo que a tomada à letra da expressão «fonte de direito» abrangeria também as instituições. Abrangeria até os contratos, pois destes derivam preceitos individuais que vinculam as partes. Tudo isso também é Direito. É nesta perspectiva que conclui o autor que a expressão fonte do Direito é imprópria. Utilizamo-la porque é corrente, mas sempre com ressalva do esclarecimento que fica feito. Fala-se em *fonte do direito* porque há uma realidade que tem o sentido de conter normas jurídicas.⁸

Não obstante o fundamento de todas estas críticas, entendemos, também, que é de manter a expressão aqui, por motivos diversos: Porque se trata de uma expressão consagrada e largamente utilizada na literatura jurídica; Porque os inconvenientes da sua utilização podem ser superados desde que haja o cuidado de precisar o sentido da sua utilização quando ele não resulte com clareza da exposição; Porque não são inquestionáveis as vantagens de outras expressões propostas, sendo certo que contra algumas delas militam argumentos de peso; Porque, por fim, o direito vigente na República de Angola utiliza abundantemente a expressão. Mas, a inquestionável verdade é que na linguagem jurídica a vemos utilizada em diferentes acepções.

⁸ O *Direito Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., pág. 51.

Num *sentido histórico*, entendem-se por fontes de direito as origens históricas de um dado sistema jurídico, as influências, de carácter histórico, que marcam o modo de ser, a estrutura, de um dado ordenamento jurídico. É com este alcance que se pode afirmar que o direito português é fonte do direito angolano, da mesma forma que o direito romano é fonte do direito português.

Num *sentido instrumental*, serão fontes de direito as formas ou materiais em que se contêm as regras jurídicas, ou melhor, através das quais o direito é dado a conhecer aos seus destinatários. São os documentos que contêm os preceitos. É a este propósito que os autores falam em *fontes de cognição* ou *fontes iuris cognoscendi*, por oposição às *fontes iuris essendi*, ou fontes em sentido técnico-jurídico. A desapareição das primeiras não atinge a subsistência da regra, como realidade ideal que se desprende do veículo que serviu à sua revelação. Mesmo que, após publicada uma lei num jornal oficial, desaparecessem todos os exemplares, a lei continuaria a existir, enquanto de algum modo pudesse ser provada. E, elas podem ser quer a tradição oral, quer certos materiais ou documentos idóneos para darem a conhecer o conteúdo das regras jurídicas. Nos modernos ordenamentos jurídicos, a mais importante, se não exclusiva, fonte *iuris cognoscendi*, são os documentos escritos. Na República de Angola, por força da Lei Constitucional, a mais importante fonte instrumental do direito é o *Diário da República*. A Lei Constitucional determina expressamente a necessidade de publicação no Diário da República dos decretos legislativos presidenciais, decretos legislativos presidenciais provisórios, decretos presidenciais e despachos presidenciais emitidos pelo Presidente da República (artigo 125.º, n.º 1) e dos decretos executivos e despachos dos Ministros de Estado e dos Ministros.⁹ Trata-se de um sentido que tecnicamente reveste muito pouco interesse.

⁹ Mas a Lei Constitucional não contempla directamente a forma de publicidade dos actos normativos dos órgãos do poder local, remetendo, por força dos artigos 146.º, n.º 2 e 147.º, para lei ordinária. O Decreto n.º 27/00, D.R. I Série n.º 20, de 19 de Maio, aprova o paradigma de Regulamento e o Quadro de Pessoal dos Governos Provinciais, das Administrações dos Municípios e Comunas, prescreve que estes órgãos no exercício das suas funções emitem Resoluções e Posturas (vide artigos 2.º, n.º 3; 42.º, n.º 4 e 63.º, n.º 3, respectivamente). Sobre a publicação das leis no *Diário*

Em *sentido orgânico*, fontes de direito são os órgãos ou entidades com legitimidade para criarem direito, isto é, para ditarem normas de obediência geral obrigatória. São os órgãos que estão incumbidos da produção de regras jurídicas. Em face da Lei Constitucional de 2010 são fontes de direito, nesta acepção, a nível central do Estado: a *Assembleia Nacional* (artigo 166.º), o *Presidente da República* (artigo 125.º), os *Ministros de Estado e os Ministros* (artigo 137.º). No que concerne aos órgãos da administração local do Estado, são fontes de direito, de acordo com o Decreto n.º 27/00, os Governos Provinciais, as Administrações dos Municípios e as Administrações das Comunas (artigos 2.º, n.º 3; 42.º, n.º 4 e 63.º, n.º 3). Como se pode verificar, é um sentido que interessa, especialmente, ao Direito Público.

Em *sentido material ou sociológico*, são fontes de direito os interesses, factores ou condicionamentos de ordem social que determinam a produção e o conteúdo das prescrições jurídicas. Será o circunstancialismo social que provocou determinada norma. Assim, pode dizer-se que o aumento do parque automóvel, a crescente potência dos motores e a consequente multiplicação dos acidentes têm sido as fontes das actuais leis rodoviárias.¹⁰

Finalmente, num *sentido técnico-jurídico ou dogmático*, por fontes de direito entendem-se os modos ou formas de criação do direito. “São os modos de formação e revelação das regras jurídicas”.¹¹ É neste sentido, ou seja é nesta última acepção, que a expressão é mais correctamente utilizada e na exposição subsequente privilegiar-se-á o sentido de fonte de direito como modo de revelação das normas jurídicas.

Assim, em termos gerais, importa-nos considerar apenas a acepção técnico jurídica de fontes do direito que são as seguintes cinco:

da República ou, porventura, noutra Boletim Oficial, refira-se que ela não pode ser substituída por outras formas de levar ao conhecimento dos interessados o conteúdo dos actos normativos, como a sua divulgação através da imprensa diária, da rádio ou da televisão. Uma lei só se torna obrigatória depois de publicada no Jornal Oficial, determina o artigo 5.º do Código Civil.

¹⁰ Vide Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, pág. 45.

¹¹ *Ibidem*, pág. 45. Como refere este autor, mesmo neste sentido, a expressão não é unívoca: “há autores para quem as fontes do direito são só modos de formação das normas jurídicas”.

1. – A *lei* (actos normativos estatais), 2. – O *costume*; 3. – a *jurisprudência*; 4. – Os usos 5. – A *doutrina*.¹² A estes factos cuidaremos de nos referir com a ressalva de que o problema das fontes de direito é uma questão que interessa a todo o ordenamento jurídico e não apenas à área do direito privado ou à área do direito público.

2. A lei

A palavra *lei* tem grande multiplicidade de acepções e precisamos de estar esclarecidos sobre as principais, para não sermos vítimas de erro ou confusão.

Quando dizemos que o universo está sujeito a leis; que todos os seres possuem as suas leis próprias, tanto os homens como os animais, tanto os seres vivos como os seres inanimados; que há leis jurídicas, leis religiosas, leis morais, leis da natureza – tomamos a palavra na sua mais ampla significação. Neste sentido, *lei é o conjunto dos princípios que regem todos os seres*.

Mas se dissermos que o Direito é um conjunto de leis, já empregamos a palavra em acepção mais limitada. É a acepção que aparece em expressões como esta: “homem de leis”, ou seja, aquele que profissionalmente estuda e aplica o Direito. Aí a *lei* identifica-se com o *Direito*, é toda e qualquer *regra jurídica*.

Se finalmente afirmamos que os povos se regem por *leis e costumes*, limitamos ainda mais o significado da primeira palavra, e então a lei será só uma das fontes do direito, um dos modos de criação e revelação da norma jurídica.¹³ É precisamente neste sentido que tomamos a

¹² De acordo, também, com Castro Mendes, João, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág.78.

¹³ PLUTARCO definiu lei “a rainha de todos os mortais e imortais”. MONTESQUIEU, de forma um pouco imprecisa, definiu-a como “as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”. Os Ingleses e os Americanos fazem de “lei” sinónimo de “Direito”, porque a este se referem sob o nome de “law”. Também na Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (art. 2.º) a lei é definida genericamente como norma jurídica. Nos escritos dos juristas europeus continentais a significação que prevalece é aquela segundo a qual a lei aparece contraposta aos outros processos de constituição do Direito Positivo, às outras fontes jurídicas, designadamente

palavra no presente capítulo, como se vê da enunciação que fizemos das fontes de Direito em *sentido técnico-jurídico ou dogmático*.

2.1. *Noção e características*

No que toca à etimologia da palavra lei, existem duas explicações técnicas: ou a palavra é originária do verbo *legere* (que significa ler, mas significando também eleger, escolher); ou decorre do verbo *ligare* (aquilo que se liga, aquilo que vincula, aquilo que obriga). Daí se inferir que se chama *lei* por se tratar da escolha de determinada norma ou regra, dentro de um conjunto. Temos, *a priori*, de afastar da denominação *lei* as leis naturais, pois imputa-nos, aqui, a regra jurídica, como lei do “dever ser”.

Podemos, nesta perspectiva, definir lei como sendo uma regra geral de direito, abstracta e com carácter de permanência, dotada de sanção, expressa pela vontade de uma autoridade competente, de cunho obrigatório e de forma escrita.

Desta definição podemos extrair algumas características, nomeadamente: 1) a lei é uma regra geral; 2) É uma regra abstracta; 3) Tem o carácter de permanência; 4) Deve emanar de um poder competente; 5) É dotada de sanção; 6) É apresentada por uma forma escrita.¹⁴

2.2. *A Lei como fonte imediata do direito na República de Angola*

A lei ocupa o primeiro lugar em todo o enunciado moderno de fontes de Direito. O n.º 1 do artigo 1.º do Código Civil estabelece que a lei é única *fonte imediata do direito*.¹⁵ Trata-se de uma disposição

o costume. Inocêncio Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.^a Edição, págs. 65-67.

¹⁴ Vide, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, Parte Geral*, pág. 36 e segs e Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, pág. 12 e segs.

¹⁵ O n.º 1 do artigo 1.º Cód. Civ. deve considerar-se, obviamente, derogado, por força da Lei Constitucional, no que concerne às normas corporativas, pois, com a extinção constitucional dos organismos corporativos, estas deixaram igualmente

que, embora inserida na lei civil, se deve todavia ter como de aplicação geral, válida portanto para os demais domínios do direito angolano. Não é este o único caso em que questões que interessam a todo o ordenamento jurídico nos aparecem reguladas no Código Civil. O mesmo acontece em matéria de começo cessação da vigência das leis (artigos 5.º e 7.º); dos efeitos do desconhecimento da lei (artigo 6.º); dos deveres do julgador perante a lei (artigo 8.º); da interpretação da lei (artigo 9.º); da integração das lacunas da lei (artigo 10.º); da aplicação das leis no tempo (artigos 12.º e 13.º). Isto é fruto das particularidades do pensamento jurídico, que presidiram à elaboração do Código Civil Português de 1966, e deve-se, segundo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, págs. 31-32, a que “o direito civil tem uma localização nuclear ou central no ordenamento jurídico. (...) o direito civil foi originalmente o centro do ordenamento jurídico e continua a sê-lo, tendo os outros ramos do direito, cada um com uma missão específica fundamental para a sociedade, uma posição que, bem vistas as coisas, podemos considerar periférica e instrumental da convivência entre as pessoas humanas sobre a qual o direito civil estende o seu manto”.

O sentido em que aqui vai tomado o termo lei é o seu sentido genérico, como sinónimo de *acto normativo estatal*¹⁶. Significa, portanto,

de existir, pelo que não são hoje fonte de direito. De salientar que eram consideradas *normas corporativas* as disposições gerais e imperativas emanadas das entidades reconhecidas na Constituição com a designação de organismos corporativos. Ver Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 48.

¹⁶ O termo lei comporta, efectivamente sentidos diversos. O seu *sentido genérico* resulta já suficientemente explícito no texto. Mas ele conhece ainda dois sentidos mais restritos: *um sentido formal* e *um sentido material*. Num *sentido formal* são leis aqueles actos normativos que têm forma e designação formal de lei. Em face da Lei Constitucional (art. 88.º), tal só serão as leis da Assembleia Nacional. Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, 6.ª ed., Coimbra, 1980, pág. 320, sendo já relativamente diversa a noção de lei formal que encontramos em Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 270. O *sentido material* de lei é muito mais controvertido, sendo diversos os critérios propostos para a sua demarcação, conforme se pode ver em J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pág. 320 e segs. Na impossibilidade de se aprofundar aqui o tema, que pertence de direito à disciplina de direito constitucional ou, até, em certa medida, à disciplina que verse *ex professo* o tema das fontes de direito, dir-se-á apenas que a noção material de lei remete para o seu conteúdo, só sendo lei, em sentido material, aqueles actos normativos versando sobre a matéria e contendo disposições dotadas de uma certa importância e

toda e qualquer disposição normativa genérica, que seja emanada de um órgão constitucionalmente competente. São leis, neste sentido, as *leis* e, porventura, as *resoluções* da Assembleia Nacional; os decretos legislativos presidenciais, os decretos legislativos presidenciais provisórios, os decretos presidenciais e os despachos presidenciais emitidos pelo Presidente da República (artigo 125.º, n.º 1) e os decretos executivos e despachos dos Ministros de Estado e dos Ministros e, ainda, as *resoluções e posturas* emanadas dos órgãos da administração local do Estado.¹⁷

3. O costume

O costume, no sentido jurídico estrito do termo, como fonte de direito, aparece-nos definido pelos autores como uma prática social, reiterada, uniforme e constante, seguida com a convicção da sua obrigatoriedade.¹⁸ Integram-no, assim, dois momentos ou elementos:

dignidade, ou por representarem um imediato desenvolvimento da Lei Constitucional, ou por se referirem a domínios particularmente significativos de relações sociais. Lei neste sentido material opor-se-á aos simples regulamentos. Têm competência para praticar actos normativos com dignidade de lei material, seguramente a Assembleia Nacional e o Presidente da República. Ao invés, os membros do Governo, conforme decorre do art. 137.º da Lei Constitucional, terão simples competência regulamentar, que exercem através de Decretos Executivos e de Despachos. Aparece também utilizada com frequência a expressão *lei ordinária* ou *legislação ordinária*. Também o seu sentido não é unívoco. Alguns autores parecem empregar a expressão para designar toda a legislação situada abaixo da Lei Constitucional. Outros, ao invés, – este será o sentido preferível – aplicam-na apenas aos actos normativos situados abaixo da Constituição, mas com dignidade material de lei. É necessário estar atento a estes diversos sentidos. Com efeito há muitas referências à lei, e é preciso ter-se em conta a acepção em que o termo vai tomado. Regra geral a referência à lei (por exemplo: ser tal assunto matéria de lei) visa a separação entre lei (material) e regulamento. Mas pode acontecer que a referência à lei se dirija apenas à lei no sentido formal, portanto, às leis da Assembleia Nacional.

¹⁷ A postura é uma figura ainda hoje existente no direito português e refere-se aos actos normativos praticados pelos órgãos de administração local, nomeadamente das Câmaras *Municipais* (*posturas municipais*).

¹⁸ Neste sentido, Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, págs. 218 e segs.

um primeiro, factual e externo, que se manifesta através da repetição constante e uniforme de certos actos (o uso); um segundo, psicológico e interno, que se traduz no convencimento de que a prática seguida corresponde a um imperativo jurídico (convicção de obrigatoriedade).

Se a prática não é reiterada e constante, teremos, quando muito, simples *atitudes* ou *comportamentos sociais*; se a prática é reiterada e constante, mas não acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade, estaremos caídos no domínio dos simples *usos sociais*.

O costume é a base dos Direitos primitivos, que não dispunham ainda de órgãos especializados para a elaboração do Direito. O Direito romano, base dos Direitos da Europa Continental, apresentou inicialmente base consuetudinária.¹⁹

No direito antigo desfrutava o costume de larga projecção, devido à escassa função legislativa e ao número limitado de leis escritas. Ainda hoje, nos países de direito costumeiro, como na Inglaterra,²⁰ saliente é o seu papel como fonte do direito, desde que consagrado pelos precedentes judiciais.

Por longo tempo, até meados do século XVIII, o costume foi a principal fonte de direito.²¹

No direito moderno, porém, de modo geral, chegada a hora das codificações, o costume foi perdendo paulatinamente a sua importância; mas nem por isso se converteu num domínio morto do direito, ou num conceito do passado. Continua a brotar da consciência jurídica popular, como inicial manifestação do direito, facto fortemente patente nas sociedades africanas.²²

¹⁹ Vide, Menezes Cordeiro, *O Costume, Polis*, Vol. 1, págs. 1359-1362.

²⁰ No mundo ocidental moderno, só na Inglaterra o direito costumeiro conserva grande importância.

²¹ A Lei da Boa Razão, do Marquês de Pombal (18.08.1769) veio condicionar a relevância do costume ao exigir para a sua relevância que: 1) fosse conforme a boa razão; 2) não contrariasse as leis; 3) tivesse mais de 100 anos.

²² Vide, Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, pág. 18.

3.1. Relação entre o costume e a lei

Tendo em conta a relação do costume com a lei, podemos classificá-lo em três modalidades: o costume *secundum legem*, o costume *contra legem* e o costume *praeter legem*.

Analizando caso por caso, constatamos que nas situações de costume *secundum legem* existe a coincidência entre o conteúdo do costume e o da lei. Tal ocorrerá, por exemplo, quando uma lei venha regular uma matéria no domínio da qual já anteriormente vigorava um costume, e o faça de acordo com esse costume.

O problema do costume *secundum legem* como fonte de direito, embora se possa colocar em termos teóricos, não apresenta interesse prático autónomo. É que, coincidindo a lei e o costume, pode afirmar-se que o conteúdo do costume é absorvido pelo da lei. No entanto sempre é certo que a conceder-se relevância ao costume como fonte de direito, estaríamos caídos num caso de dupla fonte de uma mesma norma jurídica, podendo então a pretensão concedida pela norma fundamentar-se num duplo título: em vez de se invocar a lei, poder-se-ia invocar o costume.²³

No costume *contra legem* lei e costume estão em contradição. Assim, no que concerne ao costume *contra legem*, a possibilidade de ele funcionar como fonte de direito deve considerar-se como abertamente afastada no ordenamento jurídico vigente da República de Angola. É que a admitir-se validade a esta forma do costume como fonte de direito, isso significaria que a lei pudesse ser revogada por um costume que lhe fosse contrário. Ora tal seria inaceitável pois que representaria a possibilidade de a vontade expressa através da lei, poder ser legitimamente contrariada por uma prática social contrária. Tal possibilidade, de resto, encontra-se expressamente afastada pelo n.º 1 do artigo 7.º do Código Civil, que determina que uma lei que se não destine a ter vigência temporária só deixa de vigorar se for revogada por outra lei.

²³ Aqui, as duas fontes interpenetram-se uma pela outra, de tal modo a poder-se afirmar que há uma só regra com pluralidade de títulos. Verifica-se pois que, se reduzíssemos o costume ao interpretaivo lhe estaríamos a outorgar uma posição subordinada à lei, e definitivamente se distinguiria do mero uso. De acordo com Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 254.

Do costume *contra legem* se deve distinguir o simples desuso (*desuestudo*), também designado por costume derogativo.²⁴

No costume *praeter legem*, e à letra, o costume vai para além da lei, o que significa que ele vigora num domínio não regulado por lei.

Logicamente que é já mais pertinente e controverso o caso do costume *praeter legem*, tratando-se, como se trata, de um costume num domínio que a lei não contempla e cujo conteúdo, portanto, nem é absorvido pelo da lei nem entra em contradição com ela.²⁵

Parece-nos ser nesta modalidade que com acentuação se deverá procurar a relevância do costume em relação ao ordenamento jurídico vigente.²⁶

3.2. O costume como fonte imediata de direito na República de Angola

O costume deve ser considerado uma verdadeira fonte do Direito e deve ser visto como a fonte privilegiada do Direito, não por ser a mais

²⁴ Quando há desuso, há uma grandeza meramente negativa; nada interessa o *animus* (intenção ou motivação) com que as pessoas não aplicam uma lei, basta o facto da não aplicação. Pelo contrário, no costume *contra legem* há um verdadeiro costume que se opõe àquela regra. O mero desuso dum lei não implica a extinção desta. As autoridades podem tolerar longamente a circulação de motociclistas sem capacete, ou a travessia das ruas por peões fora dos lugares assinalados. Com isto a lei não cessou a sua vigência; só cessará se se criar a convicção de que é lícito proceder assim, portanto, se se formar um verdadeiro costume *contra legem*. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, págs. 254-255.

²⁵ A questão nestes casos é colocada por alguns autores da maneira seguinte: poderá alguém, no silêncio da lei, invocar uma pretensão jurídica com fundamento num costume? Ou, doutra forma: na ausência de uma vontade normativa estatal, poder-se-á pretender do Estado ou de um dos seus órgãos a tutela de uma pretensão jurídica com fundamento num costume? Vide, J. Teixeira Martins, *Apostamentos de Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 60 e segs.

²⁶ Em termos de direito positivo vigente é merecedora de atenção a disposição do art. 348.º do Cód. Civ., bem como o disposto no art. 38.º, al. d) da Lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (Trata-se aqui da Lei do Sistema Unificado de Justiça, que estabelecendo a competência cível dos Tribunais Municipais os autoriza a “preparar e julgar questões cíveis seja qual for o valor, quando as partes estiverem de acordo com a aplicação exclusiva dos usos e costumes não codificados, sempre que a lei o permita”).

frequente, mas porque exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação de nenhum oráculo.²⁷

Porém o legislador português sempre votou o costume para uma situação de verdadeira ignorância no âmbito da formulação sistemática das fontes de direito consagradas logo nos primeiros artigos do Código Civil (artigos 1.º a 4.º).

Ao ignorar o costume no elenco das fontes de Direito, o legislador mais não faz do que tentar ocultar a força normativa autónoma – e, por esse facto, sociologicamente actuante, não obstante o intento legislativo – tentando afastar o direito «segregado da própria comunidade», escudado na perspectiva positivista de que só a lei é fonte de Direito por ser não só um exercício dos representantes do povo devidamente legitimados para criar o Direito como também o produto de um processo deliberativo e racional que traduz a vontade vinculativa e reguladora do povo.

Nesse sentido, ao desconsiderar o costume, o Estado assume um monopólio formal e oficial da criação da normatividade, qualificando-se como protagonista exclusivo da criação do Direito, assente na falsa ideia de que todo o Direito se reduz ao direito estadual e de que tudo o que está fora do quadro da lei é um não-Direito.²⁸

Deixando de admitir as normas consuetudinárias que exprimem directamente a ordem social, o legislador passa também a ignorar que a eficácia da ordem costumeira está sempre assegurada uma vez que verificado o facto consuetudinário está em princípio determinado que a regra nele contida não é repelida pela ordem social e que nas zonas em que se não operou a ruptura com as formas espontâneas de vida a lei, se bem que em progressão, está todavia longe de ser o factor dominante.²⁹

A Constituição Angolana de 2010 procede ao reconhecimento jurídico-constitucional do costume (artigo 7.º), e, na mesma esteira, reconhece o estatuto, o papel e as instituições do poder tradicional

²⁷ Ascensão, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, pág. 264.

²⁸ Feijó, Carlos, *A Coexistência normativa entre o estado e as autoridades tradicionais na Ordem jurídica Plural Angolana*, págs. 392 e 393.

²⁹ Vide Ascensão, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, págs. 264 e 269.

constituídas de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição (artigos 223.º, 224.º e 225.º).

Com estas disposições a Lei fundamental de Angola reconhece, pela primeira vez, a existência, de facto e de Direito, do princípio do pluralismo jurídico, admitindo que se possam aplicar as regras de direito costumeiro em litígios que se verifiquem dentro das comunidades tradicionais³⁰ (Raúl Araújo, 178).

Independentemente dos demais efeitos e considerações pertinentes que daí podem resultar, fica desde logo a certeza de que passou a vigorar uma novidade no ordenamento jurídico angolano pois doravante a Lei deixa de ser considerada a única fonte directa e imediata de direito no ordenamento jurídico angolano pois o costume passa a ter, igualmente, a mesma dignidade jurídica como meio idóneo de criação do direito.

O artigo 7.º da Constituição de 2010 prescreve que “é reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”.

Deste preceito ressaltam três ideias:

A primeira ideia a extrair é que a validade e a força jurídica do costume são reconhecidas pela Constituição ao declarar a tutela constitucional do costume.³¹ O costume passa assim a merecer tutela jurídica do Estado e dos seus órgãos, nomeadamente a tutela jurisdicional.

A segunda ideia que resulta do preceito é a de que a validade do costume depende apenas da sua conformidade com a Constituição e com a dignidade da pessoa humana.

A terceira ideia, decorrente da anterior, é a da condicionalidade do reconhecimento da validade do costume ao facto de não contrariar a Constituição e não atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Com esta disposição o costume passa também a ser, tal como a lei, uma fonte imediata do Direito em Angola. Com esta disposição constitucional o costume e a lei ficam em igualdade pois nenhum

³⁰ Araújo, Raul, *A evolução Constitucional e a Justiça em Angola in Sociedade e Estado em construção: desafios do Direito e da Democracia em Angola* – Capítulo IV, pág. 178

³¹ Trata-se, assim de uma verdadeira *confirmação* – e não da criação *ex tunc* – de um novo “lugar” jurídico para o costume. Feijó, Carlos, ob. cit, pág. 394.

deles é, por si mesmo, superior ao outro; ambos devem subordinação à Constituição e à dignidade da pessoa humana.³²

4. A Jurisprudência

Urge preliminarmente referir o valor da jurisprudência, em geral, como fonte de direito, para em seguida referirmos a situação particular dos assentos no ordenamento jurídico vigente.

4.1. Generalidades

É função dos órgãos judiciais decidir os casos litigiosos que perante eles se apresentam. O juiz, perante o caso concreto, decide. A decisão é um facto, como é um facto um contrato ou um acto legislativo. Mas a decisão baseia-se quase sempre num critério normativo. O juiz deve decidir numa perspectiva generalizadora, só excepcionalmente se podendo remeter às circunstâncias do caso concreto e resolver segundo a equidade (art. 8.º, n.º 3 do Cód. Civ.).

Contrariamente ao que acontece no sistema anglo-americano, em que o valor do precedente conduz ao transbordar da máxima de decisão para além do caso concreto,³³ o critério normativo que conduziu o juiz à solução do caso não pode ser considerado vinculativo perante outro caso da mesma índole.

No sistema romanístico, em princípio, cada juiz está colocado perante os outros em posição de independência. Por isso, os tribunais superiores não têm de julgar como o fizeram juízos inferiores;³⁴ os juízes não têm de julgar como o fizeram já juízes do mesmo nível hierárquico;³⁵ os juízes não têm de julgar consoante eles próprios já

³² *Ibidem*, págs. 394-395.

³³ Verificando-se, então que a decisão jurisprudencial é fonte de direito.

³⁴ O que é então facilmente compreensível.

³⁵ Assim, se o juiz de direito chamado a decidir um caso verifica que outro juiz decidiu já caso semelhante de certa maneira, nem por isso está vinculado a manter a orientação seguida.

fizeram;³⁶ os órgãos judiciais inferiores não têm de julgar conforme o fizeram já tribunais superiores. Esta é a chave do sistema. Por isso se diz comumente que o juiz deve julgar apenas segundo a lei e a sua consciência (arts. 120.º, n.º 3 e 127.º da Lei Constitucional). Assim, o juiz está sempre vinculado a julgar segundo o direito objectivo.³⁷

Isto leva-nos a concluir que a jurisprudência, nas hipóteses consideradas, não é fonte de direito.³⁸

4.2. Valor dos assentos

Mas há ainda que considerar, no ordenamento jurídico vigente, os assentos.³⁹

No direito em vigor, os *assentos* são decisões do *Tribunal Pleno*⁴⁰, proferidas em recurso para esse Tribunal, quando sobre a mesma questão de direito e no domínio da mesma legislação existam dois acórdãos contraditórios do Supremo Tribunal⁴¹. As decisões proferidas nestas

³⁶ O facto de um tribunal superior ter decidido sempre em certo sentido uma categoria de casos não o inibe de em dado momento adoptar outra orientação que lhe pareça mais fundada.

³⁷ Pressupondo que de lei se fala no sentido de direito objectivo. Simplesmente, o direito não é aquele que outros lhe recomendem ou imponham mas aquele que, em consciência, lhe apareça como verdadeiro.

³⁸ Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, págs. 309-311.

³⁹ Em Portugal o Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional, de 7 de Dezembro, julgou, em processo de fiscalização concreta, “inconstitucional a norma do artigo 2.º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º da constituição. Posteriormente, o artigo 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, que aprovou as alterações ao Código de Processo Civil, revogou o artigo 2.º do Código Civil. Vide, Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, págs. 319-320.

⁴⁰ O Tribunal Pleno é o próprio Supremo Tribunal de Justiça, mas reunido com todas as secções (câmaras) que integram o Tribunal, devendo estar presentes pelo menos quatro quintos dos magistrados que compõem as suas secções (art. 768.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Deve ver-se a propósito o disposto nos artigos 10.º a 15.º da Lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro, Sobre o Sistema Unificado de Justiça, referente ao Plenário, que exerce a nível do Tribunal Supremo as funções de Tribunal Pleno.

⁴¹ As hipóteses de recurso para o Tribunal Pleno encontram-se contempladas nos artigos 763.º e 764.º do Código de Processo Civil.

condições pelo Tribunal Pleno tomam o nome de *assentos* e têm de particular o valerem, não apenas para o caso submetido a julgamento que as motiva, mas também para todos os casos da mesma natureza que venham a ser levados a juízo em qualquer tribunal. Nesta medida os assentos constituem autêntica fonte de direito pois que, através deles, são criadas prescrições normativas, no domínio jurídico, com força obrigatória geral. No entanto, trata-se de uma fonte de direito *mediata, não autónoma*. Desde logo a sua validade é uma validade derivada, pois decorre da própria lei. Depois, a função dos assentos é de fixar a interpretação de normas jurídicas pré-existentes criadas por via legal – neste caso o assento limita-se a fixar como obrigatória uma das interpretações possíveis do preceito em questão – ou, quando muito, a de preencher uma lacuna do sistema – e neste caso o assento deverá respeitar os cânones da integração da lei estabelecidos pela própria lei.⁴² Por fim, o ponto de partida de um assento é a resolução de um caso concreto,⁴³ ao contrário da lei cuja intenção inicial é de a estabelecer um regime geral de uma categoria ou espécie de casos.⁴⁴

Restaurada que foi a organização e competência dos tribunais na República de Angola, com a conseqüente criação do Tribunal Supremo que substitui e preenche o papel outrora exercido pelo então Supremo Tribunal de Justiça (STJ), parece ser de se considerar haver condições para que assentos sejam proferidos no actual momento na República de Angola⁴⁵. Sempre subsiste, no entanto, o facto de que os assentos que tenham entrado em vigor no território angolano no tempo colo-

⁴² O problema será controverso, sendo duvidosa a questão do tratamento a dar a um assento que manifestamente não respeite os cânones de integração da lei estabelecidos no art. 10.º do Cód. Civ. Entendemos no entanto ser correcta a afirmação da vinculação de Pleno àqueles cânones.

⁴³ O art. 770.º do Cód. Proc. Civ. prevê, no entanto, uma excepção a este princípio: “O recurso para o Tribunal Pleno pode ser interposto pelo Ministério Público, mesmo quando não seja parte na causa; neste caso, porém, não tem influência alguma na decisão desta...”.

⁴⁴ Para informação mais detalhada sobre a figura do assento no direito português, Castanheira Neves, *O Instituto dos “assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a partir do ano 105.º, pág. 133.

⁴⁵ É o Plenário do Tribunal Supremo que exerce as funções de Tribunal Pleno.

nial se poderem manter em vigor por força do *artigo 239.º da Lei Constitucional*.⁴⁶

Os assentos representam o único caso em que a *jurisprudência* pode funcionar como fonte de direito, embora uma fonte mediata, não autónoma. Fora eles, a jurisprudência, como já referimos, não constitui fonte de direito, já que as decisões dos tribunais não são vinculativas, para o futuro, para os casos idênticos, nem para o próprio tribunal, nem para os tribunais colocados num escalão mais elevado ou mais baixo.⁴⁷ Por isso mesmo se justifica que, para além dos assentos, o Código Civil não se refira à jurisprudência como fonte de direito. É esta a situação que se mantém em face do sistema jurídico angolano.

⁴⁶ O artigo 239.º da Lei Constitucional não refere explicitamente o caso dos assentos. No entanto parece óbvio que também eles se devem considerar abarcados nesta referência da Lei Constitucional.

⁴⁷ Sistema diverso é, como se sabe, o que vigora nos países de influência anglo-saxónica, designados de países da *common law*. O direito provém aí, em larguíssima medida, não de actos normativos de carácter legal, mas sim da jurisprudência, das decisões dos Tribunais. As decisões de alguns Tribunais gozam de força vinculativa (*binding authority*) não só para o caso em análise como também para os Tribunais inferiores quando de futuro tenham de decidir de casos idênticos. Por isso se diz que o juiz faz o direito – *the judge made law*. Para uma informação rápida e acessível sobre o funcionamento do direito anglo-saxónico, vide, R. David, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, págs. 327-468. A não vinculatividade para o futuro das decisões dos Tribunais – sistema seguido, em grande medida, no continente europeu – pode acarretar diversos inconvenientes, o maior dos quais será o de poder haver formas diversas de julgar os mesmos casos por diferentes tribunais e até pelo mesmo tribunal, com o conseqüente prejuízo para a certeza e segurança jurídicas. Também é certo que este inconveniente é muitas vezes aparente, já que o normal será introduzirem-se nos tribunais padrões de julgamento de determinados tipos de casos, em geral seguidos e acatados pelas diversas instâncias. No entanto a possibilidade de decisões diversas mantêm-se, podendo até acontecer que se instalem, a propósito de um mesmo tipo de casos, correntes jurisprudências diversas. Para minimizar tais inconvenientes consagra-se no Cód. Proc. Civ., para lá do instituto do assento, um mecanismo de uniformização da jurisprudência: “Pode, porém, o presidente do Supremo determinar que o julgamento se faça com intervenção de todos os juizes da secção ou em reunião conjunta de secções, quando o considere necessário para assegurar a uniformidade da jurisprudência” (art. 728.º, n.º 3 do Cód. Proc. Civ.).

5. Os usos

O artigo 3.º do Cód. Civ., ainda no capítulo das fontes de direito, refere-se aos usos estabelecendo que aqueles que não forem contrários aos princípios da boa-fé (*boni mores*) são juridicamente atendíveis quando a lei o determinar. Os *usos*, também designados de *costumes de facto*, são práticas sociais, porventura reiteradas e constantes, mas não acompanhadas da convicção da sua vinculatividade, no que se distinguem do costume no sentido estrito do termo, a que voltaremos em breve mais desenvolvidamente.

A lei admite alguma relevância dos usos, mas a sua intenção restritiva manifesta-se em dois limites fundamentais:

- A compatibilidade com a cláusula geral dos bons costumes. É preciso que os usos não sejam contrários aos princípios da boa-fé.
- O carácter de *fonte mediata*. O uso não se impõe por si, mas a sua relevância jurídica só é reconhecida quando a lei especialmente o determine.⁴⁸

Há efectivamente várias disposições legais que remetem para os usos ou os invocam: 218.º (valor do silêncio); 234.º (dispensa da declaração de aceitação); 560.º, n.º 3 (anatocismo); 763.º, n.º 1 (realização integral da prestação); 1.122.º (prazo); 1.455.º, n.º 1 (usufruto de matas), etc.

⁴⁸ Mota Pinto parece sustentar posições no sentido da não consideração dos usos como fonte de direito ao referir que a alusão do artigo 3.º aos usos não se trata de verdadeiras normas jurídicas pois, por um lado os usos só valem quando a lei o determinar e, por outra via não se exige a consciência da obrigatoriedade dos referidos usos por parte dos que o adoptam. *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 49. Posição diferente é a de Oliveira Ascensão que considera abertamente que os usos são fontes de direito, pois através deles se revelam regras jurídicas de carácter interpretativo. O facto de só valerem quando a lei o determine não prejudica, pois uma fonte do direito não deixa de o ser por tal carácter lhe ser outorgado por uma regra sobre a produção jurídica contida noutra regra. Considera assim o autor, ser acertada a posição da lei portuguesa ao qualificar os usos como fontes de direito. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, pág. 281.

O art. 38.º, al. d), da Lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (Lei do Sistema Unificado de Justiça) dá competência aos Tribunais Municipais para “preparar e julgar as questões cíveis seja qual for o valor, quando as partes estiverem de acordo com a aplicação exclusiva dos *usos* e costumes não codificados, sempre que a lei o permita”

6. A Doutrina

A “Doutrina”, enquanto fonte do Direito, pode ser definida como o conjunto das noções, teorias e opiniões, formuladas por escrito pelos teóricos da Ciência do Direito (“jurisperitos”), que dão a conhecer aos juristas práticos, aos estudantes e aos cidadãos comuns o conteúdo e significado de um certo ordenamento jurídico, e influenciam os Poderes legislativo e judicial no exercício das respectivas funções.⁴⁹

No capítulo das fontes de direito, nada diz o Código Civil sobre a *doutrina*⁵⁰. No Direito Romano Clássico, a opinião dos jurisconsultos tinha uma função criadora, e uma Constituição do ano 426, de Teodósio II, impunha a obrigação de, em caso de lacuna, recorrer à doutrina dos famosos juristas Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio e Modestino.⁵¹ Mas, se tivemos este caso histórico em que ela funcionou como importantíssima fonte de direito; não o é hoje.⁵²

⁴⁹ Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, pág. 427.

⁵⁰ E o mesmo acontece em relação ao costume, a que nos referiremos em seguida.

⁵¹ Vide, José H. Saraiva, *Doutrina Jurídica*, Polis, 2, pág. 663.

⁵² As *Institutas*, com o *Digesto ou Pandectas* constituem compilações do direito romano, elaboradas por ordem do Imperador romano de Bizâncio, Justiniano, no século VI da nossa era. Parte substancial destas compilações é constituída por transcrições dos grandes jurisconsultos romanos – Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino – pois que de acordo com o *ius publici respondendi* de Augusto e a *Lei das Citações* de Valentiniano III e de Teodósio II, a opinião dos grandes jurisconsultos era vinculativa, em certos termos, para os juízes, pelo que ela constitui uma das grandes fontes do direito romano. Juntamente com o *Código* (Coleção de constituições imperiais) e as *Novelas* (constituições do próprio Justiniano posteriores ao Código), formam o *Corpus iuris civilis* (Corpo de Direito civil), que constituiu o veículo da recepção do direito romano na Europa, objecto de estudo nos centros de cultura (universidades) de renascimento europeu.

Nenhum ordenamento jurídico moderno a admite, no entanto, naqueles termos. A actividade dos juristas teóricos ou práticos não pode considerar-se fonte de Direito, não é criação de Direito novo, mas sim elaboração e desenvolvimento do material jurídico.⁵³

No entanto, ao nível das modernas correntes do pensamento jurídico têm-se feito ouvir vozes tendentes a atribuir à doutrina a categoria de autêntica fonte de direito.⁵⁴ Mesmo sem grandes aprofundamentos,

⁵³ A ciência jurídica tem por objecto o conhecimento sistemático do Direito; estuda as várias formas esparsas pelos Códigos ou outras leis; procura determinar o seu valor e extensão; investiga as conexões existentes entre elas; por meio de sínteses sobe aos princípios que as dominam; destes princípios extrai conclusões ou consequências; e liga esses dados num todo orgânico que é o sistema de Direito cientificamente considerado. Nesta elaboração extremamente difícil, o jurista pode descortinar verdades novas, pode fazer novas aplicações, mas não cria Direito. Quando muito desenvolve o conteúdo latente do Direito, pondo a descoberto o que nele na verdade já se contém. Uma opinião doutrinária nunca vincula; os tribunais são sempre livres de a acatar ou de a afastar, substituindo-a por outra. Nenhuma opinião possui obrigatoriedade, nem mesmo quando tenha a seu favor a generalidade ou a unanimidade dos juristas que se pronunciaram sobre o problema. A “*communis opinio doctorum*” não é fonte de Direito. Inocêncio Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.ª Edição, págs. 139-140.

⁵⁴ É tendo em conta, não a posição deste ou daquele autor relativamente a certas questões, que se imponha com carácter vinculativo aos órgãos de aplicação de direito, como acontecia no direito romano por força do *ius publici respondendi* – com este âmbito a doutrina não constitui fonte de direito em nenhum moderno ordenamento jurídico – mas sim o papel que a elaboração teórica de autores, no seu conjunto, exerce na elaboração e formulação das leis e, bem assim, na sua aplicação, que vastos sectores do pensamento jurídico mais recente consideram a doutrina como autêntica fonte de direito. Com efeito, embora os actos de criação de preceitos legais sejam da estrita competência dos órgãos estatais ou de entidades investidas nesse poder, todavia caberá aos juristas – à doutrina – um importantíssimo papel na preparação e elaboração desses actos e, bem assim, no seu conteúdo e aplicação. E isto nomeadamente nos direitos mais recentes em que é notório o recurso crescente a cláusulas gerais e conceitos indeterminados nas formulações legais e libertação do juiz da sua estrita obediência à lei. E são estes os caminhos que fundamentalmente conduzem à afirmação da doutrina como autêntica fonte de direito, cuja ampla explanação se pode ver em Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. e ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª ed., Lisboa, capítulos VI e VII, e Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. e ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, págs. 277 e segs. Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, págs. 242-243, reconhecendo embora o grande peso da doutrina, tal como da jurisprudência, na definição do direito em vigor, não lhe reconhece o estatuto de autêntica fonte de direito. Apenas

pensamos que o verdadeiro significado da doutrina só se capta tendo presente a visão compreensiva da ordem jurídica, pois, por vezes só a actividade doutrinária explica que a mesma fórmula legal tenha aqui e além significados diversos. Ela modela o tecido ou o ambiente no qual se desenrolam os fenómenos normativos. Assim, com Oliveira Ascensão,⁵⁵ podemos concluir que a doutrina, não sendo uma fonte de direito, contribui poderosamente para aquela “vida jurídica” que conjuga com os factos directamente normativos e mediante a qual eles ganham o seu verdadeiro significado.⁵⁶

7. A Equidade

No capítulo das fontes de direito, o Código Civil refere-se ainda, no artigo 18524.º, à *equidade*. Importa, portanto, saber qual o valor deste instituto como fonte de direito

Quanto à *equidade*, referida no artigo 4.º do Cód. Civ., ela constitui um critério não normativo de solução de questões jurídicas. Um

considera “pacífico o entendimento da doutrina como *fonte mediata* do direito, no sentido em que esta expressão é correntemente utilizada entre nós”. Segundo este autor, a doutrina limitar-se-á, pelo seu influxo sobre a vida jurídica, a provocar alterações na ordem jurídica vigente. Na impossibilidade de aprofundarmos o tema que, tal como o da jurisprudência, careceria de amplos desenvolvimentos, limitar-nos-emos a apontar que a perspectiva correcta parece ser a que este último autor adianta.

⁵⁵ O *Direito. Introdução e Teoria Geral*, pág. 264.

⁵⁶ Embora tenha um pensamento relativamente diferente sobre a doutrina enquadrados, também aqui, em certa medida, a opinião de Freitas do Amaral que, discordando com a teoria clássica das fontes do Direito sempre rejeitou, categoricamente e sem excepções, que a Doutrina fosse, nos tempos actuais, uma fonte imediata de Direito, quando afirma que “...parece inegável – e a teoria clássica não o negava – a *influência decisiva* da Doutrina (ou, como se usa dizer, “da melhor Doutrina) junto do legislador e dos tribunais. Quem prepara as leis? Quem faz os Códigos? São, muitas vezes, os professores das Faculdades de Direito. E quem dá pareceres jurídicos que, em grande número dos casos, convence os juizes a decidir de uma certa maneira e não de outra? Os professores de Direito e, em menor número, alguns advogados que também exercem a parecerística. Há, pois, uma enorme e decisiva influência, *de facto*, da Doutrina na elaboração e na aplicação do Direito: ela é, assim, pelo menos, uma fonte jurídica em sentido material. Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, págs. 429-430.

juízo segundo a equidade – juízo *ex aequo et bonum* – significa justamente que, na apreciação de um determinado caso que cai na previsão de normas jurídicas, se abstrai do estatuído nessas normas, para se decidir o caso tendo em conta aquilo que ele tem de específico e de particular. A equidade pode assim funcionar como um critério de juízo – distinto de um critério normativo –; mas o que já não pode é constituir uma forma de criação de normas gerais e abstractas, ou seja, uma fonte de direito.

A equidade pode servir como critério de decisão, por afastamento dos critérios legais⁵⁷. Pode acontecer assim por autorização legal ou por acordo das partes⁵⁸. Mas o acordo das partes só é válido se respeitar as relações disponíveis, como o são a generalidade das relações patrimoniais. Se respeitar as relações indisponíveis, como as relativas ao estado das pessoas ou aos direitos de personalidade, já não é admissível.

A equidade é tipicamente um critério formal de decisão de casos particulares, constituindo uma manifestação de justiça que tem o condão de atenuar a rudez de uma regra jurídica. Não é um critério normativo, pois a equidade não se eleva nem necessita elevar-se à formação de regras. A equidade dita soluções para casos, atendendo às peculiares características destes. Há portanto, indubitavelmente, muito de subjectivismo do intérprete na sua utilização. Não implica elaboração de regras, por isso não tem intuito generalizador. Não é, portanto, de acolher a qualificação da equidade como fonte de direito.⁵⁹

⁵⁷ É esta a matéria que está mais frequentemente em causa nas discussões sobre equidade.

⁵⁸ O acordo pode respeitar ao caso singular, ou ter sido previamente estabelecido pelas partes, para todos os litígios derivados de uma determinada relação. Assim, uma empresa pode contratar com outra a distribuição e logo se estabelecer que os litígios que surgirem serão resolvidos pela equidade. De todo modo, chega-se a um tribunal arbitral que resolve o litígio fora da orgânica judiciária; e a este tribunal pode caber o poder de julgar segundo a equidade. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 247.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 261.

CAPÍTULO II

O COSTUME COMO FONTE DE DIREITO

Pela sua importância e abrangência no âmbito das fontes de direito e o seu papel catalizador de um verdadeiro pluralismo jurídico em Angola urge conferir referências privilegiadas do costume em Angola.

1. O problema do costume

O problema da consideração ou não do costume como fonte de direito⁶⁰ em face dos dados de uma concreta formação social é, em boa medida, um problema de construção teórica que, como tal, dependerá em dose assinalável dos pressupostos teóricos com que se opere e, em última análise, do próprio conceito de direito a que se adira.

Se percorremos as obras de inúmeros estudiosos das realidades e dos direitos dos países africanos não faltam por certo as vozes proclamando o costume como autêntica fonte de direito e, portanto, considerando o “direito costumeiro” como autêntico direito. E as razões invocadas nesse sentido são muitas, e muitas delas merecedoras de consideração.⁶¹

É neste sentido a posição assumida por Oliveira Ascensão para quem o costume é a fonte privilegiada do direito, enquanto exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação de nenhum oráculo. Por isso, a eficácia da regra costumeira está automaticamente assegurada. Ao contrário do que se passa com normas de outra proveniência, não há tensão entre os dois momentos essen-

⁶⁰ Não vamos, de forma alguma, esgotar a problemática do costume em geral, mas procurar apenas situá-lo como fonte de direito na República de Angola.

⁶¹ A mero título informativo, valerá a pena passar em revista as posições dos diversos intervenientes no 1.º *colóquio da Secção dos Direitos Africanos do Centro de Estudos Jurídicos Comparativos da Universidade de Paris*, I, subordinadas ao tema *La Vie du Droit en Afrique*, publicadas em livro sob o título *Dinamiques et Finalités des Droits Africains*, Economia, Paris, 1980.

ciais do ser e do dever ser (o que não impede que a possa haver já no que respeita ao valor). Quer dizer, verificado o facto consuetudinário, igualmente está em princípio determinado que a regra nele contida não é repetida pela ordem social.⁶²

Também Marcelo Rebelo de Sousa⁶³ é peremptório na relevância do costume como verdadeira fonte de direito ao afirmar que nem todo o Direito é escrito e que ao lado do Direito estadual escrito existe um Direito estadual não escrito, costumeiro ou consuetudinário. Um Direito que é fruto das pulsões diárias do grupo e da sociedade, sem necessidade de intervenção do poder político do Estado.

Com efeito, e apesar da relutância de certo positivismo externo, não é negável a possibilidade que o Estado-colectividade ver nascer regras de Direito que, na sua génese, nada têm a ver com o poder político instituído. Elas resultam da própria dinâmica da sociedade civil. Brotam de um jogo de vida entre forças que procuram soluções para um projecto de construção colectiva em permanente revisão.⁶⁴

Por outras palavras, o costume é uma forma autónoma de criação do Direito que não carece de beneplácito ou consagração legal e que subsiste independentemente de os Tribunais e a Administração Pública serem chamados a aplica-lo, sancionado os seus infractores.⁶⁵

O costume é uma fonte de Direito que se situa ao lado da lei. Uma fonte autónoma ao lado de outra fonte de criação autónoma.⁶⁶

Por isso, o costume pode acompanhar a lei, ir para além da lei ou opor-se à lei. Mas, em qualquer dos casos, o essencial mantém-se. Quer o costume se identifique com a lei, quer a ultrapasse, quer a contrarie, o certo é que a sua relevância jurídica em nada depende do facto de ser escolhido, consagrado ou, sequer, tolerado pela lei.⁶⁷

Tal como acontece em vários ordenamentos jurídicos o Código Civil espanhol, sob a epígrafe de *fontes de direito*, estabelece no art. 1.º

⁶² Ascensão, José de Oliveira *O Direito Introdução e Teoria Geral*, pág. 249. É esta também, em linhas gerais, a posição assumida pela maioria dos autores brasileiros.

⁶³ Sousa, Marcelo Rebelo de, *Introdução ao estudo do Direito*, pág. 49 e seguintes.

⁶⁴ *Ibidem*, 149.

⁶⁵ *Ibidem*, 152.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

“1. As fontes do ordenamento jurídico espanhol são a lei, o costume e os princípios gerais de direito.”

Sempre foi esta a autorizada opinião de Eugénio Ferreira,⁶⁸ profundo conhecedor das realidades angolanas, que propende a considerar o “direito costumeiro” como autêntico direito. Eugénio Ferreira, chama a atenção para esse fenómeno de extrema importância que é a existência generalizada de formas costumeiras de organização social segundo as quais o povo em grande parte continua pautando as suas condutas e relações. Assim, partindo da ideia de que é necessário ensinar o direito efectivamente em vigor, Eugénio Ferreira teceu, entre outras, as seguintes considerações: “Entendo ser necessário esclarecer os alunos quanto à expressão “o direito efectivamente em vigor”, visto que o direito escrito e codificado, vigente em Angola, é de aplicação restrita a uma pequena parte do território nacional e, portanto, não generalizado, uma vez que cerca de três quartas partes da população angolana está fora do seu âmbito. Angola é um aglomerado de tribos, que embora um tanto empiricamente, se designam por povos Bantu e povos não Bantu, distribuídos por vários grupos. A totalidade destes grupos representa cento e onze tribos. Cada tribo é uma organização social com as suas estruturas, seus chefes, sua organização, seus costumes, sua economia, suas normas de vida, de direito, quase sempre diferenciadas das de outras tribos. E são essas normas sociais, esses costumes, esses direitos que regulam as relações sociais de cada tribo, incluindo relações de permuta, de comércio, de família, de propriedade e de sucessões. Sem por agora nos integrarmos na velha polémica de definir se as normas do chamado direito costumeiro das sociedades africanas são ou não, do ponto de vista científico, verdadeiro direito, alinhamos convictamente com Duguit, ao reconhecer, sem dificuldades, que o direito costumeiro é um direito. Já Diamond admitia que nas próprias sociedades selvagens havia um pequeno número de regras que se inscreviam directamente na linha da história do direito”.

Há, por outro lado, autores que sustentam não ser o costume fonte imediata (nem medita) de direito.

⁶⁸ Eugénio Ferreira nasceu em 1906 e faleceu em 1998.

É esta a posição de Baptista Machado que considera ter o legislador português estabelecido nos arts. 1.º a 4.º do Código disposições sobre as Fontes de Direito segundo as quais são fontes imediatas as leis e as normas corporativas e fontes mediatas⁶⁹ os assentos, os usos e a equidade.⁷⁰

É ainda esta a posição dos autores que entendem que a resposta à questão de saber se o costume constituirá ou não uma fonte de direito passa pela resposta à seguinte questão: – Será possível que alguém possa legitimamente fazer valer, perante um órgão judicial ou administrativo do Estado, uma pretensão jurídica fundamentando-a numa norma de origem consuetudinária? Tendo em conta que a resposta, em face dos dados do ordenamento jurídico então vigente em Angola deveria ser negativa, sustenta J. Teixeira Martins⁷¹ que tal significaria que o costume não funciona como modo idóneo de criação de normas jurídicas, não constituindo por isso uma fonte de direito, não sendo, portanto, o “direito costumeiro” autêntico direito.

Conclui o autor que, sendo assim, o costume não poderia ser considerado uma fonte idónea da criação do direito, na República de Angola. Muito sucintamente pelo seguinte:

- 1.º Pela sua natureza, o costume é uma fonte idónea para a criação de normas jurídicas viradas para a conservação e manutenção de um *status quo* mas não para a promoção de relações sociais novas e por isso é que se afirma abertamente o *primado da lei* como fonte de direito;
- 2.º Os costumes são na República de Angola, múltiplos e diversos: reconhecer-lhes validade como fonte de direito seria abrir

⁶⁹ As fontes mediatas são aquelas cuja força vinculante resulta, afinal, da lei que para elas remete.

⁷⁰ J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pág. 158. Não obstante considera também o autor que há que distinguir as fontes voluntárias (que pressupõem um acto explícito de criação normativa) das não voluntárias. À primeira categoria pertencem designadamente a lei (em sentido material), os assentos, e ainda a jurisprudência e a doutrina. À segunda categoria pertenceriam os princípios fundamentais de direito e o costume. *Ibidem*.

⁷¹ J. Teixeira Martins, *Apontamentos de Teoria Geral de Direito Civil*, 1981, págs. 58-62.

perigosas brechas na desejável uniformidade do ordenamento jurídico, uma das formas através das quais tem de ser conseguida e concretizada a unidade nacional.⁷²

2. O reconhecimento do costume

Na trajectória do costume como fonte de Direito em Angola verificamos variadas *nuances* que vão desde a sua rejeição, passando pela absoluta ignorância pelo legislador até ao seu reconhecimento formal,⁷³ factor que desencadeia abertamente e pela primeira vez um pluralismo jurídico declarado em Angola. Tendo em conta este árduo percurso destacamos duas fases fundamentais que abrangem o reconhecimento infraconstitucional e o reconhecimento constitucional. Começaremos pela primeira.

2.1. O reconhecimento constitucional do costume

Pela primeira vez no ordenamento jurídico angolano a Constituição Angolana de 2010 procede ao reconhecimento jurídico-constitucional do costume ao estabelecer no artigo 7.º que “é reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”.

Com esta disposição a Lei fundamental de Angola reconhece, pela primeira vez, a existência, de facto e de Direito, do princípio do pluralismo jurídico e o costume, em paridade com a lei, passa a ser também considerado como uma fonte imediata de Direito.

2.2. O reconhecimento infraconstitucional do costume

O reconhecimento constitucional do costume foi pela primeira vez em Angola materializado pelo artigo 7.º da Constituição de 2010,

⁷² *Ibidem*, págs. 61-62.

⁷³ Pelo artigo 7.º Constituição de 2010.

contudo encontramos várias referências que comprovam o reconhecimento infraconstitucional do costume, factores que deixam claramente evidenciado que, independentemente do reconhecimento formal operado pela Constituição angolana de 2010, o legislador angolano já havia reconhecido a existência, relevância, e capacidade normativas do costume.

Significa isto dizer que a Constituição de 2010, apesar de meritosa e inovadora, não inaugurou propriamente o pluralismo jurídico no Estado angolano mas elevou a sua dignidade e estabeleceu um positivismo jurídico inequívoco e com as garantias decorrentes da norma constitucional.

Através de uma referência normativa sumária demonstraremos que o costume já tinha acolhimento e encontrava consagração formal por parte do estado e da legislação.

a) No Direito Internacional Público

No Direito Internacional Público o costume é uma importante fonte de direito. É assim que o artigo 13.º da Constituição de 2010 estabelece que o direito internacional geral ou comum, recebido nos termos da Constituição, faz parte integrante da ordem jurídica angolana.⁷⁴

Verifica-se, nestes termos, a recepção automática de todo o costume internacional vigente na ordem internacional com a sua recepção pela Constituição passa a vigorar directamente na ordem jurídica interna.

b) No Direito Internacional Privado

Quando por força de regra do Direito Internacional Privado a “lei estrangeira” é acolhida por nós, esta engloba tudo o que como direito vigorar na ordem jurídica em causa e portanto também os costumes. A remissão efectuada pelas chamadas “regras de conflitos” é uma

⁷⁴ Em Portugal vigora norma semelhante e o costume internacional, por força do art. 8.º, n.º 1, da Constituição, vigora directamente na ordem jurídica interna (portuguesa) pelo simples facto de vigorar na ordem internacional (recepção automática).

remissão ampla para as fontes do direito estrangeiro (arts. 16.º, 17.º e 25.º e segs. do Cód. Civ.).⁷⁵

c) No Código Civil – O artigo 348.º

O artigo 348.º do Código Civil sob a epígrafe «Direito Consuetudinário, local ou estrangeiro», prescreve:

1. Aquele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro, compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento.
2. O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição.

Confirma este preceito a relevância que o costume deve merecer na ordem jurídica oficial o ónus, que recai ou pode recair sobre a parte que alega direito consuetudinário, de fazer a respectiva prova. Em geral, as partes não têm de demonstrar o direito que lhes cabe. Pressupõe-se que o juiz o conhece e só se lhes exige que provem os factos. Mas tratando-se de direito consuetudinário, ou local, ou estrangeiro, impõe-se-lhes a prova da sua existência ou conteúdo, tal como prescreve o art. 348.º do Cód. Civ.⁷⁶

Com esta disposição o Código Civil, com toda a sua relevância no complexo normativo estadual, acolhe um espaço de efectivação coexistencial do costume, impondo em certas circunstâncias os efeitos dos costumes nas situações jurídicas que dele reclamem.⁷⁷

⁷⁵ Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 255.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Feijó, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica plural Angolana*, pág. 159.

d) No Sistema Unificado de Justiça (SUJ) – O artigo 38.º da Lei n.º 8/88, de 31 de Dezembro

Em termos de legislação pós independência é de considerar o disposto no art. 38.º, al. d) da Lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (Lei do Sistema Unificado de Justiça) que estabelecendo a competência cível dos Tribunais Municipais os autoriza a “preparar e julgar questões cíveis seja qual for o valor, quando as partes estiverem de acordo com a aplicação exclusiva dos usos e costumes não codificados, sempre que a lei o permita”.⁷⁸

e) Na Lei das Terras – Lei n.º 9/04, de 9 de Novembro

A Lei das Terras (Lei n.º 9/04, de 9 de Novembro) confere um papel muito importante ao direito costumeiro na gestão das terras. Está no referido Projecto previsto o reenvio para o direito consuetudinário de matérias relativas à regulação da gestão das terras e sua delimitação de modo a preservar sistemas tradicionais de aproveitamento de terras. Trata-se, segundo Antonieta Coelho⁷⁹ de uma opção legislativa do maior significado porquanto reconhece a complexidade do ordenamento jurídico angolano e procura assegurar uma maior eficácia das normas jurídicas aproximando-as dos quadros culturais das diferentes comunidades locais, sem perder de vista a função integradora do Direito estadual.

⁷⁸ Embora alguns autores (como é o caso de Teodoro Bastos de Almeida e António Vicente Marques, *O Direito, Introdução e Noções Fundamentais*, polic., 2001, pág. 10.) extraíam daqui a ideia de que o costume *secundum legem* e *praeter legem* é fonte de direito, parece-nos que esta solução não é assim tão linear. Sem desprimor para o alcance e a importância do estatuído entendemos que por se tratar de direitos privados disponíveis, tal como o faz com a equidade a lei permite, no caso específico “quando as partes estiverem de acordo com a aplicação exclusiva dos usos e costumes não codificados, sempre que a lei o permita,” se possa adoptar, também aqui, um critério não normativo de solução de questões jurídicas.

⁷⁹ Exposição no seminário “As terras e o Direito” realizado pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto de 18 a 20 de Setembro de 2002.

O artigo 9.º da lei das terras sob a epígrafe «Comunidades rurais» prescreve que:

1. O Estado respeita e protege os direitos fundiários de que sejam titulares as comunidades rurais, incluindo aqueles que se fundam nos usos ou no costume.

Também o artigo 82.º inscrito na Secção IV referente à justiça comunitária refere no n.º 1 que “os litígios relativos aos direitos colectivos de posse, gestão, uso e fruição e domínio útil consuetudinário dos terrenos rurais comunitários são decididos no interior das comunidades rurais de harmonia com o costume vigente na comunidade respectiva.

f) Na Jurisprudência

Tem sido prática nos Tribunais a nível nacional dar provimento e relevância ao costume como relevâncias normalmente atenuadoras quando este esteja na base de práticas criminais e decorra de algum obscurantismo em relação à lei e a ordem social legislativa instituídas.

É precisamente nesta perspectiva o Acórdão do Tribunal Constitucional no Processo n.º 84 proferido no dia 22 de Fevereiro de 2005 (ANEXO 1 – pág. 73)⁸⁰ considera dar como provada a favor do Réu condenado a circunstância atenuante 23.^a (arreigada crença no feitiço) e consequentemente decidir que “Como tem sido jurisprudência deste Tribunal a forte crença no feitiço justifica o uso da faculdade extraordinária de atenuação de penas, do art.º 94.º, n.º 1 do Código Penal”.

3. A questão da importância do costume

Questão muito diversa do reconhecimento do costume e que não implica com a sua consideração ou não como fonte de direito é a atenção que os costumes devem merecer na formulação e na aplicação do direito.

⁸⁰ Corresponde à página 13 do aludido Acórdão.

É que eles não podem de forma alguma ser ignorados nem minimizados, entre outras, pelas seguintes razões:

a) Por representarem já uma componente fundamental da cultura do povo

Atente-se, ainda hoje, não apenas no valor cultural de actos tais como: o carnaval; as festas da ilha de Luanda⁸¹ ou as chamadas “festas da cidade”,⁸² mas também no carácter e condão destes eventos para mobilizar a sociedade e alterar a ordem social vigente.

Para estes actos mobiliza-se a sociedade nos mais variados domínios como por exemplo:

- Mobilizam-se agentes da cultura, de recreação e desportos e do turismo e hotelaria;
- Os participantes (actores e espectadores) esmeram-se em preparativos e alegorias das mais diversas;
- Concentra-se a atenção das forças de segurança e ordem pública para policial para a manutenção da ordem e da tranquilidade;
- Tomam-se medidas de excepção no domínio da regulação do transito rodoviário para evitar catástrofes e acidentes de viação;
- Destinam-se administrativamente locais para a realização de actos festivos, celebrações ou convívios sociais, etc.;
- Criam-se impedimentos nas vias de circulação rodoviária;
- Criam-se regulamentações específicas sobre os respectivos actos: feriados, tolerâncias de ponto e outros ditames.

Estas e outras acções congéneres mostram a força que as acções relacionadas com concepções consuetudinárias podem desencadear na sociedade nos mais distintos domínios (político, social, económico e jurídico).

⁸¹ Conhecida como festas da sereia.

⁸² É o caso das tradicionais festas da Senhora do Monte na cidade do Lubango e do FestiSumbe na Província do Kuanza Sul.

Torna-se, portanto, necessário conferir a verdadeira importância e valor aos costumes que dão lugar à esta dinâmica social.

b) Por conterem valores que relevam de formas comunitárias de vida e que, devidamente enquadradas, podem constituir componentes interessantes na construção da sociedade angolana

Ainda hoje em Angola a grande maioria da legislação vigente é oriunda (herdada) do período colonial e, portanto, foi elaborada sem ter em conta as especificidades das comunidades locais, os hábitos, costumes e as tradições angolanas.

Daí que muitos institutos jurídicos e valores estejam em desacordo com o pensamento ou mesmo o tratamento que merecem por parte das populações. Pense-se, por exemplo, em situações tais como os critérios legais e os critérios tradicionais de sucessão *mortis causa*; o conceito, a organização e as concepções sobre a família nomeadamente o parentesco e a afinidade; práticas como o alembamento e a sua relação com a promessa de casamento; concepções sobre a união de facto, a poli-gamia e o adultério; a similitude hoje verificada entre as celebrações do casamento e da festa de pedido de noivado, etc..

Em situações como esta a prática consuetudinária e os valores do costume comunitário poderão influenciar ou devem necessariamente merecer a devida atenção do legislador.

c) Por representarem em muitos casos, formas de o povo compor entre si questões socialmente relevantes sem recorrerem aos órgãos administrativos, aos órgãos judiciais do Estado, etc.

Os costumes muitas vezes e em grande medida contêm em si verdadeiros remédios sociais que constituem formas ou medidas para sanar litígios sem a necessidade de intervenção jurisdicional e sem os constrangimentos causados às partes a quem a justiça formal coloca normalmente de “costas viradas”.

4. Considerações críticas

A importância que deve ser conferida ao costume e a atenção que ele deve merecer no âmbito da formulação e aplicação das normas jurídicas, bem como a grande disparidade existente entre o costume e a lei levam-nos a tecer algumas considerações pertinentes e críticas.

Materialização e viabilização do costume

Com a Constituição de 2010 verificou-se a consagração do costume como fonte imediata do Direito em Angola, em paridade com a lei.

Acontece, porém, que se esta é uma grande conquista do costume, uma grande revolução a nível do ordenamento jurídico angolano, a verdade é que nada ainda mudou em relação ao tratamento do costume e das autoridades tradicionais nestes cinco últimos anos de efectivação. Torna-se, portanto, necessário desencadear medidas para a verdadeira instrumentalização e aplicação desta força consuetudinária.

O tratamento do costume

Hoje, por exemplo, quem não conhecer Carlos Feijó não identifica de imediato o autor da grande obra que é a sua tese de Doutoramento.⁸³ Não identificará, por exemplo, traços elementares tais como se é um angolano (africano) ou um europeu (de País colonizador ou colonizado), um nacional ou um estrangeiro, o autor das ideias plasmadas sobre o tratamento do costume.

Tudo isto porque pensamos que sendo o costume a verdadeira e genuína manifestação da sociedade e da comunidade quando alguém o refere deve exprimir a sua essência. A forma como se discutia e tratava o costume no período colonial (com ignorância e inibição) não é nem deve ser a mesma que se deve discutir e tratar na sociedade angolana independente.

⁸³ Feijó, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica plural Angolana*.

O costume deve ser hoje tratado, antes de tudo, como um valor nacional a fim de ser interpretado e inserido na realidade social e jurídica. Não basta, portanto, estudar a generalidade da essência do direito consuetudinário mas assumi-lo nas problemáticas e nas lides nacionais.

As questões relacionadas com o costume em Angola devem merecer sempre um tratamento de acordo com a moral, a ética e a conduta de raiz tradicionalmente angolana.

O costume como parâmetro da aplicação da justiça e da criação da lei

Na realidade o direito nada mais é do que a expressão genuína da consciência de uma sociedade e não verdadeiramente um produto do legislador, pois o legislador não cria o direito, apenas o traduz em normas escritas existentes no espírito do povo (costume) e, por este prisma, o direito deve ser o espelho do costume.⁸⁴ Na realidade o costume é, em última instância, o verdadeiro direito, pois é a primeira manifestação da ética de um povo, uma espécie de ética natural.

Observa-se, então, que a norma abrange o costume, possuindo uma função transformista, uma vez que os cidadãos são os seus genuínos destinatários e, desta forma, o costume apresenta-se como a norma constante não escrita e obrigatória, só diversa da lei no seu aspecto formal. Daí a necessidade de consideração da aplicação do costume na justiça.

É hoje notório que o mundo moderno vive em estado de alerta, impedindo a formação de costumes, obrigando a solução dos proble-

⁸⁴ Exemplo disso é o do cheque pós-datado, vulgarmente conhecido como cheque pré-datado. O costume, neste caso, descaracterizou o cheque como ordem de pagamento à vista, e o Poder Judiciário não pôde deixar de conhecer deste fenómeno imposto pela grande maioria das pessoas nos seus actos de comércio. Pode-se mesmo dizer que o uso e o costume de emitir cheque pós-datado criou o instituto do cheque como promessa de pagamento, diferente do regulamento legal, que é a ordem de pagamento à vista. Outro exemplo marcante que pode ser citado é a regulamentação da União de Facto pelo Código da Família Angolano, que surgiu da observação de que na sociedade angolana existe um grande número de famílias que se formam a partir da união do homem e da mulher, fora do matrimónio. E, como o direito estuda os fenómenos sociais ocorridos com frequência na sociedade, obrigou o legislador a regular esta questão.

mas através somente da legislação, que pode ser elaborada e rapidamente modificada. Entretanto, esta conclusão não deve significar a supressão de todo o valor do costume. Deve-se buscar uma solução de equilíbrio entre ambas as tendências opostas, reconhecendo que a norma jurídica se inspire a ser aceite e cumprida pela comunidade, adaptando suas modalidades e características na parte em que os costumes não se chocam com os princípios que lhe dão fundamento.

Os usos e costumes coletivos são com efeito, a fonte inspiradora de inumeráveis leis, sentenças e doutrinas, as quais são convertidas em direito, uma vez que o legislador, o jurista e o magistrado as traduzem em normas ou decisões escritas.

Daí a necessidade de se cuidar convenientemente da relação entre o direito positivo e o costume, tendo em conta que o costume empresta três funções ao direito: a de inspirar o legislador a normatizar condutas, a de suprir as lacunas da lei e a de servir de parâmetro para a interpretação da lei.

Só assim se compreende que se possa hoje dizer que o costume possui força jurídica, que está estabelecido na Ordem Jurídica do Estado, que os costumes são parte do Direito, ou seja, que integram as fontes do Direito angolano.

Em face dos valores constitucionais actuais podemos assim dizer que o costume apresenta no ordenamento jurídico angolano quatro facetas a considerar: como fonte imediata de direito; como fonte da norma a ser legislada; como fonte suplementar da lei e como fonte de interpretação. Urge operacionalizar todas estas vertentes.

CAPÍTULO III

AUTORIDADES TRADICIONAIS E PODER TRADICIONAL

Pela interligação com a problemática do costume, importa compreender o que se entende por autoridades tradicionais e analisar, mesmo que sumariamente, a trajectória do seu reconhecimento em Angola.

1. Noção

A expressão autoridades tradicionais é uma expressão metafórica. Por um lado remete para a ideia de uma certa forma de legitimidade e exercício do poder. Por outro lado trata-se de uma expressão “engendrada” pelos políticos nacionalistas africanos pois, nesse domínio político, o tradicional não se refere de modo linear ao passado ou ao imemorial nem a qualquer título ou modo de legitimidade de exercício do poder.

Neste sentido político, as expressões “tradição” e “tradicional” são utilizadas como modo de reacção contra os contágios do colonialismo, como que um alegado regresso à pureza das instituições pré-coloniais. Trata-se, sobretudo, de uma bandeira nacionalista que Armando Marques Guedes, com perspicácia como uma «brilhante peça de propaganda política».

Nessa medida, os termos “tradicional” e “tradição” não são utilizados como conceitos analíticos predefinidos e popularizados por Max Weber, que caracteriza tradição como “aquilo que sempre foi”, enquanto uma das três formas ideais de poder.⁸⁵

Para as sociedades tradicionais africanas, a autoridade tradicional é investida de poderes sobrenaturais que lhe conferem uma natureza divina ou espiritual e simbólica, o que faz com que a estas estejam associados um conjunto de imagens, insígnias e rituais tanto de entronização como de falecimento. O soberano terreno transfigura-se em emissário da divindade e as suas funções de guardião da ordem social transformam-se em guardião simultaneamente da ordem natural e cosmológica.⁸⁶

⁸⁵ Na concepção Weberiana, à tradição é atribuído um estatuto pré-moderno, pois a legitimidade do titular do poder assenta na crença da santidade da tradição existente desde os tempos imemoriais: os governantes exercem o poder segundo as tradições, i.e., o poder do soberano não advém do cargo que ocupa nem a obediência se deve a disposições legais estatuídas, mas sim ao costume que por via da hereditariedade investe poderes de autoridade numa certa pessoa. Feijó, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, págs. 40-41.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 41.

Num Acórdão de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça angolano definia as autoridades tradicionais como «as entidades que integram e dirigem as respectivas comunidades, sendo respeitadas, por entre outras virtudes e poderes serem pessoas com autoridade para decidirem sobre a questão de natureza feiticista», *i.e.*, o Supremo Tribunal considera que é co-natural às autoridades tradicionais a existência de competências consuetudinárias ligadas ao sobrenatural. Considera ainda aquela mais alta instância judicial comum angolana que é dever da autoridade tradicional – de acordo com as regras consuetudinárias – pronunciar-se sobre as questões que lhe são submetidas, uma vez que «atingida a comunidade não há como a autoridade tradicional se manter indiferente ou mesmo afastada do problema considerado comum».⁸⁷

Conforme conclui Carlos Feijó no seu aprofundado estudo investigativo, ao contrario do que parece indicar a expressão, as sociedades ditas tradicionais assentam mais em costumes do que em tradição, o que significa que costume e tradição são categorias social e conceptualmente distintas: «apesar de intimamente interligados à tradição, (os costumes) são geralmente mais flexíveis que a tradição e mais úteis em contextos de mudança». São os costumes que – em última instância – são fonte de legitimidade das autoridades tradicionais e determinam as formas e modos de exercício do poder tradicional nas respectivas comunidades.

Face à importância desta temática, o Ministério da Administração do Território (MAT) de Angola realizou o “Segundo Encontro Nacio-

⁸⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – Proc. n.º 79. Nesse caso, em que estavam em julgamento factos de natureza criminal, algumas autoridades tradicionais interpuseram recurso da pena de prisão a que tinham sido condenados por terem sido considerados mandantes (autoras morais) de homicídio de um indivíduo acusado pelos populares da prática de feitiçaria (*o kumutukuleni*). Importa ainda notar que o Tribunal encontra no costume – neste caso, a crença arreigada no feiticismo – uma causa de atenuação especial do crime e da culpa em função do especial valor dessas circunstâncias atenuantes. No entender do Supremo Tribunal, «este benefício resulta do princípio de que a crença arreigada no feitiço limita a capacidade de interpretação e compreensão de determinados factos e fenómenos, não sendo razoável exigir do agente outro alcance». *Ibidem*, pág. 42.

nal sobre as Autoridades Tradicionais em Angola”⁸⁸ sob o lema, “As Autoridades Tradicionais e os Desafios da Paz e Reconstrução Nacional”. O evento teve o objectivo de abordar a problemática das instituições do poder tradicional, dada a sua realidade, histórica, sociológica e cultural que exige a aperfeiçoamento e dignificação como mais uma forma de representação do pluralismo social e político.

Nesse importante evento defendeu-se a clarificação do papel das Autoridades Tradicionais, tendo em conta as realidades históricas e culturais, bem como as perspectivas de desenvolvimento económico, tecnológico, científico e social do país. Discursando em representação do Chefe de Estado, José Eduardo dos Santos, o então Primeiro-Ministro disse esperar que os resultados do encontro constituam um contributo para a definição do estatuto e a clarificação do lugar da Autoridade Tradicional no processo de liderança comunitária e, sobretudo, para encontrar-se, no quadro da desconcentração e descentralização, o modelo ideal de entrosamento entre os poderes públicos e os exercidos pelas referidas autoridades.

Constactou-se que:

- as Autoridades Tradicionais constituem o garante da intermediação e prossecução dos interesses do Estado junto das populações
- a abordagem das questões ligadas as instituições do poder tradicional apontam para a necessidade do reconhecimento jurídico e foral de uma realidade pré-existente ao poder do Estado.
- é satisfatória a iniciativa do Governo em discutir a situação das Autoridades Tradicionais que muito podem fazer para uma grande e efectiva ligação entre o povo e o poder político.
- a realização do Encontro mostra a preocupação do Governo em definir e reconhecer a verdadeira posição daqueles que tudo fazem para que as populações das regiões do interior de Angola se mantenham dentro de alguma organização e respeito pela vida, sem esquecer o respeito pelas suas terras natais.

⁸⁸ O encontro realizou-se no Palácio dos Congressos em Luanda nos dias 19 e 20 de Junho de 2012.

- o II Encontro Nacional sobre as Autoridades Tradicionais em Angola, abordou temas bastante interessantes que vão trazer resultados imediatos relativamente a situação das 169 Autoridades Tradicionais participantes, com categorias de Sobas, Séculos, Reis e Rainhas. De recordar que durante os trabalhos foram debatidos temas como, “A Autoridade Tradicional perante os desafios da Coesão Nacional”; “A Coabitação da Autoridade Tradicional com o Estado: problemas, soluções e desafios”; “A situação sócio-económica da Autoridade Tradicional”, entre outros. Foi também reconhecida a prestação das Autoridades Tradicionais durante o processo de Registo Eleitoral e o importante papel a desempenhar na mobilização da população para participar nas eleições marcadas para 05 de Setembro do mesmo ano.

2. O reconhecimento das autoridades tradicionais em Angola

A génese das chamadas autoridades tradicionais, em Angola, bem como a sua actuação política e consequentemente legitimação estadual focaliza-se no período histórico pré – colonial, em que estas eram as autoridades sociopolíticas que detinham o poder efectivo sobre as respectivas populações.

Daí que a necessidade de um enquadramento administrativo das autoridades tradicionais tenha sido sentida sempre ao longo da dominação colonial que as encontrou e tentou enquadrá-las como forma de controlo efectivo das populações.⁸⁹

O reaparecimento das autoridades tradicionais em Angola, materializou-se através da forma de criação formal e oficial – de “ cima para baixo” – através da sua incorporação nas estruturas administrativas do País (e não, necessariamente do Estado), em resultado de um reconhecimento legal da sua influência como importante “actores” locais.⁹⁰

⁸⁹ Feijó, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, págs. 13 e 14.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 25.

Perante esta realidade que se estendeu até aos nossos dias urge avaliar os passos e as vicissitudes que marcaram o processo de recheimento das autoridades tradicionais até se materializar formalmente através da Constituição de 2010.

O Reconhecimento Constitucional

O estatuto do “poder tradicional” no Estado Angolano sempre foi vivido de incertezas e envolvido em conjecturas sobre a sua natureza, enquadramento, validade e reconhecimento. A Constituição da República de Angola, que entrou em vigor em Fevereiro de 2010 reconhece expressamente, nos artigos 223.º, 224.º e 225.º, o estatuto, o papel e as instituições do poder tradicional constituídos de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição.

Neste contexto, com a constitucionalização do costume e das autoridades tradicionais na constituição de 2010, a ordem judicial plural angolana ganha a sua dignidade própria com base na fonte de reconhecimento. No seu reconhecimento constitucional, o institucionalismo tradicional aparece como uma das manifestações da autonomia local, e desde logo, como um elemento estruturante e qualificativo do nosso conceito de poder local, por respeito ao peso histórico, social, cultural, político e jurídico que a realidade do poder tradicional representa no desenvolvimento e afirmação global do futuro da administração local autónoma em Angola.

A abordagem do poder local, nesta perspectiva, permite, de uma vez por todas, superar o posicionamento tímido – quando não hostil – do Estado (desde a independência) face às autoridades tradicionais, clarificando a sua opção pelo reconhecimento delas próprias, produzindo uma realidade jurídica, administrativa, cultural e política em tese geral alheia ao Estado, ou seja, uma realidade socialmente autónoma.

Assim, onde, de acordo com o enquadramento jurídico da macroestrutura da administração local, havia uma indefinição sobre o que as instituições do poder tradicional representavam – questionando-se a sua legitimidade, representatividade, os seus títulos, território de jurisdição, autonomia, poder de decisão e as suas relações com o Estado

–, passou-se para um outro sistema: o do reconhecimento constitucional.⁹¹

O Reconhecimento Infraconstitucional

Tal como observamos em relação ao costume, também em relação às autoridades tradicionais, o reconhecimento constitucional atribui dignidade e relevância jurídica a uma realidade já amiúde reconhecida pelo legislador ordinário.

São várias as referências normativas que nos demonstram que as instituições do poder tradicional já encontravam consagração e acolhimento formal por parte do Estado angolano.

Podemos, nesta perspectiva, entre outros diplomas legais, enunciar:

- A Lei das Terras, aprovada pela lei n.º 9/04, de 9 de Novembro, com incidência nas disposições dos artigos 9.º, n.º 1 e 2 e 82.º, n.º 1.
- O Decreto n.º 53/07, de 28 de Maio, que procede ao ajustamento do subsídio mensal atribuído ao soba grande e às restantes categorias de autoridades tradicionais e auxiliares, respectivamente: o soba e o seculo, ajudante de soba grande e ajudante de soba
- A Lei n.º 17/2010, de 29 de Maio, que estabelece o regime jurídico da administração local do Estado.
- O Despacho n.º 5/07, de 05 de Abril, que cria uma Comissão Interministerial para o estudo do estatuto Jurídico das Autoridades Tradicionais.
- O Código de Conduta Eleitoral que, aprovado pela Resolução n.º 10/05, de 4 de Julho, estabelece os princípios e as regras disciplinadoras da conduta dos agentes eleitorais.
- O Regulamento da Lei do Registo Eleitoral, aprovado pela Lei n.º 3/05, de 1 de Julho, que permite às autoridades tradicionais

⁹¹ Feijó, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, pág. 365.

a confirmação da identidade dos eleitores não possuidores de documentos de identificação nas comunidades rurais.

- A Resolução n.º 2/86, de 27 de Dezembro, que institui o far-damento a usar pelas autoridades tradicionais.

CAPÍTULO IV

ESTUDO DE CASO – PROCESSO N.º 84/2002 DO TRIBUNAL SUPREMO (CASO KAMUTUKULENU)

Para estudo da consideração e enquadramento do costume a nível da jurisprudência ou seja da magistratura judicial procedemos a análise do Acórdão do Tribunal Supremo emitido no Processo n.º 84/2002, aos 22 de Fevereiro de 2005.

Dados do processo

Processo n: 84/2002

Entidade: Tribunal Supremo (Câmara Criminal)

Réus: – Jorge Fernando Biwango, de 52 anos de idade, a data dos factos Governador Provincial do kuando kubango, natural do kuito kuanavale;

– Estêvão Delo, de 51 anos de idade, a data dos factos Comandante Provincial da Policia Nacional do kuando kubango, com a patente de Sub-Comissário da Policia Nacional angolana, natural de Buco Zau.

Acusação e pronúncia

Mediante querela do Ministério Público:

Jorge Biwango foi pronunciado como autor de um crime de homicídio qualificado, do artigo 351.º, n.º 4 do Código Penal, porquanto

sendo este, Governador da Província do Kuando Kubango, informado por alguns Sobas do Kuito Kuanavale de que alegados feiticeiros punham pessoas já falecidas a lavrar as suas “xitacas”, prosperando, o **Kamutukulenu**, logo orientou por escrito que o fenómeno fosse combatido com medidas duras e urgentes de que veio a resultar a morte de oito inocentes cidadãos; e

O co-arguido Estêvão Delo foi pronunciado como autor de 7 crimes de prisão ilegal do artigo 291.º, n.º 4 do citado diploma legal e cumplicidade (artigo 22.º, n.º 2) no crime do arguido Fernando Biwango, porquanto ao tempo Comandante Provincial da Policia Nacional do Kuando Kubango, conhecedor da ilegal situação carcerária de sete cidadãos no município do Kuito, não reagiu, facilitando com o seu silêncio cúmplice a execução das vítimas.

Quadro fáctico

Discutida a causa, foram organizados 24 quesitos respeitantes à matéria de facto controvertida, resultando da sua decisão o seguinte quadro factício:

Em Maio de 2001, o arguido Jorge Biwango recebeu os Sobas Kwango, Samukity e Likissi, tendo sido informado de que no município do Kuito Kuanavale muitos populares abandonavam a região por causa do “Kamutukulenu”, isto é, alguns “feiticeiros” faziam trabalhar nas suas lavras pessoas já falecidas, prosperando, enquanto o resto da população vivia a penúria da guerra.

O arguido Biwango, entendeu endereçar ao cidadão Jeremias Chipango, Rei Bingo-Bingo do Kuito-Kuanavale o ofício n.º 235, de 30 de Maio de 2001, com o seguinte teor (fls.9):

“...Tendo chegado ao meu conhecimento através do Senhor Soba Likissi Tololy Matenda e do Sr. João Domingos Encarregado do regedor Samukiti a prática de feitiçaria por Senhores Sobas Muene Kwango e Mbano ya Kanuku, matando várias pessoas nos últimos tempos, o que criou uma situação incómoda às populações da sede desse município. Oriente e agradeço a tomada de medidas duras e urgentes para sanar a situação. Sem outro assunto de momento. Subscrevo-me com elevada

consideração e admiração. Gabinete do Governador da província do Kuando-Kubango, em Menongue aos 30 de Maio de 2001. O Governador Jorge Fernando Biwango – Tribuna do Povo.

Dando cumprimento à orientação, ocorreram no Kuito Kuanavale julgamentos e castigos a presumíveis feiticeiros, provocando incontidas reclamações, dadas as sevícias infligidas, destacando-se as do Soba João Lucas Tchivo que reclamou ao Governador, solicitando novo julgamento.

Talvez, por isso, o arguido Biwango orientou através do seu “Gabinete de Apoio às Administrações Municipais e Comunaes” a constituição de uma comissão destinada a resolver a questão do “Kamutukulenu”.

Foi então criada e credenciada uma comissão constituída por sete pessoas, coordenada por João Cambinda, em representação do Governo da Província, integrando o Rodrigues Chimango (Regedor Provincial Adjunto), João Cavole (Soba), Adriano Kassanga (Soba), Jorge Manuel (Secretário do Regedor), Satuma Mukungo (Conselheiro) e Jorge Minjinji Lumai.

Na credencial assinada pelo Vice-governador, Vapor, foi mencionada a competência e atribuição da Comissão: “Sanar a questão que se prende com a feitiçaria que assola o município do Kuito Kuanavale”.

Em 20 de Junho de 2002, a coberto dos poderes conferidos à referida Comissão ocorreu no Kuito Kuanavale, um julgamento popular que seleccionou, julgou e deteve sete cidadãos, considerados feiticeiros, que ficaram sob custódia nos calabouços do Comando Municipal da Polícia Nacional, por um período de 63 dias, isto é de 20 de Junho a 22 de Agosto de 2002, data do fuzilamento dos indefesos e infelizes cidadãos.

A anteceder a aludida execução, no dia 4 de Julho de 2002, o arguido Biwango esteve no município do Kuito kuanavale, tendo ali sido informado da existência dos sete alegados feiticeiros nos calabouços da polícia, não tendo tomado qualquer providência.

No dia 16 de Julho, no seu gabinete, em Menongue o então Governador Biwango, rejeitou uma proposta da comissão que consistia no desterro dos supostos feiticeiros para Bentiaba, orientando que fosse preferencialmente aplicada aos ditos feiticeiros a 3ª medida de acordo

com os usos e costumes, isto é, amarra-los ou queimá-los e atirá-los ao rio, se necessário com recurso a defesa civil.

Regressada ao Kuito Kuanavale levando consigo João Lucas Thiovo a comissão logo tratou de dar execução ao projecto, mobilizando e armando elementos da Defesa Civil.

Ao proceder à recolha dos infelizes cidadãos depositados na cadeia da Polícia, um deles, ao opor-se à condução ao local de execução, foi abatido a tiro no interior dos calabouços.

Na noite de 22 de Agosto de 2002, junto ao rio Célua, foram executados por elementos da Defesa Civil municipal mediante disparos de espingardas de guerra após terem sido amarradas, sete vítimas, incluindo o reclamante João Lucas Tchivo.

Factos Integradores de costume

1 – O Governador Jorge Biwango recebeu três sobas do kuito kuanavale que lhe colocaram a preocupação da prática do “ kamutukulenu” na sua região (feiticeiros que faziam trabalhar nas suas lavras pessoas já falecidas).

2 – Respondendo à preocupação dos sobas o governador Biwango endereçou a Jeremias Chipango – Rei Bingo Bingo – do Kuito Kuanavale o ofício n.º 235, de 30 de Maio de 2001, e no ofício refere ter tomado conhecimento da prática de feitiçaria pelos sobas.

3 – Em cumprimento da orientação ocorreram no município de Kuito Kuanavale julgamentos e castigos a presumíveis feiticeiros tendo, entre outras reclamações, o soba João Lucas Tchivo recorrido ao Governador, solicitando um novo julgamento.

4 – Em resposta à insatisfação gerada o governador Biwango orientou através do seu “Gabinete de Apoio às Administrações Municipais e Comunaes “ a criação de uma Comissão destinada a resolver a questão do kamutukulenu que foi constituída por sete pessoas. A comissão foi credenciada por documento assinado pelo vice-governador, Vapor, com a menção de ter como competência e atribuição “sanar a questão que se prende com a feitiçaria que assola o município do kuito kuanavale”.

5 – No dia 20 de Junho de 2002, a coberto dos poderes conferidos, a Comissão procedeu no kuito kuanavale a um juízo popular de sete supostos feiticeiros que após detenção ficaram sob custódia nos calabouços do Comando Municipal da Polícia Nacional por um período de 63 dias (de 20 de Junho a 22 de Agosto).

6 – A comissão ora criada endereçou ao governador Biwango uma proposta que consistia em proceder ao desterro para o campo prisional de Bentiaba dos supostos feiticeiros que tinham sido objecto de juízo popular. Porém, no dia 16 de Junho, no seu gabinete em Menongue, o então governador Biwango rejeitou a proposta e orientou que fosse preferencialmente aplicada a 3.ª medida de acordo com os usos e costumes, isto é, amarrá-los ou queimá-los e atirá-los ao rio, se necessário com recurso à defesa civil.

7 – Regressada ao Kuito Kuanavale a comissão procedeu à materialização do projecto, mobilizando e armando elementos da defesa civil que na noite do dia 22 de Agosto de 2002, junto ao rio Célua, executaram com disparos de espingarda de guerra as sete vítimas, após terem sido amarradas. É de referir que ao proceder à recolha dos sete cidadãos detidos na cadeia da Polícia, um deles, ao opor-se à condução ao local de execução, foi abatido a tiro no interior dos calabouços.

Tratamento Sócio-Jurídico

A) *Pelas autoridades coloniais*

Considerando a crença enraizada no feitiço um fenómeno complexo, grave, um verdadeiro *holocausto*, o Tribunal Supremo, porque não há presente sem passado, procedeu a uma apreciação ao tratamento sócio-jurídico das autoridades coloniais nos seguintes termos:

Segundo os *usos e costumes* dos “*indígenas*” as pessoas acusadas de feitiçaria são mortas pelas próprias pessoas de família.

O feiticeiro, para o indígena, é um possesso, incarnando um espírito demoníaco, existindo assim a necessidade de destruir a sua pessoa por representar um gravíssimo perigo social;

Embora o crime de homicídio seja gravíssimo, não pode ser esquecido que, segundo a concepção de vida do indígena o acto é lícito; são fiéis a si próprios e à sua cultura, tendo uma conduta valiosa à luz dos seus usos e costumes muito embora ela seja criminosa à face das normas jurídicas da sociedade civilizada; a sua conduta é a única por eles conhecida e compreendida;

Resulta, assim, que aqueles que matam imbuídos na crença não conhecem a significação criminosa da sua conduta, nem tão pouco a sua anti-jurisdicidade, nem ainda o seu significado imoral. É um caso de erro de direito. E a não consciência da ilicitude, do significado imoral da sua conduta exclui a imputação a título de dolo, apenas a de culpa.

Só não são eximidos de responsabilidade criminal por que a isso obsta o artigo 29.º do Código Penal que estabelece que a ignorância da Lei Penal não exime de responsabilidade criminal.

Que essas condutas deviam ser censuradas a título de culpa, na medida em que os seus agentes não se procuraram civilizar e adquirir um grau cultural que lhes permitisse reconhecer a imoralidade e anti-jurisdicionalidade delas.

Esta argumentação, nos anos 50, já não era procedente em Angola para os chamados indígenas.

Pela norma do parágrafo 1.º do artigo 3.º do Estatuto dos Indígenas (Decreto Lei n.º 39666, de 20 de Maio de 1954), a contemporização com os usos e costumes dos indígenas é limitada pela moral, pelos ditames da humanidade e pelos interesses superiores do livre exercício da soberania; e na do artigo 25.º, na falta de leis especialmente destinadas aos indígenas seriam aplicáveis as leis penais comuns.

A autoridade colonial entendia que a organização do Direito Criminal a aplicar aos indígenas não se baseava no princípio do respeito pelas instituições privadas.

A intimidação é um fim essencial no sistema (colonial português), com ela se procurando conciliar as finalidades pedagógicas que se pretende que acompanhem as finalidades psicológicas que a intimidação serve.

Tais finalidades pedagógicas, abrangidas no fim de correcção, não podem ter o mesmo sentido para indígenas e não indígenas, tão

diferentes são as culturas em que assentam a sua formação. Para os indígenas não se tratará geralmente de corrigir uma formação desviada da personalidade, tratar-se-á sempre e ainda, ao lado da obediência exterior que a intimidação procura obter, da assimilação para uma cultura dogmaticamente superior.

Assim, ao determinar a culpabilidade dos agentes criminosos em casos de homicídio por motivação feiticista não deve operar o direito e as instituições indígenas mas apenas tomar-se em consideração os elementos integradores da relação psicológica entre os agentes e os factos, isto é, os únicos elementos de valor que a ordem jurídica manda respeitar.

B) Na realidade actual angolana (pós-independência)

Para se aquilatar da complexidade e gravidade do fenómeno feiticista nos nossos dias, ou seja no período pós independência, o Tribunal Supremo fixou-se numa amostra do Estudo Antropológico das Crianças Acusadas de Feitiçaria em M'Banza Kongo, Uíge e Luanda, realizado pelo Instituto Nacional da Criança segundo o qual:

Existe nas três localidades uma história estereotipada da feitiçaria que varia um tanto nos seus detalhes.

As crianças tornam-se feiticeiras. Elas não nascem feiticeiras. Elas são atraídas, ou instigadas, para isso, por alguém que aparece nos seus sonhos. A transmissão do poder oculto tem lugar através da doação ou aceitação de comida. Este evento pode ter lugar no mundo diurno, como também no mundo nocturno. Primeiro dão comida à criança (jinguba, milho, fritos, pão, mandioca, peixe, carne), e depois essa pessoa (o feiticeiro mestre) aparece ou reaparece, nos seus sonhos a reclamar a comida. A criança está em dívida e tem de pagar.

O feiticeiro mestre leva-a a voar num veículo qualquer (caixa de fósforos, lata de sardinha vazia, maçaroca, lenha, folha de bananeira, vassoura), para aventuras de vários tipos. Parte destas aventuras envolvem prazer; visitam outros locais; dançam; comem; os rapazes encontram-se com raparigas e estas com rapazes. Mas a outra parte delas são de natureza má e agressiva.

Elas normalmente voam em grupos. O feiticeiro mestre que também é o piloto é muitas vezes um parente mais velho da parte da mãe da criança (tio da mãe) ou o pai. Mas também pode ser um vizinho, um amigo ou alguém que a criança encontra acidentalmente na rua.

O fenómeno feiticista das crianças é chocante, é novo, de que nunca se ouviu falar antes e difícil de entender.

Por que razão quererão as pessoas transmitir este poder, controlado anteriormente apenas pelos chefes e pelos mais velhos a uma criança?

As crianças aprendem a tornar-se feiticeiras e podem também ser tratadas e curadas. A feitiçaria é muitas vezes descrita como uma doença ou aflição comum. De acordo com os curandeiros é mais fácil ser curado quando ainda não se comeu carne humana. Muitas crianças “confessam” e declaram que se querem livrar disso ou que se sentem já curadas.

Toda a feitiçaria tem lugar no mundo nocturno e é, portanto, invisível. Não há provas materiais. Apenas os curandeiros com o seu poder especial de Deus ou dos antepassados, são capazes detectar e tratar. Tanto as autoridades tradicionais (Sobas) como funcionários públicos afirmam que muitas vezes se sentem desconfortados com o facto do sistema judicial existente não lhes dar qualquer possibilidade de tratar dos problemas da feitiçaria.

A acusação de feitiçaria contra crianças é um fenómeno novo e bastante especial, apenas compreensível como parte de um complexo maior de crenças religiosas e práticas sociais. Verdadeiramente novo é o aumento de número desse tipo de acusações e acima de tudo, a ruptura de relação entre pais e filhos.

A feitiçaria deve ser vista dentro de urna cosmologia maior, como uma religião, na qual está enraizada.

É concebida como um poder mágico que é transmitido de pessoa para pessoa. Como tal, é uma forma pervertida do poder mágico-religioso tradicional, emanado de Deus e dos antepassados e exercido pelos mais velhos do clã e parentes (masculinos) na sua relação com os mais novos. Este poder, é, simplesmente, a força-vida fluindo dos deuses e canalizada pelos antepassados para todos os sujeitos sociais o feiticeiro é um indivíduo que usa o poder para seus próprios fins, sendo portanto mau e destrutivo.

O fenómeno de “crianças feiticeiras” contradiz a verdadeira concepção das relações básicas de poder. A desintegração da família e da estrutura do clã desloca as relações de poder e autoridade entre gerações, de tal forma que as ideias antigas e tradicionais do arbítrio humano já não funcionam.

O complexo fenómeno da feitiçaria também contém uma certa lógica de relações e práticas sociais. As acusações de feiticismo aparecem, ao longo da história conhecida da região, em tempos de conflitos nas relações de poder/ domínio. Surtos de caça às bruxas, ocorreram, principalmente em tempos de turbulência social, tal como na viragem do século dezanove, quando relações de poder e autoridade se encontravam destruídas.

Mais recentemente, eram os velhos que costumavam ser o alvo de acusações de feitiçaria. A lógica disto é a seguinte: Como os velhos possuem este poder magico-religioso, permitindo-lhes premiar ou punir, os mais novos eram obrigados a conformar-se. Os mais velhos podiam ameaçar o desobediente com ele. Quando um jovem adoecia, ele podia ir a um curandeiro, que revelava que, por exemplo, o irmão da mãe estava a causar o seu sofrimento, sugerindo-lhe, como parte do tratamento, que demonstrasse mais respeito pelo tio, incluindo oferecer-lhe dinheiro e presentes. Uma reunião do clã poderia também ser convocada, discutindo-se o conflito, alcançando-se a reconciliação. A autoridade da pessoa mais velha era defendida e o jovem recuperava. Apenas, ocasionalmente, acusações de feitiçaria resultavam em ataques violentos.

Na situação actual, em Angola, parece que os papéis foram invertidos. Os pais acusam os seus filhos. Isto acontece numa situação em que os pais e mais velhos se tornam cada vez menos poderosos e mais desamparados. Eles sentem-se incapazes de cuidar dos filhos e, o que é muito importante, também os temem. A desintegração da família e do clã, significa não apenas uma autoridade enfraquecida dos pais, mas também um aumento do “poder das crianças”.

Pais a acusarem os seus próprios filhos não é, contudo, a única forma de acusação de feitiçaria. Há pelo menos dois outros tipos: (1) geração mais jovem acusa a geração mais velha e (2) os adultos acusam-se entre si, usando as crianças como armas.

A feitiçaria é um problema objectivo que não pode ser resolvido simplesmente ignorando-o ou proibindo-o. No caso das crianças sujeitas a acusações e rejeição há que encontrar forma de capacitar os pais e os idosos de modo a torná-los mais capazes do que agora de cuidar dos seus filhos. O problema reside e resulta dos seguintes factores:

- a) A rejeição das crianças como consequência da pobreza e da desintegração social;
- b) Reforço das instituições da autoridade tradicional no combate à superstição.

No aludido estudo antropológico das crianças acusadas de feitiçaria em M'Banza Congo, Uíge e Luanda realizado pelo Instituto Nacional da Criança vem referido que as autoridades tradicionais, Sobas, consideram frustrante não poder tratar o problema da feitiçaria. Pretendem e nisso são acompanhados por alguns políticos que a autoridade legal transfira para os Tribunais de Direito Costumeiro essa matéria para que tratassem os problemas à maneira tradicional. Sublinham que o Direito Penal moderno desenvolvido na Europa, não é adaptável ao meio social das populações de África. Referem que tanto a República Democrática do Congo (RDC) e os Camarões, por exemplo, introduziram ajustes. Hoje, nesses países ao Tribunal Costumeiro é conferida competência para decidir conflitos respeitantes às terras e rios entre tribos e famílias. Os casos de feitiçaria são exclusivamente tratados no âmbito da Lei Tradicional.

Defendem que as autoridades tradicionais são as mais apropriadas para lidar com o problema do feiticismo.

O Direito

1. Ficou aprovado que a conduta do governador Biwango se deveu à forte crença no feitiço, daí que tenha preferido tratar o assunto a nível tradicional, ao invés de pedir – como devia – a intervenção das autoridades competentes (Polícia e Procuradoria Geral da República).

2. Entendeu o réu Biwango que para resolver as preocupações manifestadas pela comunidade assolada pela onda feiticista, deveria socorrer-se das medidas tradicionais.

3. A favor do Governador Biwango deu-se como provada a circunstância Atenuante 23.^a (arreigada crença no feitiço) do artigo 39.º do Código Penal.

4. Como tem sido jurisprudência do Tribunal Supremo a forte crença no feitiço justifica o uso da faculdade extraordinária de atenuação de penas, do artigo 94.º, n.º 1 do Código Penal.

Conclusões do estudo de caso

O estudo de caso do Processo n.º 84/2002 do tribunal supremo (caso kamutukulenu) permite-nos tecer as seguintes conclusões:

1. São frequentes os actos criminais que têm como base acções fundadas em crenças no costume considerado então como matéria de facto. (Pode ser confirmado pelos factos descritos na acusação, na pronúncia e na decisão do acórdão anexo).
2. Os Tribunais tecem amiúde considerações baseadas na doutrina (ou antes na melhor doutrina) como se pode extrair da descrição do tratamento sócio-jurídico do costume pelas autoridades coloniais⁹² e do seu tratamento na realidade actual angolana (pós-independência).⁹³
3. Na aplicação do direito são levadas em conta questões costumeiras, tal como a crença arreigada em feiticismo, como causa do crime, que é por norma e/ou por orientação do Tribunal Supremo levada em conta como circunstância atenuante de carácter geral ou mesmo como factor de atenuação extraordinária da pena.

⁹² Com referência às convicções doutrinárias do Professor Silva Cunha e do Professor Adriano Moreira.

⁹³ Com base numa amostra do Estudo Antropológico das Crianças Acusadas de Feitiçaria em Mbanza Congo, Uíge e Luanda, realizado pelo Instituto Nacional da Criança.

4. Com este Acórdão fica inequivocamente provada a importância do costume para as comunidades angolanas, o seu valor para a resolução de conflitos sociais e a sua consideração como componente imprescindível para o pluralismo jurídico na República de Angola.

BIBLIOGRAFIA

- Amaral, Diogo Freitas do, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Almedina, 2012.
- Ascensão, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Edição refundida, Almedina, 2001
- Bronze, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2010
- Calmon, Sacha, *A lei e o costume. Costume pode ter efeito de lei ao impor regras*, Revista Consultor Jurídico, 9 de março de 2010, <http://conjur.com.br/rss.xml>
- Carvalho, Orlando, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.^a Edição, 2012
- Chicoadão, *Direito Costumeyiro e Poder Tradicional nos Povos de Angola*, Mayamba, 2010
- Feijó, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, Teses – Almedina, 2012.
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.^a Edição revista e ampliada, Editora Atlas, 2011
- Gregório, Jorge, *Introdução ao Estudo do Direito*, Quid Juris, 2009
- Hespanha, António Manuel, *Pluralismo Jurídico e Direito democrático*, 2012
- Justo, António dos Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.^a Edição, Coimbra Editora, 2012
- Lourenço, Vitor Alexandre, *Estado, Autoridades Tradicionais e Transição Democrática em Moçambique: Questões teóricas, dinâmicas sociais e estratégias políticas*, Cadernos de Estudos Africanos, 16/17/2008, 115-138. URL: <http://cea.revues.org/189>; DOI: 10.4000/cea.189

- Machado, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 20.^a Reimpressão, Almedina, 2012
- Marques, Maria Manuel Leitão e outros, *Manual de Introdução ao Direito*, Almedina, 2012
- Marques, Mário Reis, *Introdução ao Direito*, Vol. I, 2.^a Edição, Almedina, 2012
- Menezes, Maria Paulo e Lopes, Júlio (orgs.), *O Direito por fora do Direito: As instâncias extra-judiciais de Resolução de Conflito em Luanda; Luanda e Justiça: Pluralismo jurídico numa variedade em transformação*, Vol. III, Almedina 2012.
- Moncada, Luís S. Cabral de, *Ensaio sobre a lei*, Coimbra Editora, 2002.
- Silva, Germano Marques da, *Introdução ao Estudo do Direito*, Universidade Católica Editora, 22006.
- Santos, Boaventura de Sousa Santos e Van-Dúnen, José Octávio Serra (Orgs.), *Sociedade e Estado em Construção: Desafios do Direito e da Democracia em Angola. Luanda e Justiça: Pluralismo Jurídico numa sociedade em transformação*, Volume I, Almedina, 2012
- Sousa, Marcelo Rebelo de, e Galvão, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a Edição, Lex, 2000.
- Sousa, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2012.

As Transformações Constitucionais em Angola: O Tribunal Constitucional como o ‘Guardião da Constituição’¹

The Constitutional Transformations in Angola: The Constitutional Court as the “Guardian of the Constitution”

FLÁVIO INOCÊNCIO²

Resumo: O presente artigo procura explorar o papel do Tribunal Constitucional no Direito Constitucional Angolano considerando algumas das decisões mais recentes do Tribunal relativas aos Direitos Fundamentais consagrados na nova Constituição de 2010. Este trabalho é de natureza exploratória e procurar examinar o papel emergente do Tribunal Constitucional como um dos actores mais importantes no processo de mudança, interpretação e transformação da Constituição Angolana. O artigo adopta o conceito operativo de “*Revolução Constitucional*” para descrever algumas das decisões mais recentes do Tribunal Constitucional como o “Guardião da Constituição”.

Palavras Chave: *Direitos Fundamentais, Tribunal Constitucional, Constituição Angolana, Revolução Constitucional.*

Abstract: The current article explores the role of the Constitutional Court in Angolan Constitutional Law considering some of the recent decisions of the Court regarding Fundamental Rights enshrined in the new Constitution of 2010. This work is exploratory in nature and seeks to examine the emerging role of the Court as one of the most important actors in the process of change, interpretation and transformation of the Angolan Constitution. This work adopts the operational concept of “Constitutional Revolution” to describe some of the most recent decisions of the Constitutional Court as the “Guardian of the Constitution”.

¹ O artigo foi preparado com base nas regras ortográficas em vigor em Angola. Entregue: 11.7.2015; aprovado: 6.9.2015.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola.

Key words: *Fundamental Rights, Constitutional Court, Angolan Constitution, Constitutional Revolution.*

This transformation function of the constitution in relationship to the ordinary law is of special importance only for countries where the constitution is introduced into a society with a pre-democratic legal inheritance³.

1. Introdução

Este artigo procura identificar os principais traços da nova Constituição da República de Angola aprovada no dia 5 de Fevereiro de 2010 e que representa o culminar do processo de transição política que começou em 1991 com o processo de liberalização política que se seguiu ao fim da guerra fria em virtude do Acordo de Paz assinado em Bicesse.

Este artigo não pretende ser uma indagação exaustiva acerca do exercício dos Direitos Fundamentais na nova Constituição, mas pretende ser um estudo exploratório acerca do papel do Tribunal Constitucional na construção do '*Estado Constitucional*' que garanta de forma efectiva os direitos fundamentais.

O artigo tenta identificar a jurisprudência emergente do recém-criado Tribunal Constitucional de Angola na defesa dos direitos fundamentais e procura situar o debate sobre o futuro papel do Tribunal no ordenamento constitucional Angolano.

2. *We the People*: O Poder Constituinte e a Constituição de 2010

A actual Constituição de Angola aprovada em 3 de Fevereiro de 2010 é o culminar do longo período de transição política que começou

³ Brun-Otto Bryde, *Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration: German Constitutionalism in International Perspective*, *Wisconsin International Law Journal*, Vol.25, Issue 2, 2007, p. 207.

com a queda do Muro de Berlim⁴ e com o Acordo de Paz de Bicesse de 31 de Maio de 1991⁵. A nosso ver a Constituição de 2010 configura uma nova ordem constitucional pelo facto de ter havido um Poder Constituinte originário e por ter adoptado inovações constitucionais que escaparam do compromisso consagrado na Lei Constitucional de 1992 e por essa razão podemos concluir que a Constituição de 2010 não deve ser vista apenas como o desenvolvimento natural decorrente das opções constitucionais que já existiam na Lei Constitucional de 1992⁶.

Posto isto, podemos afirmar que a Lei Constitucional de 1992 deve ser vista como uma “*Constituição de compromisso*” em função dos princípios estabelecidos em Bicesse, entre os quais o estabelecimento

⁴ A queda do muro de Berlim que culminou na dissolução da União Soviética e o fim do comunismo no Bloco do Leste foi uma das causas que permitiu o Acordo de Paz de 1991, porque o final da Guerra Fria criou as condições perfeitas para uma rápida negociação de um Acordo de Paz entre os beligerantes (Governo e UNITA), uma vez que o sistema de Governo Marxista-Leninista do ponto de vista económico e político deixou de ser viável na nova ordem internacional dominada pelo paradigma da Democracia liberal e da economia de mercado. O modelo constitucional estabelecido em 1975 (A Lei Constitucional da República Popular de Angola foi aprovada em 11 de Novembro de 1975 e estabeleceu a 1ª República) era de inspiração Marxista-Leninista e estabeleceu um *regime iliberal e autoritário de Partido único sem eleições periódicas e sem protecção de direitos fundamentais*, Adérito Correia, e Bornito de Sousa, *Angola, História Constitucional*, Almedina: Coimbra, 1996, p. 21-30, Adão de Almeida, *Autorizações Legislativas e Controlo Parlamentar do Decreto-Lei Autorizado, O Caso Angolano*, Almedina: Coimbra, 2009, p. 68, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Angola*, Lisboa: NORPRINT, 2014, p.109-114.

⁵ O Acordo de Paz de Bicesse na nossa perspectiva deve ser visto como o culminar de um longo processo que começou com a assinatura dos Acordos de Alvor a 15 de Janeiro de 1975 que estabelecia a marcação de eleições para a Assembleia Constituinte entre os três movimentos políticos (FNLA, UNITA e MPLA) por exclusão de outras forças políticas (Artigo 41.º dos Acordos de Alvor).

O Acordo de Alvor determinava ainda uma data para eleições de uma Assembleia Constituinte para Outubro de 1975 (Artigo 40.º dos Acordos de Alvor) determinando que a futura Constituição deveria respeitar os termos do compromisso político alcançado pelos três movimentos de libertação (Artigo 44.º). O Texto integral dos Acordos de Alvor está disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/cd25a/wikka.php?wakka=descon21> (Último acesso a 23 de Fevereiro de 2015).

⁶ Contra, Adão de Almeida, *op. cit.*, p. 68. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Angola*, *op. cit.*, p. 124-125.

do pluralismo político o *Multipartidarismo*, a consagração de um *regime liberal de direitos fundamentais* na Lei Constitucional e acima de tudo a marcação para as primeiras eleições gerais (*Legislativas e Presidenciais*) que tiveram lugar em Setembro de 1992⁷.

Uma das características fundamentais da Lei Constitucional (doravante Lei Constitucional ou LC) de 1992 era a sua *provisoriedade*⁸ até à aprovação de uma Constituição definitiva que seria o culminar do processo político em marcha.

Por essa razão a Assembleia Nacional a eleger nas eleições de 1992 foi dotada de poderes constituintes para aprovar uma Constituição definitiva (Artigo 158.º da LC). A Lei Constitucional apesar de ser uma “*Constituição de transição*” pode inserir-se no que Fombad designou de ‘*Constituições de Terceira Geração*’ no continente Africano⁹.

A Lei Constitucional consagrou um sistema de governo Semipresidencialista à semelhança da Constituição da República Francesa e caracterizava-se pela existência de um Governo liderado por um Primeiro-Ministro (Artigo 105.º e artigo 114.º da LC) e de um Presidente da República que presidia o Conselho de Ministros (Artigo 108.º da LC), apesar da prática constitucional em Angola ter sido marcada por um presidencialismo acentuado¹⁰.

⁷ O Acordo de Paz de Bicesse foi assinado a 31 de Maio de 1991 e continha a marcação de eleições livres, o *estabelecimento do multipartidarismo, normas sobre alterações à Constituição, respeito pelos direitos fundamentais, cessar-fogo e a criação de um exército nacional único*, Jorge Valentim, *Caminho Para a Paz e Reconciliação Nacional, De Gbadolite a Bicesse* (1989-1992), Mayamba Editora: Luanda, 2010, p.160-164.

⁸ A Lei de Revisão Constitucional n.º 23/92 de 16 de Setembro determinava que a Lei Constitucional (LC) vigoraria até à entrada em vigor da Constituição de Angola (Artigo 14.º da Lei n.º 23/92). Lei esta que foi antecedida da Lei de Revisão Constitucional n.º 12/91 de 6 de Maio, que é de ‘*ruptura*’ com a anterior Constituição de inspiração Marxista-Leninista. Jorge Miranda chama a LC de 1992 como uma ‘*Pré-Constituição*’, Jorge Miranda, *A Constituição Angolana de 2010, Systemas, Revista de Ciências Jurídicas e Económicas*, V.2, N.º 1, 2010, p.120. A Lei Constitucional de 1992 estabeleceu a 2ª República.

⁹ Charles Fombad, *Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects*, *Buffalo Law Review*, Vol. 59, 2011, p. 1008.

¹⁰ Raul Araújo, *O Presidente da República no Sistema Político de Angola*, *Casa das Ideias: Luanda*, 2009, p. 327. É também importante realçar o célebre Acórdão do

No entanto, o recomeço da guerra em 1992 após a realização das eleições legislativas e da primeira volta das eleições Presidenciais inviabilizou a possibilidade de um novo consenso nacional para uma futura Constituição definitiva. Por essa razão podemos afirmar que o *processo constitucional Angolano esteve ‘suspenso’ por vários anos e a aprovação da nova Constituição, a nosso ver é o retomar da normalidade constitucional*, considerando o longo processo de evolução política para um Estado Democrático de Direito.

Uma das questões mais relevantes que se deve fazer ao analisar a Constituição de 2010 é de saber se esta se insere no processo político de transição para a democracia, considerando o processo que começou com o Acordo de Paz de Bicesse. O Preâmbulo da Constituição da República de Angola é claro nesse ponto quando afirma que a *‘actual Constituição representa o culminar do processo de transição constitucional iniciado em 1991, com a aprovação, pela Assembleia do Povo da Lei n.º 12/91, que consagrou a democracia multipartidária, as garantias dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o sistema económico de mercado, mudanças aprofundadas mais tarde, pela Lei de Revisão Constitucional n.º 23/92’*.

A Paz definitiva¹¹ foi uma vitória para todos os Angolanos e criou as condições para repensar modelos políticos a adoptar na futura Constituição, que tivesse em conta a breve história constitucional de Angola e os compromissos políticos alcançados nos diversos acordos

Tribunal Supremo nas vestes do Tribunal Constitucional sobre o sistema de governo de Angola que confirmou a interpretação constitucional segundo a qual o Presidente da República era o Chefe do Governo, *Acórdão Processo n.º 17 de 21 de Dezembro de 1998*, Israel Bonifácio, *O Estado do Estado em Angola, o Poder Político em Angola*, *EdiJuris: Luanda*, 2011, p. 175-183.

¹¹ Considerando que depois do recomeço da Guerra de 1992 assinou-se os Acordos de Paz de Lusaka (chamado de “*Protocolo de Lusaka*” por ser uma implementação do acordado em Bicesse) assinado a 15 de Novembro de 1994 cuja vigência durou até 1998, altura em que recomeça a última fase do conflito em Angola que terminou em 2002 com o *Acordo de Paz do Luena (Memorando de Entendimento)*, Carlos Feijó considera o Acordo como o *‘momento constituinte’* das condições para a paz efectiva, Carlos Feijó, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, Almedina: Coimbra, 2012, p. 355.

de Paz ao longo processo de transição política que de certa forma está inacabado¹².

Para além da sua dimensão axiológica e normativa, uma Constituição deve ser o consenso político¹³ de uma comunidade política na ‘*Esfera Pública*’¹⁴. Uma Constituição é mais do que a Lei Fundamental, sendo acima de tudo um ‘*documento vivo*’ que reflecte o compromisso político das forças políticas que num determinado momento constituinte¹⁵ decidem estabelecer uma nova ordem política regulada pelo Direito¹⁶.

As eleições legislativas de 2008 ainda na vigência da Lei Constitucional de 1992 levaram a um novo processo constituinte que levou a aprovação da Constituição de 2010¹⁷. A questão que importa respon-

¹² A negociação e o compromisso político fazem parte de qualquer processo de transição política, Helga A. Welsh, *Political Transition Processes in Central and Eastern Europe, Comparative Politics*, Vol.26, N.º 4, 1994, p. 391.

¹³ An ‘*overlapping consensus*’ para utilizar uma expressão ‘Rawlsiana’ (por alusão à Teoria da Justiça de John Rawls), Banu Kilan, J. Rawls’ *Idea of an ‘Overlapping Consensus’ and the ‘Complexity of Comprehensive Doctrines’*, *Ethical Perspectives*, Vol. 16, N-2, 2009.

¹⁴ Aqui adoptamos o conceito ‘Habermasiano’ de ‘*Esfera Pública*’ que significa o ‘*domínio da vida social no qual algo que se aproxime da opinião pública pode ser formado*’, Jurgen Habermas, Sara Lennox, Frank Lennox, *New German Critique*, n-3, 1974, p. 1974.

¹⁵ Distinguindo-se o Poder Constituinte (*Pouvoir Constituant*) do Poder Constituído (*Pouvoir Constitué*), distinção essa feita pelo Abade Sieyès durante a Revolução Francesa no texto: ‘*O Que é o Terceiro Estado?*’ (*Qu’est que Le tiers État?*), Flávio G. I. Inocêncio, *Reconceptualising Sovereignty in the Post-National State : Statehood Attributes in the International Order*, Bloomington: Authorhouse, 2014, p. 160, nota 559.

¹⁶ Sendo que o Direito Constitucional moderno somente pode ser justificado na ideia de soberania do povo e na protecção de direitos fundamentais e não em concepções metafísicas ou religiosas, Jurgen Habermas, *Direito e Democracia: entre Factidade e Validade (Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1994 Tradução: Flávio Beno Seibeneichler), Vol. 1, *Tempo Brasileiro*: Rio de Janeiro, 1997, p. 133.

¹⁷ Sobre este tema, ver Acórdão do Tribunal Constitucional de Angola n.º 111/2010 sobre a nova Constituição de Angola, em particular sobre os limites materiais de revisão impostos pela Lei Constitucional. Todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional citados estão disponíveis no site do Tribunal Constitucional em: <http://www.tribunalconstitucional.ao/> (Último acesso a 25 de Fevereiro de 2012).

der é de saber se a actual Constituição da República reflecte de forma substancial o consenso político entre os diversos actores políticos no processo constituinte angolano¹⁸. E se a resposta for afirmativa, cumpre comensurar se a forma de eleição do Presidente da República fere de alguma forma o princípio democrático estabelecido pela Lei Constitucional de 1992¹⁹.

A importância da forma escolhida para a eleição do Presidente da República em Angola está relacionada acima de tudo com a necessidade de ‘*freios e contrapesos*’ (‘*checks and balances*’²⁰) no sistema constitucional angolano. Isso significa que a forma como o poder é distribuído em sistemas políticos em transição para a democracia assume-se muitas vezes numa lógica de ‘*winner takes all*’ num de ‘jogo de soma zero’²¹.

¹⁸ Em geral, exceptuando a forma de eleição do Presidente da República e os poderes do Presidenciais os *principais actores políticos aceitaram a estrutura normativa da Constituição na parte dos direitos fundamentais*, organização económica e órgãos do Estado, João Damião, op. cit., p.30. A aprovação de uma Constituição não requer unanimidade mas tem de haver incentivos para que esta perdure e a questão que se colocará será a de saber se nesta Constituição estarão presentes os incentivos para a sua perenidade, Russel Hardin, *Why A Constitution?* in Bernard Grofman, Donald Wittman, *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, Agathon Press: New York, 1989, p.113.

¹⁹ Considerando que a LC continha nos limites materiais de revisão o sufrágio universal dos titulares dos órgãos de soberania (Artigo 159.º da LC). Ver *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 111/2010* que analisou a CA à luz dos limites materiais de revisão impostos pela LC. Não é nosso objectivo neste artigo fazer uma análise de detalhada do Presidencialismo atípico da CRA, essa análise já foi feita de forma detalhada em algumas obras de referência como a de Raul Araújo, *O Presidente da República no Sistema Político de Angola* op. cit. O nosso objectivo é meramente apontar para potenciais linhas de investigação futuras em problemas específicos que se poderão colocar na actual Constituição entre os quais o Presidencialismo atípico considerando o processo de transição política que começou em 1991 com o Acordo de Paz de Bicesse.

²⁰ Expressão originária do Constitucionalismo Americano de *James Madison* (O Pai da Constituição Americana) que denota uma lógica de partilha de poder horizontal.

²¹ O processo político em regimes de transição afasta-se da *lógica de partilha de poder* (‘*power-sharing*’) e toma a forma de um *jogo de soma zero* (o meu ganho é a tua perda), ao invés de um jogo de soma positiva numa *lógica de ‘win-win*’ (ganhos para todos). Para Aslak Orre, a lógica de ‘*winner takes all*’ (o vencedor ganha tudo) aplica-se ao sistema político Angolano, Aslak Orre, *Who’s to Challenge the Party-State in Angola? Political Space & Opposition in Parties and Civil Society*, *Confe-*

Após as eleições legislativas de 2008²², inicia-se um novo processo constituinte com a criação da Comissão Constitucional nos termos da Lei n.º 2/09 de 6 de Janeiro. Os diversos partidos políticos com assento parlamentar apresentaram vários projectos constitucionais nos termos dos diversos anteprojectos propostos na Comissão Constitucional²³. Os projectos finais da Constituição Angolana compreendiam o *Projecto A* que consagrava um modelo Presidencialista com sufrágio universal para a Presidência da República e para a Assembleia Nacional (baseou-se no ante-projecto do MPLA). O *Projecto B* consagrava um modelo Semipresidencialista e o *Projecto C* propunha a eleição do Presidente da República como o cabeça de lista do partido mais votado pelo círculo nacional. A versão definitiva do *Projecto C* foi adoptada pela Assembleia Nacional (este modelo baseou-se no ante-projecto da Nova Democracia União Eleitoral que propunha a eleição do Presidente da República pela Assembleia Nacional). Houve outros anteprojectos constitucionais, em particular o do PRS que consagrava um modelo presidencialista e federal para Angola e da FNLA que consagrava um modelo Semipresidencialista²⁴. A Constituição da República de Angola foi aprovada a 21 de Janeiro de 2010 com 186

rence: Election Processes, Liberation Movements and Democratic Change in Africa, Maputo, 2010, p. 11.

²² As Eleições de 2008 foram ganhas pelo MPLA com 81% dos votos seguidos pela UNITA com cerca de 10% dos votos, tendo o PRS, a Nova Democracia União Eleitoral e a FNLA, repartido os demais votos. A Comissão Constitucional foi estabelecida em 2009 com 45 membros, no entanto importa referir que em 1998 a Assembleia Nacional já tinha constituído uma Comissão Constitucional através da Lei n.º 1/98 de 20 de Janeiro onde os diversos Partidos políticos representados após eleições de 1992 apresentaram vários anteprojectos sobre a futura Constituição de Angola. No entanto, a Comissão cessou de funcionar em 2004, sendo extinta em 2005, Raul Araújo, O Presidente da República no Sistema Político de Angola, op. cit., 305.

²³ Sobre a história e enquadramento dos vários anteprojectos, Adalberto Lua-cuti, *Génese da Constituição Angolana de 2010, O Jornalismo ao serviço do Direito*, Luanda: Mayamba, 2014, p. 67-78.

²⁴ Os anteprojectos constitucionais estão disponíveis em: <http://www.comissao-constitucional.ao> (Último acesso a 23 de Fevereiro de 2015).

votos a favor, 2 abstenções e nenhum voto contra e entrou em vigor a 5 de Fevereiro de 2010²⁵.

O legislador constituinte²⁶ optou por um modelo constitucional baseado num ‘*Presidencialismo atípico*’, no que concerne a forma de eleição do Presidente da República²⁷. O modelo adoptado resultou na abolição da eleição do Presidente da República por sufrágio universal²⁸ sendo o Presidente eleito como o cabeça de lista do Partido mais votado nas eleições gerais pelo círculo nacional (Artigo 109.º da Constituição de Angola, doravante CRA) a cada 5 anos (Artigo 113.º da CRA)²⁹.

O novo modelo de eleição presidencial foi polémico porque afastou-se do modelo semipresidencialista que vigorou por força dos Acordos de Paz de Bicesse. Para além disso, o novo modelo de eleição presidencial suprimiu a possibilidade de eleição directa do Presidente da República, como é típico em sistemas de Governo Presidencialistas

²⁵ João Damião, *Conheça a Constituição da República de Angola, Contributos Para A Sua Compreensão, Casa das Ideias: 2010*, p. 29. A Assembleia Nacional votou novamente o texto a 3 de Fevereiro de 2010 depois da alteração exigida pelo Tribunal Constitucional, Adalberto Luacuti, *op. cit.*, p. 76-77.

²⁶ Em particular o MPLA que assegurou nas eleições de 2008 uma maioria de mais de 2/3 (Dois Terços) conforme exigia a Lei Constitucional (Artigo 158.º, n.º 1 da CRA). A UNITA recusou-se a votar a nova Constituição e abandonou os trabalhos, Andre Thomashausen, *A Globalização e as Reformas Constitucionais em África, Conferencia Internacional: As Constituições e a Estabilidade dos Estados Democráticos de Direito em África, Instituto Angolano de Sistemas Eleitorais e Democracia, Luanda: 6 de Abril de 2011*, p. 11.

²⁷ O modelo adoptado foi designado de “*Parlamentar-Presidencialista*” pelo facto de ser eleito Presidente da República o cabeça de lista do Partido mais votado (Artigo 109.º da CRA), Israel Bonifácio, *op. cit.*, p. 90-95, Jónatas E. M. Machado e Paulo Nogueira da Costa, *Direito Constitucional Angolano, Coimbra Editora: Coimbra, 2012*, p. 240.

²⁸ Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 143-144.

²⁹ O Título IV regula a Organização do Poder Político e determina que são Órgãos de Soberania, o Presidente da República, A Assembleia Nacional e os Tribunais (Artigo 105.º da CRA). A opção constitucional aproxima-se do modelo de eleição do Presidente da África do Sul (que para além de Chefe de Estado é também Chefe do Executivo) que sendo deputado (membro do Parlamento) é eleito pelo Parlamento na primeira sessão de trabalhos (Constituição da África do Sul, Artigo 77.º, n.º 1, alínea a), disponível em: <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996> (Último acesso a 23 de Junho de 2015).

sendo a eleição do Presidente concomitante à eleição dos Deputados à Assembleia Nacional (Artigo 106.º da CRA)³⁰.

Por último, pode-se argumentar que o sistema escolhido pode causar situações anómalas do ponto de vista da representatividade democrática, uma vez que poderá ocorrer uma situação em que o Partido mais votado tenha uma *maioria relativa* elegendo assim o Presidente da República sem ter uma *maioria absoluta* dos votos tendo os eleitores votado numa pluralidade de Partidos políticos minoritários que no conjunto formam uma maioria Parlamentar. Nesse caso poderá haver um Executivo que não detém a maioria Parlamentar, podendo haver perturbações graves ao normal funcionamento das instituições³¹.

A mesma situação poderá ocorrer em regimes Parlamentares, no entanto, considerando o ‘*Híper-Presidencialismo Acentuado*’³² consagrado na Constituição de 2010 com um excesso de concentração de poderes no Presidente da República que para além de Chefe de Estado é também Chefe de Governo, o problema torna-se mais marcante³³.

A nova Constituição caracterizou-se por um reforço significativo dos Poderes Presidenciais, por exemplo foi abolido o cargo de Primeiro-Ministro e os membros do Governo (agora intitulado “Executivo”) são agora considerados como meros auxiliares do Presidente da República (Artigo 108.º da CRA).

³⁰ João Pinto classifica o sistema de Governo Angolano como Presidencialista-Parlamentar e afirma que “o Sistema de Governo Angolano resulta da legitimidade do Partido que ganha as eleições gerais ter o seu cabeça de lista como Presidente da República e Chefe do Executivo”, João Pinto, *O Sistema de Governo Angolano na Constituição de 2010*, *Iustitia, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Independente de Angola*, N.º 1, 2013 p. 135.

³¹ A ocorrer este fenómeno, será interessante aferir a posição do Tribunal Constitucional sobre a matéria.

³² A expressão “*Híper-Presidencialismo*” é utilizada por Vital Moreira, *Presidencialismo Superlativo*, Público, 09/02/2010.

³³ Vital Moreira, op. cit. Para o referido autor, o sistema político Angolano consagrado na CRA não pode sequer ser considerado como Parlamentar uma vez que não há responsabilidade política do Governo perante o Parlamento.

Direitos Fundamentais³⁴

A Constituição de 2010, aproximando-se da estrutura e conteúdo da Constituição da República Portuguesa³⁵, consagrou um regime dual e amplo de Direitos Fundamentais (Título II): os direitos negativos intitulados ‘*direitos, liberdades e garantias*’ (Artigo 30.º à Artigo 75.º da CRA) e os direitos positivos intitulados ‘*direitos económicos e sociais*’ (Artigo 76.º à Artigo 88.º da CRA) e determina que a República de Angola baseia-se na *Dignidade da Pessoa Humana* (Artigo 1.º da CRA) sendo um *Estado Democrático de Direito* (Artigo 2.º da CRA).

A *Dignidade da Pessoa Humana* é a pedra basilar de uma ordem jurídica assente numa concepção liberal de protecção do indivíduo. Conforme refere Gomes Canotilho este ‘*princípio antrópico*’ é o núcleo essencial da República³⁶ e é “*princípio de valor que está a base*

³⁴ Não é nosso objectivo fazer um estudo exaustivo das inovações constitucionais no âmbito dos direitos fundamentais mas meramente apontar para algumas das novidades mais relevantes considerando o papel do Tribunal Constitucional na protecção dos direitos fundamentais. Para obras fundamentais sobre a matéria, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2001, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Importa também referir alguns dos *Deveres Fundamentais* presentes na CRA entre os quais o *dever fundamental de pagar tributos* (Artigo 88.º da CRA) entre outros (Artigo 22.º, n.º 3 da CRA).

³⁵ A Constituição de Angola segue de perto a estrutura da Constituição da República Portuguesa e já o fazia de certa forma também a LC de 1992 sendo um caso claro de ‘*Constitutional Transplant*’ na medida em que o texto constitucional adoptado é de uma jurisdição estrangeira (neste caso da Constituição Portuguesa), Horacio Spector, *Constitutional Transplant and the Mutation Effect*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 83, N.1, 2008, p.29, Michelle Graziadei, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge, Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 10, 2009, p. 693-713. O texto constitucional Angolano reflecte a influência da Constituição Portuguesa na sua estrutura, organização e sistematização, Jorge Bacelar Gouveia, *Les Systèmes Politico-Constitutionnels Des Etats Africains de Langue Portugaise*, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N.º 73, 2008/1, p.190. A LC já continha um conjunto amplo de direitos fundamentais na sua dicotomia: *Direitos, Liberdades e Garantias vs. Direitos, Económicos, Sociais e Culturais*, no entanto a nova Constituição expande de forma significativa o seu elenco.

³⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina: Coimbra, 2000, p.225-226. A Dignidade da Pessoa Humana é também acolhida no Artigo 5.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, *Marcolino*

do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos aos direitos fundamentais”³⁷. Para a Doutrina e Jurisprudência Alemã, a Dignidade da Pessoa Humana tem um valor supra-constitucional, impondo-se ao próprio poder constituinte do povo Alemão³⁸.

O Artigo 22.º da CRA preceitua o *princípio da universalidade* e o artigo 23.º da CRA estabelece o *princípio da igualdade*.

As normas sobre direitos fundamentais da CRA contêm um *princípio da cláusula aberta* no artigo 26.º, n.º 1 que determina que as disposições sobre direitos fundamentais na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e regras de Direito Internacional³⁹.

O Artigo 27.º estabelece que o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias enunciados no Capítulo I aplicam-se aos direitos fundamentais de natureza análogos na Constituição, consagrados por lei ou convenção internacional⁴⁰.

O Artigo 28.º, n.º 1 estatui que os *‘direitos fundamentais são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas’*⁴¹.

O Artigo 29.º da CRA consagra o *acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva* determinando o direito de acesso aos tribunais (Artigo 29.º, n.º 1), o direito à consulta jurídica e a um advogado, assim como o direito ao patrocínio judiciário (artigo 29.º, n.º 2). O artigo 29.º, n.º 4 consagra o direito a um processo justo e equitativo (*‘due process of law’*). O Artigo 29.º, n.º 5 consagra o direito a procedimentos judiciais caracterizados pela *‘celeridade e prioridade’* para obtenção

Moco, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção, As Particularidades do Sistema Africano*, Almedina: Coimbra, 2010, p. 144-145. Sobre a Dignidade da Pessoa Humana em Direito Comparado, Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *European Journal of International Law*, Vol. 19, N.4, 2008. Sobre a Dignidade da Pessoa Humana na Lei Básica da República Federal da Alemanha, Matthias Mahlmann, *The Basic Law at 60 – Human Dignity and the Culture of Republicanism*, *German Law Journal*, Vol. 11, N-1, 2010.

³⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 97

³⁸ Cristina Queiroz, *op. cit.*, p. 23.

³⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁰ Raúl Carlos Vasques Araújo e Elisa Nunes Rangel, *Constituição da República de Angola Anotada*, Maia: Gráfica Maidouro, 2014, p.269-270.

⁴¹ José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 199.

de tutela efectiva em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

No Capítulo II dos Direitos, Liberdades e Garantias, a CRA consagra entre outros o:

- Direito à vida (Artigo 30.º da CRA)
- Direito à integridade pessoal (Artigo 31.º da CRA)
- Direito à identidade, à privacidade e à intimidade (Artigo 32.º da CRA)
- Inviolabilidade do domicílio (Artigo 33.º da CRA)
- Inviolabilidade de correspondência e das comunicações (Artigo 34.º da CRA)
- Direito à família, casamento e filiação (Artigo 35.º da CRA)
- Direitos à liberdade física e à segurança pessoal (Artigo 36.º da CRA)
- Direito de propriedade, requisição e expropriação (Artigo 37.º da CRA)
- Direito à livre iniciativa económica (Artigo 38.º da CRA)
- Direito ao ambiente (Artigo 39.º da CRA)
- Liberdade de expressão e de informação (Artigo 40.º da CRA)
- Liberdade de consciência, religião e de culto (Artigo 41.º da CRA)
- Propriedade intelectual (Artigo 42.º da CRA)
- Liberdade de criação cultural e científica (Artigo 43.º da CRA)
- Liberdade de imprensa (Artigo 44.º da CRA)
- Direito de antena, de resposta e de réplica política (Artigo 45.º da CRA)
- Liberdade de residência, circulação e de emigração (Artigo 46.º da CRA)
- Liberdade de reunião e de manifestação (Artigo 47.º da CRA)
- Liberdade de associação (Artigo 48.º da CRA)
- Liberdade de associação profissional empresarial (Artigo 49.º da CRA)
- Liberdade sindical (Artigo 50.º da CRA)
- Direito à greve e proibição de *lock-out* (Artigo 51.º da CRA)
- Normas sobre a participação da vida política (Artigo 52.º da CRA)

- Direito de acesso a cargos públicos (Artigo 53.º da CRA)
- Direito de sufrágio (Artigo 54.º da CRA)
- Liberdade de constituição de associações políticas e partidos políticos (Artigo 55.º da CRA)
- Proibição da pena de morte (Artigo 59.º da CRA)
- Proibição de tortura e tratamentos degradantes (Artigo 60.º da CRA)
- Habeas Corpus (Artigo 68.º da CRA)
- Habeas Data (Artigo 69.º da CRA)
- Extradicação e expulsão (Artigo 70.º da CRA)
- Direito de asilo (Artigo 71.º da CRA)
- Direito a um julgamento justo e conforme (Artigo 72.º da CRA)
- Direito de petição, denúncia, reclamação e de queixa (Artigo 73.º da CRA)
- Direito de acção popular (Artigo 74.º da CRA)

No regime dos direitos fundamentais na Constituição Angolana há claramente uma preocupação na protecção dos Direitos Fundamentais de natureza processual⁴². Isso é expresso nas normas que consagra os direitos dos detidos e dos presos (artigo 63.º da CRA), na restrição da privação da liberdade a não ser nos casos e condições determinados por lei (Artigo 64.º, n.º 1, da CRA) e a imposição de um dever expresso à Polícia ou outra entidade de deter ou prender nos casos apenas previstos na Constituição e na lei, em flagrante delito ou quando haja *mandado* de autoridade competente (Artigo 64.º, n.º 2 da CRA).

O artigo 65.º da CRA define as garantias da lei criminal, incluindo o princípio *nullum crimen sine lege*, (Artigo 65.º, n.º 2) a proibição de retroactividade das leis penais e da aplicação de lei penal mais favorável (Artigo 65.º, n.º 4), o princípio *ne bis idem* (Artigo 65.º, n.º 5) e o

⁴² José de Melo Alexandrino, *O Papel dos Tribunais na Protecção dos Direitos Fundamentais*, Texto proferido na palestra proferida na ‘Conferência Alusiva ao 2 Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola, 2010, p. 10. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=hNJ12hoyqm0%3D&tabid=331> (Último acesso a 24 de Fevereiro de 2015).

direito à revisão de sentença e à indemnização por danos sofridos em caso de ‘*condenação injusta*’ que viole os princípios do artigo 65.⁴³.

O Artigo 67.º da CRA também expressa a importância que o legislador constituinte deu aos direitos de natureza processual, considerando a realidade social em Angola, particularmente as arbitrariedades existentes nas violações do processo criminal e a *necessidade de uma interpretação da legislação penal conforme à Constituição*⁴⁴.

À semelhança da Constituição Portuguesa, a Constituição Angolana determina a *aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias e a sua vinculação a todas entidades públicas e privadas* (Artigo 28.º, n.º 1, da CRA). Os direitos económicos, sociais e culturais sendo direitos sob a ‘*reserva do possível*’ apenas impõem ao Estado o dever de adoptar iniciativas legislativas e outras medidas para a sua concretização (Artigo 28.º n.º 2, da CRA).

Para além disso, a CRA determina a inviolabilidade dos direitos, liberdades e garantias e impõe às autoridades públicas o dever de respeitar e garantir o exercício dos direitos, liberdades e garantias (Artigo 56.º, n.º 1 e n.º 2, da CRA) e determina que as restrições de direitos, liberdades e garantias só podem ocorrer nos casos expressamente previstos na Constituição devendo as restrições limitar-se ao necessário, proporcional e razoável para a salvaguarda de outros direitos ou interesse constitucionalmente protegidos (Artigo 57.º, n.º 1, da CRA)⁴⁵.

⁴³ A CRA utiliza a expressão ‘*os cidadãos injustamente condenados*’, o que inclui a nosso ver casos em que já haja uma decisão transitada em julgado e claramente haja violações das garantias do processo criminal desde a fase de instrução à decisão de condenação. Importa reafirmar a centralidade deste preceito para uma realidade social como a Angolana onde em muitos casos nos tribunais inferiores há um desrespeito pelas garantias do processo criminal. Esta norma deve ser conjugada com o Artigo 75.º da CRA que estabelece a responsabilidade civil do Estado e de outras pessoas colectivas públicas por acções ou omissões que resultem em violações de direitos, liberdades e garantias ou danos.

⁴⁴ Para uma melhor exposição das garantias processuais judiciais, garantias penais e do procedimento administrativo nos termos no Estado Democrático de Direito, *Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Almedina: Coimbra, 1993, p.385-386.*

⁴⁵ Conforme refere Canotilho e Miranda ‘*o catálogo constitucional dos direitos fundamentais teria bem pouco valor, se eles pudessem ser facilmente objecto de restrição ou compressão por parte do legislador*’, J.J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora: Coimbra, 1991, p. 133

As leis restritivas só podem revestir, carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão nem o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (Artigo 57.º, n.º 2 da CRA)⁴⁶. O Artigo 58.º da CRA determina as condições da limitação e suspensão dos direitos, liberdades e garantias em caso de estado de guerra, de sítio ou de estado de emergência.

A CRA contém uma norma sobre a aplicabilidade dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o artigo 28.º, n.º 2, estabelece que o Estado *“deve adoptar as iniciativas legislativas e outras medidas adequadas à concretização progressiva e efectiva, de acordo com os recursos disponíveis, dos direitos económicos, sociais e culturais”*.

Estes direitos devem e segundo Vieira de Andrade são *‘direitos cujo conteúdo principal típico consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa’*⁴⁷.

O Capítulo III da CRA consagra o regime dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais:

- Direito ao trabalho (Artigo 76.º da CRA)
- Direito à saúde e protecção social (Artigo 77.º da CRA)
- Direitos do consumidor (Artigo 78.º da CRA)
- Direito ao ensino, cultura e desporto (Artigo 79.º da CRA)
- Protecção à infância (Artigo 80.º da CRA)
- Juventude (Artigo 81.º da CRA)
- Terceira Idade (Artigo 82 da CRA)
- Cidadãos com deficiência⁴⁸ (Artigo 83.º da CRA)

⁴⁶ Sobre as restrições aos direitos fundamentais na CRA, Jónatas E. M. Machado e Paulo Nogueira da Costa, op. cit., p. 189-202.

⁴⁷ José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 371. O anterior regime constitucional Angolano herdado do da Lei Constitucional Marxista-Leninista de inspiração soviética dava uma importância central aos Direitos, Económicos, Sociais e Culturais, relegando para segundo plano os Direitos, Liberdades e Garantias, Raúl Araújo, O Presidente da República no Sistema Político de Angola op. cit., p. 234. Conforme refere o autor: *‘A concepção soviética defendia o modelo de partido único, de imprensa sem liberdade, de exclusão da dissidência, de proibição da divergência partidária, de um Parlamento e um poder judiciário sem poder de facto’*, op. cit., p. 235.

⁴⁸ Parece-nos acertada a criação de uma norma específica na Constituição sobre a protecção dos cidadãos portadores com deficiências físicas considerando o seu ele-

- Antigos Combatentes e Veteranos da Pátria (Artigo 84.º da CRA)⁴⁹
- Direito à habitação e à qualidade de vida (Artigo 85.º da CRA)
- Comunidades no estrangeiro (Artigo 86.º da CRA)
- Património histórico, cultural e artístico (Artigo 87.º da CRA)

3. A “Revolução Constitucional” do Tribunal Constitucional na protecção dos direitos fundamentais

A Lei Constitucional de 1992 estabelecia que o Supremo Tribunal assumiria as funções de Tribunal Constitucional até ao seu estabelecimento (Artigo 14.º da Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro). Nesse papel o Supremo Tribunal apenas cumpriu a sua função de controlo da constitucionalidade de forma esporádica sem qualquer pretensão de ser um contrapoder ou operar na ordem jurídica angolana uma *‘Revolução Constitucional’*⁵⁰.

A expressão *‘Revolução Constitucional’* é utilizada no sentido de ruptura com o passado, porque em Angola a intervenção da justiça constitucional (o Tribunal Supremo na veste do Tribunal Constitucional na anterior LC) era esporádica e pouco eficaz na protecção dos direitos fundamentais. No entanto, esta revolução jurídica também significa a pretensão de construção de uma nova ordem constitucio-

vado número em Angola devido ao conflito armado e também devido ao baixíssimo índice de desenvolvimento humano em Angola se encontra em particular atendendo ainda à insuficiência de cuidados de saúde.

⁴⁹ Esta norma resulta da necessidade do Estado Angolano conferir um conjunto de direitos ao número incalculável de veteranos de guerra e das suas famílias por força do longo período de guerra que começou no período colonial até o final do conflito armado em 2002.

⁵⁰ No entanto, conforme refere António Ventura a independência do poder judicial, em particular dos tribunais superiores, entre os quais se incluem o Tribunal Constitucional estariam melhor num sistema em que o poder executivo participasse de forma mínima no processo de nomeação de juizes, António José Ventura, *Da Independência do Poder Judicial na Constituição da República de Angola*, Almedina: Coimbra, 2010, p.131. António Ventura defende, à semelhança do modelo norte-americano um modelo de nomeação de Juizes em que em que a nomeação seja feita pelo Chefe do Executivo com o consentimento do Parlamento, p. 136.

nal, particularmente na forma como a comunidade jurídica interpreta e aplica o direito atendendo ao valor supremo da Constituição da República de Angola que é a dignidade da pessoa humana⁵¹.

A ‘*Revolução Constitucional*’ significa uma transformação profunda no sistema constitucional angolano, em especial na protecção dos direitos fundamentais⁵². Esta mudança está a ser liderada pelo Tribunal Constitucional, no entanto a revolução judicial não deve ser vista como a única forma de promover revoluções constitucionais no ordenamento jurídico angolano⁵³.

A aprovação da nova Constituição⁵⁴ e o estabelecimento do Tribunal Constitucional⁵⁵ provocaram uma revolução no plano constitucional com decisões verdadeiramente inovadoras em Angola, atendendo à dimensão axiológica consagrada na Constituição que passa pela construção de um ‘Estado Constitucional’ que se caracteriza pela *‘dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e pela divisão de poderes, pelos direitos fundamentais*

⁵¹ ‘Angola é uma República Soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana’ (Artigo 1.º da CRA). A dignidade da pessoa humana é o mais ‘alto valor constitucional’, Ariel L. Bendor, Michael Sacks, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, *Israel Law Review*, Vol.44, 2011, p. 32.

⁵² Tomamos como inspiração o termo ‘Revolução Constitucional’ considerando as transformações conduzidas pelo Tribunal Supremo em Israel na ‘constitucionalização’ das Leis Básicas de Israel principalmente no que concerne à protecção dos direitos fundamentais Yoram Rabin, Yuval Shany, *The Israeli Unfinished Constitutional Revolution: Has the Time Come for Protecting Economic and Social Rights?*, *Israel Law Review*, Vol. 37, N.2 e 3, 2002, 2003.

⁵³ O processo judicial liderado por um Tribunal Supremo ou Tribunal Constitucional não tem o monopólio das transformações constitucionais, para Ackerman as transformações constitucionais podem ocorrer no *processo político*, assim como no processo judicial, Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, *Yale Law Review*, Vol.120, N-7, 2007, p. 1742. Por essa razão torna-se necessário a adopção de uma *análise institucional comparada* (‘*Comparative Institutional Analysis*’) quando se analisa as transformações constitucionais, Neil Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago: Chicago University Press, 1994.

⁵⁴ A regulação do poder judicial começa a partir do Artigo 174.º da CRA, sendo o Tribunal Constitucional regulado no Artigo 180.º da CRA.

⁵⁵ O Tribunal Constitucional foi estabelecido em 2008. O Tribunal Constitucional é liderado pelo Dr. Rui Ferreira, o primeiro Presidente.

*e tolerância, pela pluralidade de partidos políticos e independência dos tribunais*⁵⁶.

Em Democracias consolidadas, o papel de velar pela justiça constitucional é muitas vezes considerado um dado adquirido⁵⁷; no entanto, em sistemas políticos em transição, não há papel mais importante do que o desempenhado pelos tribunais, em especial o papel do Tribunal Constitucional como o ‘*Guardião da Constituição*’ na construção de um Estado de Direito que respeite a supremacia da Constituição e que acima de tudo garanta os direitos fundamentais⁵⁸.

O modelo de justiça constitucional de Angola⁵⁹ seguiu de perto o modelo de Justiça Constitucional em Portugal, no entanto existem diferenças importantes, por exemplo em Angola há um alargamento de entidades que podem requerer a fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade aos Grupos Parlamentares e a Ordem dos Advogados (artigo 230.º, n.º 2 da CRA).

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n.º 2/08 de 17 de Junho ou LOTC) regula a organização, a competência, funcionamento e o estatuto dos Juízes do Tribunal Constitucional⁶⁰.

⁵⁶ Peter Häberle, *El Estado Constitucional* (Tradução: Hector Hix-Fierro), *Universidade Nacional Autónoma de México: Mexico*, 2003, p. 3. Para Häberle os elementos concretos do constitucionalismo incluem: *a dignidade da pessoa humana, a democracia pluralista, os direitos fundamentais, a divisão de poderes, a independência dos tribunais, o Estado de Direito (Rule of Law), o direito organizatório das ordenações constitucionais*, Peter Häberle, *Direito Público*, N-13, Julho-Agosto, 2006, p. 102.

⁵⁷ Para utilizar uma expressão anglo-saxónica: ‘*taken for granted*’.

⁵⁸ A importância do papel do Tribunal Constitucional não deve ser subestimada, em particular o papel da justiça constitucional na declaração de inconstitucionalidade de normas, por essa razão, considerava que a fiscalização da constitucionalidade atribuída aos Tribunais conferia a estes uma função do ‘*legislador negativo*’, Hans Kelsen (tradução de Luís Carlos Borges), *Teoria Geral do Direito e do Estado* (*General Theory of Law and State*, publicada em 1945), Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 382.

⁵⁹ A fiscalização da constitucionalidade está consagrada nos Artigos 226 à 232 da CRA. Sobre os traços deste modelo, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional Angolano*, *op. cit.*, p. 597-601.

⁶⁰ Toda a legislação referente à Justiça Constitucional Angolana está disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.ao/>

Um das inovações mais importantes da justiça constitucional em Angola refere-se à atribuição ao Tribunal Constitucional de um mecanismo de acesso directo para protecção dos direitos fundamentais⁶¹.

A Lei Orgânica do Processo Constitucional (doravante LOPC) estabelece no Artigo 49.º, alínea a) *que ‘podem ser objecto de recurso extraordinário para o Tribunal Constitucional as sentenças dos demais tribunais que contenham fundamentos de direito e decisões que contrariem, direitos, liberdades e garantias previstos na Lei Constitucional*

⁶¹ José de Melo Alexandrino, op. cit., p.12. Conforme refere José de Melo Alexandrino, o ordenamento jurídico Angolano dispõe de um mecanismo de reparação de violações de direitos, liberdades e garantias cometidas por actos judiciais e decisões administrativas que é o ‘*recurso extraordinário de inconstitucionalidade*’ que se aproxima da ‘*Queixa Constitucional*’ Alemã – ‘*Verfassungsbeschwerde*’ (Artigo 93.º, n.º 4a e n-4b da Lei Básica da República Federal da Alemanha) Gerhard Dannemann, *Constitutional Complaints: The European Perspective, The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.43, n.º 1, 1994. Este recurso constitui uma espécie de ‘*Recurso de Amparo*’, José de Melo Alexandrino, op. cit., p. 14. Sobre o recurso de amparo no Direito Espanhol, (previsto na Artigo 53.º, n.º 2 da Constituição Espanhola), Ana Espinosa Díaz, *El Recurso de Amparo: Problemas Antes y Después de la Reforma*, *InDret: Revista para la Análisis del Derecho*, 2010. Onofre dos Santos que é também Juiz no Tribunal Constitucional considera que o recurso extraordinário de inconstitucionalidade, para além da LOPC está também contido no Artigo 180.º, n.º 2, alínea c) da CRA que atribui ao Tribunal Constitucional a competência de ‘*exercer jurisdição sobre outras questões de natureza jurídico-constitucional, eleitoral, político-partidária, nos termos da Constituição e da Lei*’, Onofre dos Santos, *Alguns Desafios da Nova Constituição de Angola*, 2010, p. 23, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Gtil6UqJkVg%3d&tabid=331> (Último acesso a 24 de Fevereiro de 2015).

Este mecanismo não têm paralelo no Direito Constitucional Português, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 493. A figura mais próxima no Direito Português é a intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) que deve ser interposta nos Tribunais Administrativos (Artigo 36.º, n.º 1, alínea d, Artigo 109.º a 111.º do CPTA), Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa, Lições*, Almedina: Coimbra, 2007, p. 266-273. Importa também referir que o ‘*recurso extraordinário de inconstitucionalidade*’ é a nosso ver mais abrangente do que o ‘*Mandado de Segurança*’ consagrado na Constituição do Brasil (artigo 5.º, LXIX da Constituição Brasileira) que é no fundo uma acção subsidiária para protecção de direito não coberto pelo *habeas corpus* ou *habeas data*, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal Anotada e Legislação Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 139.

‘após prévio esgotamento nos tribunais comuns e demais tribunais dos recursos ordinários legalmente previstos’ (LOPC alterada pela Lei n.º 25/10 de 3 de Dezembro)⁶².

A LOPC também estabelece que podem no Artigo 49.º, alínea b) ser objecto de recurso *‘actos administrativos definitivos e executórios que contrariam princípios, direitos, liberdades e garantias previstos na Lei Constitucional’*⁶³.

O Artigo 50.º da LOPC define os pressupostos da legitimidade para interposição do *‘recurso extraordinário de inconstitucionalidade’*, o Artigo 51.º os prazos de interposição e o Artigo 52.º determina a legislação aplicável ao processo, sendo que a decisão é decidida pelo plenário dos Juízes do Tribunal Constitucional (Artigo 53.º da LOPC).

⁶² Artigo 21.º, n.º 5 da Lei n.º 2/08 de 17 de Junho, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional ou LOTC alterada pela Lei n.º 24/10 de 3 de Dezembro. *Andre Thomashausen, Desenvolvimento, Contexto e Apreço da Constituição de Angola de 2010 in: Estudos de Homenagem ao Professor Doutor João Miranda, Vol I., Direito Constitucional e Justiça constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 345-346.*

⁶³ Discordamos da definição do legislador sobre a recorribilidade de acto administrativo na medida em que poderá haver actos administrativos que não sejam definitivos e executórios sendo no entanto lesivos de direitos e interesses protegidos e essa devia ser a linguagem da Lei. O Direito Angolano define actos recorribéis como os actos definitivos e executórios de acordo com o artigo 6 da Lei n.º 2/94 de 14 de Janeiro, *Cremildo Paca, Direito do Contencioso Administrativo Angolano, Almedina: Coimbra Editora, 2008, p. 99.* Tendo em conta essa limitação imposta aos particulares, o legislador português na Reforma sobre o Contencioso Administrativo alterou a definição da recorribilidade de actos administrativos definitivos e executórios para a actos administrativos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos, o CPTA Português define a recorribilidade dos actos administrativos como os *‘actos administrativos com eficácia externa, especialmente aqueles cujo conteúdo seja susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos’* (Artigo 51.º, n.º 1 do CPTA), *João Tiago V. A. Silveira, A Reforma do Contencioso Administrativo, Revista Jurídica, AAFDL, N-25, 2001, p. 442.* A concepção de acto administrativo em Angola ainda deriva de uma visão objectivista do contencioso administrativo por força da legislação administrativa herdada do período colonial. Sobre a sobre a concepção subjectivista do contencioso administrativo português que se pauta pela tutela efectiva dos direitos dos particulares (Artigo 268.º, n.º 4 da CRP), *Vasco Pereira da Silva, O Contencioso Administrativo no Diva da Psicanálise, Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo, Almedina: Coimbra, 2005, p. 221.* No caso Português, o recurso para o Tribunal Constitucional cinge-se somente à decisões de tribunais e não de actos administrativos ou decisões de outros órgãos, *Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra, 1996, p. 442-443.*

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade depende *do esgotamento prévio da jurisdição comum* (Artigo 49.º, alínea a) da LOPC), contrariamente ao recurso ordinário de inconstitucionalidade que pode ser interposto directamente ao Tribunal Constitucional⁶⁴.

Um exemplo da ‘revolução constitucional’ operada pelo Tribunal Constitucional é a jurisprudência sobre a inconstitucionalidade do Artigo 26.º da *antiga Lei dos Crimes Contra a Segurança de Estado* (A Lei n.º 7/78 de 10 de Junho)⁶⁵. Esta Lei reflecte o legado Marxista-Leninista do anterior sistema constitucional angolano e da situação de Guerra que o país viveu no final dos anos 1970.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2010, o Tribunal Constitucional considerou que o Artigo 26.º da Lei de Crimes contra a Segurança do era inconstitucional por violar o *princípio de lei penal, estrita, prévia e certa* (‘não descrevia o comportamento proibido pela norma’ e nem dos ‘elementos constitutivos do crime’) e por isso violava o Artigo 65.º da CRA considerando o elevado grau de abstracção do célebre Artigo 26.º e por essa razão o Tribunal Constitucional considerou o Artigo 26.º como uma *‘norma penal incerta’*, isto apesar da Lei n.º 7/78 de 26 de Maio ter sido revogada por uma nova Lei (A Lei n.º 23/2010 de 3 de Dezembro).

Outro exemplo da importância do Tribunal Constitucional na protecção de direitos fundamentais através do uso do recurso extraordinário de inconstitucionalidade é o *Acórdão n.º 122/2010*⁶⁶ no qual o Tribunal Constitucional determina o direito à imagem como um direito fundamental que carece de protecção jurídica (artigo 32.º da CRA) e deve ser respeitado em sessões de julgamento exigindo o

⁶⁴ O recurso de uma decisão judicial será sempre um recurso de uma decisão do Tribunal Supremo sendo este a instância superior da jurisdição comum. A opção do legislador, ao exigir o esgotamento prévio dos recursos, foi abordada pelo Tribunal Constitucional no *Acórdão n.º 146/2011*, que se pronunciou sobre o âmbito do recurso extraordinário de inconstitucionalidade. Ver também *Acórdão n.º 143/2011*.

⁶⁵ *Acórdão n.º 130/2011* do Tribunal Constitucional em que Ordem dos Advogados Angolanos (OAA) requereu a fiscalização abstracta do Artigo 26.º da Lei n.º 7/78, de 26 de Maio.

⁶⁶ Neste Acórdão, o recurso foi apresentado por Maria Joaquina da Silva Domingos, Ex-Directora do Serviço de Migração e Estrangeiros (SME) e por José Domingos, ex-Chefe da Unidade Marítima do SME.

consentimento do réu ou da ré para que haja divulgação de imagens ou vídeos de julgamento. O Tribunal Constitucional entendeu que houve violação do direito à imagem no caso em apreço, para além disso houve violação da proibição de autoincriminação (Artigo 63.º, alínea g), da CRA), violação do processo equitativo e justo (artigo 29.º, n.º 4, da CRA)⁶⁷, violação da presunção de inocência (Artigo 67.º, n.º 2, da CRA), violação do direito à defesa (Artigo 67.º, n.º 1 da CRA) entre outros direitos fundamentais. O Tribunal impôs ainda uma interpretação conforme à Constituição do artigo 469.º do Código de Processo Penal e declarou a inconstitucionalidade do Acórdão recorrido, assim como declarou nulo todo o processo ordenando a libertação dos réus.

O Acórdão em causa demonstra não apenas o papel interventivo do Tribunal Constitucional mas acima de tudo demonstra a determinação do mesmo em construir uma cultura jurídica que se paute pelo respeito e garantia efectiva dos direitos fundamentais em particular o

⁶⁷ Este Acórdão é um ‘arquetipo’ da ordem jurídica constitucional emergente nesta ‘*Constitutional Revolution*’ promovida pelo Tribunal Constitucional pelo facto do acórdão que originou o recurso extraordinário de inconstitucionalidade ter violado de forma grosseira inúmeros direitos fundamentais e garantias do processo criminal. É importante referir ainda que no Acórdão recorrido houve um completo abandono dos princípios da legalidade e respeito pela Constituição Penal em particular do ‘*due process of law*’. Neste Acórdão o Tribunal Constitucional cita instrumentos de Direito Internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos considerando o que o âmbito dos direitos fundamentais por imperativo da Constituição devem ser interpretados de acordo com os instrumentos de Direito Internacional de que Angola seja parte como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros (Artigo 26.º, n.º 2 da CRA). A CRA no Artigo 26.º, n.º 3 vai ainda mais longe afirma que ‘na apreciação de litígios pelos tribunais angolanos relativos à matéria sobre direitos fundamentais, aplicam-se os instrumentos internacionais referidos no número anterior ainda que não sejam invocados pelas partes’. A nosso ver, nesta norma a Constituição impõe um dever de interpretação dos direitos fundamentais de acordo com as normas de Direitos Humanos de que Angola faça parte. Esta norma também tem acolhimento no Constitucionalismo dos países da América do Sul, *Susana Castañeda Otsu, El Principio de la Interpretación Conforme a los Tratados de Derechos Humanos Y Su Importancia En La Defensa de Los Derechos Consagrados En La Constitución in: Ricardo Méndez Silva, Derecho Internacional de Los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Ibero-Americano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 2002, p. 213-214.*

respeito pelo princípio da legalidade criminal que garanta a todos os cidadãos o direito a um processo justo e equitativo ('due process of law') nos termos da Constituição⁶⁸.

A Jurisprudência sobre a prisão preventiva também reflecte a 'Revolução Constitucional' liderada pelo Tribunal Constitucional na ordem jurídica angolana. No *Acórdão n.º 124/2011* o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a Lei da Prisão Preventiva (Lei n.º 18-A/92 de 17 de Julho) e reafirmou o princípio constitucional do *habeas corpus* (Artigo 68.º da CRA) quando haja prisão ou detenção ilegal.

O Tribunal Constitucional assumindo-se como o '*Tribunal dos Direitos Humanos*' reafirmou os princípios constitucionais da Constituição Penal proferindo que 'prender alguém para investigar indícios da prática de um crime que lhe é imputado é contrariar valores fundamentais de um Estado de Direito consagrados na Constituição'. No *Acórdão* sob análise, o Tribunal Constitucional vai contra a prática judicial em Angola de manter em prisão preventiva os réus até o seu julgamento e salienta que essa prática viola o Artigo 66.º da CRA que proíbe penas de prisão perpétuas ou medidas de segurança restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida. Neste caso o Tribunal Constitucional faz uma interpretação conforme à Constituição da Lei sobre a Prisão Preventiva⁶⁹.

Em *Acórdãos* mais recentes, o Tribunal Constitucional assume esse papel de '*Guardião da Constituição*' ao decidir sobre a constitucionalidade da Lei das Associações Públicas⁷⁰, do Regimento Interno

⁶⁸ Isto decorre do '*princípio do processo equitativo*' que confere ao réu (arguido) todas as garantias de defesa e o exercício efectivo dos seus direitos, Ana Prata, Catarina Veiga, José Manuel Vilalonga, *Dicionário Jurídico*, Almedina: Coimbra, 2007, p. 357.

⁶⁹ O Tribunal Constitucional no *Acórdão n.º 121/2010*, pronunciando-se sobre a Lei de Prisão Preventiva considerou ter havido uma violação do princípio da igualdade (Artigo 23.º da CRA) pelo facto do recorrente ter sido mantido em prisão de forma ilegal quando o juiz do tribunal *a quo* ter libertado outro réu acusado do mesmo crime. O Tribunal Constitucional considerou que houve violação do Artigo 66.º, n.º 1, da CRA por não se ter respeitados os prazos legais de prisão preventiva.

⁷⁰ O Tribunal Constitucional foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade da Lei n.º 3/12 de 13 de Janeiro (Lei de Bases das Associações Públicas) no *Acórdão n.º 314/2013*.

da Assembleia Nacional⁷¹ e da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo⁷².

4. Conclusão

Neste estudo fazemos referência a algumas inovações na nova Constituição Angolana de 2010, em particular a nova forma de eleição do Presidente da República assim como as novas disposições sobre direitos fundamentais tendo em conta a anterior Lei Constitucional de 1992.

No artigo fazemos referência à importância que tem o mecanismo de acesso à justiça constitucional que é o *‘recurso extraordinário de inconstitucionalidade’* para protecção de direitos fundamentais.

Sem intenção de fazer uma apologia do Tribunal Constitucional, também fazemos alusão a alguma⁷³ da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre direitos fundamentais nesta *‘Revolução Constitucional’* na ordem jurídica angolana tendo em conta a nova Constituição Angolana. Note-se que o Tribunal Constitucional foi estabelecido ainda na vigência da Lei Constitucional de 1992.

Este artigo não pretende ser um estudo exaustivo sobre os direitos fundamentais na nova Constituição de Angola mas sim um estudo exploratório para potenciais linhas de investigação sobre esta *‘Revolução Constitucional’* encabeçada pelo Tribunal Constitucional. Todavia, importa referir que o papel do Tribunal Constitucional nesta transformação da ordem jurídica Angolana deve ir para além do normativo e da vinculação do Estado e da sociedade ao Direito da Constituição mas deve acima de tudo assumir uma função de *‘pedagogia constitu-*

⁷¹ No Acórdão n.º 319/2013 o Tribunal Constitucional apreciou a constitucionalidade do regimento Interno da Assembleia Nacional a requerimento de 22 Deputados da Assembleia Nacional.

⁷² No Acórdão n.º 330/2014, o Tribunal Constitucional decidiu sobre a constitucionalidade da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo (Lei n.º 34/11, de 12 de Dezembro de 2011).

⁷³ Este artigo não pretende ser exaustivo mas exploratório acerca do papel do Tribunal Constitucional.

*cional*⁷⁴ e também terá de ir aprendendo pelo como caminho a edificar um Estado de Direito Constitucional.

Tendo em conta o papel interventivo do Tribunal Constitucional que se assume como o *‘tribunal dos direitos humanos’* resta saber se este como guardião da Constituição não poderá exceder os seus próprios poderes e por isso a pergunta que se deve colocar é: *Quis custodet ipsos custodes?* (*Quem guarda os Guardiões?*)⁷⁵.

Outra pergunta relevante será a de saber qual é o âmbito desta ‘Revolução Constitucional’? Em particular o de saber se os restantes operadores judiciais nos Tribunais, Polícias, Ministério Público embarcarão nesta ‘Revolução Constitucional’ para construção e edificação de um Estado Democrático de Direito que garanta de forma efectiva os direitos fundamentais.

Será interessante ver qual será a posição do Tribunal Constitucional sobre temas controversos como a liberdade de religião tendo em conta o carácter laico e não confessional do Estado Angolano (Artigo 10.º da CRA) considerando a pluralidade de denominações religiosas em Angola. Tendo em conta o rápido crescimento económico Angolano, o Tribunal Constitucional também terá de pronunciar-se sobre o âmbito do direito da propriedade (Artigo 14.º da CRA e Artigo 37.º da CRA) no ordenamento constitucional Angolano particularmente numa Constituição que estabelece que a Terra constitui propriedade originária do Estado (Artigo 15.º da CRA).

O Tribunal Constitucional também terá de pronunciar-se sobre o papel das Autoridades Tradicionais (Artigo 223.º da CRA) no âmbito

⁷⁴ Peter Häberle, *Nueve Ensayos Constitucionales y Una Lección Jubilar*, Palestra: Lima, 2004, p. 126. Este papel pedagógico deriva da natureza reguladora e transformadora da Constituição conforme Konrad Hesse declara: ‘A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen)’, Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição* (Die Normative Kraft der Verfassung, 1959, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes) Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991), p. 25.

⁷⁵ Flávio G. I. Inocêncio, *op. cit.*, p. 178. Aqui coloca-se a velha questão do *activismo judicial* e da *legitimidade dos Tribunais em promoverem reformas constitucionais sem o consentimento da ‘Demos’*, Charles Fombad, *op. cit.*, p. 1067.

do ‘Estado Constitucional’ em Angola que se baseia na Dignidade da Pessoa Humana⁷⁶.

Considerando a realidade sociológica e económica de Angola e tendo em conta que é um Estado multiétnico, multirracial e de dimensão ‘quase-continental’ o papel dos juizes da ‘Cidade Alta’ assumirá certamente uma relevância maior nos próximos tempos a medida que se for construindo um verdadeiro ‘Estado Constitucional’ em Angola e desse modo o Tribunal Constitucional terá de conduzir com cautela a sua função de ‘Guardião da Constituição’⁷⁷.

Importa também salientar que o Tribunal Constitucional não deve ser visto como um órgão alheio à possibilidade de crítica tanto na Doutrina jurídica ou no campo social, mas isso não pode significar que se deva desvalorizar a sua importância na construção do edifício do Estado de Direito em Angola.

Tendo em conta o que foi exposto anteriormente, a nosso ver, não se pode inferir que o Tribunal Constitucional em Angola tenha uma posição “*liderante*” nas transformações constitucionais em Angola, mas deve-se olhar para o Tribunal Constitucional como apenas um entre vários actores que participam no processo de mudança, interpretação e transformação da Constituição⁷⁸.

⁷⁶ Nesses termos, as Autoridades Tradicionais terão de respeitar na sua actuação à Supremacia da Constituição e ao respeito pela Dignidade da Pessoa Humana, (Artigo 7.º da CRA), Carlos Feijó, *op. cit.*, p. 397-414.

⁷⁷ O Tribunal terá de gerir a tensão ente ‘Principle’ e ‘Pragmatism’, Heinz Klug, *Finding the Constitutional Court’s Place in South Africa’s Democracy: the Interaction of Principle and Institutional Pragmatism in the Court’s Decision Making in Constitutional Court Review 3*, Pretoria University Law Press: Cape Town, 2011, p. 30.

⁷⁸ Os vários actores que intervêm no processo político em Angola têm um peso muito mais significativo no *processo iterativo de mudanças formais e informais constitucionais em Angola* e incluem os Partidos Políticos, Figuras Políticas, entre outros.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman, Bruce, *The Living Constitution*, Yale Law Review, Vol.120, N-7, 2007.
- Alexandrino, José de Melo, *O Papel dos Tribunais na Protecção dos Direitos Fundamentais*, Texto proferido na palestra proferida na ‘*Conferência Alusiva ao 2 Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola*, 2010, p. 10. Disponível em :
<http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=hNJ12hoyqm0%3D&tabid=331> (Último acesso a 24 de Fevereiro de 2015).
- Almeida, Adão de, *Autorizações Legislativas e Controlo Parlamentar do Decreto-Lei Autorizado, O Caso Angolano*, Almedina: Coimbra, 2009.
- Andrade, Vieira de, *A Justiça Administrativa, Lições*, Almedina: Coimbra, 2007.
- Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2001.
- Araújo, Raúl Carlos Vasques e Range, l Elisa Nunes, *Constituição da República de Angola Anotada, Maia: Gráfica Maidouro*, 2014.
- O Presidente da República no Sistema Político de Angola, Casa das Ideias: Luanda, 2009.
- Bendor, Ariel L., Michael Sacks, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, Israel Law Review, Vol. 44, 2011.
- Bonifácio, Israel, *O Estado do Estado em Angola, o Poder Político em Angola*, EdiJuris: Luanda, 2011.
- Bryde, Brun-Otto, *Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration: German Constitutionalism in International Perspective*, Wisconsin International Law Journal, Vol. 25, Issue 2, 2007.
- Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina: Coimbra, 2000.
- Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina: Coimbra, 1993.
- Correia, Adérito e Sousa, Bornito de, *Angola, História Constitucional*, Almedina: Coimbra, 1996.
- Damião, João, *Conheça a Constituição da República de Angola, Contributos Para A Sua Compreensão*, Casa das Ideias: Luanda, 2010.
- Danneman, Gerhard, *Constitutional Complaints: The European Perspective*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, n.º 1, 1994.
- Díaz, Ana Espinosa, *El Recurso de Amparo: Problemas Antes y Después de la Reforma*, InDret: Revista para la Análisis del Derecho, 2010.

- Feijó, Carlos, A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana, Almedina: Coimbra, 2012.
- Fombad, Charles, Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects, Buffalo Law Review, Vol. 59, 2011.
- Gouveia, Jorge Bacelar, Direito Constitucional de Angola, Lisboa: NOR-PRINT, 2014.
- Jorge Bacelar Gouveia, Les Systèmes Politico-Constitutionnels Des Etats Africains de Langue Portugaise, Revue Française de Droit Constitutionnel, N.º 73, 2008.
- Graziadei, Michelle, Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge, Theoretical Inquiries in Law, Vol. 10, 2009.
- Peter Häberle, Direito Público, N-13, Julho-Agosto, 2006.
- Häberle, Peter, Nueve Ensayos Constitucionales y Una Lección Jubilar, Palestra: Lima, 2004.
- Häberle, Peter, El Estado Constitucional (Tradução: Hector Hix-Fierro), Universidade Nacional Autónoma de México: Mexico, 2003.
- Häberle, Peter, El Estado Constitucional (Tradução: Hector Hix-Fierro), Universidade Nacional Autónoma de México: Mexico, 2003.
- Habermas, Jurgen, Direito e Democracia: entre Factidade e Validade (*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1994 Tradução: Flávio Beno Seibeneichler,), Vol. 1, Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.
- Habermas, Jurgen, Lennox Sara and Lennox, Frank, New German Critique, n-3, 1974.
- Hardin, Russel, Why A Constitution? in Bernard Grofman, Donald Wittman, The Federalist Papers and the New Institutionalism, Agathon Press: New York, 1989.
- Hesse, Konrad, A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung, 1959, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes) Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.
- Inocêncio, Flávio G. I. Reconceptualising Sovereignty in the Post-National State: Statehood Attributes in the International Order, Bloomington: Authorhouse, 2014.
- Júnior, Nelson Nery e Nery, Rosa Maria de Andrade, Constituição Federal Anotada e Legislação Constitucional, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

- Kelsen Hans, (tradução de Luís Carlos Borges), *Teoria Geral do Direito e do Estado* (General Theory of Law and State, publicada em 1945), Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- Kilan, Banu, J. Rawls' Idea of an 'Overlapping Consensus' and the 'Complexity of Comprehensive Doctrines', *Ethical Perspectives*, Vol. 16, N-2, 2009.
- Klug, Heinz, *Finding the Constitutional Court's Place in South Africa's Democracy: the Interaction of Principle and Institutional Pragmatism in the Court's Decision Making in Constitutional Court Review 3*, Pretoria University Law Press: Cape Town, 2011.
- Komesar, Neil, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago: Chicago University Press, 1994.
- Luacuti, Adalberto, *Génese da Constituição Angolana de 2010*, O Jornalismo ao serviço do Direito, Luanda: Mayamba, 2014.
- Machado Jónatas E. M. e Costa, Paulo Nogueira da, *Direito Constitucional Angolano*, Coimbra Editora: Coimbra, 2012.
- Mahlmann, Matthias, *The Basic Law at 60 – Human Dignity and the Culture of Republicanism*, *German Law Journal*, Vol. 11, N-1, 2010.
- McCrudden, Christopher, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *European Journal of International Law*, Vol. 19, N.4, 2008.
- Miranda, Jorge, *A Constituição Angolana de 2010*, *Systemas, Revista de Ciências Jurídicas e Económicas*, V.2, N.º1, 2010.
- Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra, 1996.
- Moco, Marcolino, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção*, *As Particularidades do Sistema Africano*, Almedina: Coimbra, 2010,
- Moreira, Vital, *Presidencialismo Superlativo*, Público, 09/02/2010.
- Otsu, Susana Castañeda, *El Principio de la Interpretación Conforme a los Tratados de Derechos Humanos Y Su Importancia En La Defensa de Los Derechos Consagrados En La Constitución* in: Ricardo Méndez Silva, *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*, *Memoria del VII Congreso Ibero-Americano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, 2002.
- Orre, Aslak, *Who's to Challenge the Party-State in Angola? Political Space & Opposition in Parties and Civil Society*, *Conference: Election Processes, Liberation Movements and Democratic Change in Africa*, Maputo, 2010.

- Paca, Cremildo, *Direito do Contencioso Administrativo Angolano*, Almedina: Coimbra Editora, 2008.
- Pinto, João, *O Sistema de Governo Angolano na Constituição de 2010*, Iustitia, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Independente de Angola, N.º 1, 2013.
- Prata, Ana, Veiga, Catarina e Vilalonga, José Manuel, *Dicionário Jurídico*, Almedina: Coimbra, 2007.
- Queiroz, Cristina, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Rabin, Yoram e Shany, Yuval, *The Israeli Unfinished Constitutional Revolution: Has the Time Come for Protecting Economic and Social Rights?*, Israel Law Review, Vol. 37, N. 2 e 3, 2002, 2003.
- Santos, Onofre dos, *Alguns Desafios da Nova Constituição de Angola*, 2010, p. 23, disponível em:
<http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Gtil6UqJkVg%3d&tabid=331> (Último acesso a 24 de Fevereiro de 2015).
- Silva, Vasco Pereira da, *O Contencioso Administrativo no Diva da Psicanálise, Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Almedina: Coimbra, 2005.
- Silveira, João Tiago V. A., *A Reforma do Contencioso Administrativo*, Revista Jurídica, AAFDL, N-25, 2001.
- Spector, Horacio, *Constitutional Transplant and the Mutation Effect*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 83, N. 1, 2008.
- Thomashausen, Andre, *Desenvolvimento, Contexto e Apreço da Constituição de Angola de 2010 in: Estudos de Homenagem ao Professor Doutor João Miranda, Vol I., Direito Constitucional e Justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- , *A Globalização e as Reformas Constitucionais em África*, Conferencia Internacional: As Constituições e a Estabilidade dos Estados Democráticos de Direito em África, Instituto Angolano de Sistemas Eleitorais e Democracia, Luanda: 6 de Abril de 2011.
- Valentim, Jorge, *Caminho Para a Paz e Reconciliação Nacional, De Gbadolite a Bicesse (1989-1992)*, Mayamba Editora: Luanda, 2010.
- Ventura, António José, *Da Independência do Poder Judicial na Constituição da República de Angola*, Almedina: Coimbra, 2010.
- Welsh, Helga A., *Political Transition Processes in Central and Eastern Europe, Comparative Politics*, Vol. 26, N.º 4, 1994.

Codificação de Usos e Costumes em Moçambique no Século XIX – inícios do século XX¹

Codification of Usages and Customs in Mozambique in the Nineteenth Century – beginning of century XX

GILDO ESPADA²

Resumo: Durante determinado período do Regime Colonial, para além do Direito Colonial importado da Colónia, era prática do Colonizador Português reconhecer algumas regras nativas. As regras reconhecidas e aceites pelos colonizadores eram geralmente designadas como Direito Costumeiro. Tal Direito Costumeiro não era somente fruto das práticas locais que derivavam de um passado não alterado, mas produto da interacção entre as potências coloniais e vários outros grupos dentro do Estado colonial.

Por isso, entende-se que o Direito Costumeiro foi criado num contexto colonial, muitas vezes por aconselhamento dos administradores coloniais, que com base nos costumes existentes, inventaram e ou redefiniram regras que pudessem acomodar as novas circunstâncias derivadas do colonialismo.

Para o caso de Moçambique, foram oficialmente reconhecidos o Direito Civil das populações hindus, muçulmanas e “gentias”, que foram subsumidos à categoria de usos e costumes nativos, tendo sido formalmente introduzidos nas colónias portuguesas pelo Acto colonial Adicional à Carta Constitucional da Monarquia, que previu igualmente a possibilidade de os mesmos serem administrados em tribunais especiais.

¹ Entregue: 2.5.2015; aprovado: 8.7.2015.

² Gildo Manuel Espada (gildoespada@gmail.com) é Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Macau. É Doutor em Direito Pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em parceria com o Instituto superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique Professor Auxiliar do Instituto superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, no qual exerce as funções de Coordenador-adjunto do Curso de Direito. É docente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. É formador convidado de magistrados judiciais e do Ministério Público no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Moçambique.

A existência de códigos nativos tinha em vista primordialmente a prossecução de interesses coloniais, do que regulamentar o interesse dos povos nativos. Cedo notou-se tal realidade, e houve uma tentativa de dar respostas a estas questões quando em 1954 foi feita uma distinção pelo legislador colonial entre normas costumeiras não codificadas (ou não compiladas) e as normas costumeiras codificadas (ou compiladas) usadas para a tomada de decisões.

Por outro lado, as regras jurídicas africanas foram muitas vezes toleradas, como uma forma de garantir a paz pública colonial, ou como condição necessária para a boa prossecução da soberania colonial portuguesa além-fronteiras. Aliás, sempre que os sectores da população nativas consideradas “capazes” de fazer jogar a seu favor as ambiguidades jurisdicionais criadas pela presença europeia, os poderes coloniais eram obrigados a clarificar o âmbito das suas jurisdições, incluindo-a ou reconhecendo a sua *alteridade jurídica* por via do reconhecimento da legitimidade dos seus próprios fóruns, ou ainda por via da inclusão em termos igualitários no âmbito do Direito Colonial.

Desta forma, o pluralismo jurídico em meios coloniais toma uma nova feição, tornando-se num projecto no qual o Estado colonial se assumiu como pólo ordenador da diversidade, com a correspondente ‘missão’ de fixar não apenas as regras reguladoras do funcionamento dos sistemas jurídicos plurais, como também os estatutos das populações neles envolvidas, face a ordem jurídica hegemónica.

Palavras chave: Pluralismo Jurídico; Direito Colonial; Direito Costumeyro; Códigos Nativos; Colonização.

Abstrat: During the colonial regime, in addition to the Colonial Law imported from the Metropolis, it was practice of the Portuguese State to recognize some native rules. The rules recognized and accepted by the colonial state were usually designated as customary law. This customary law was not only the fruit of local practice which derived of a past not changed, but also the product of the interaction between the colonial powers and several other groups within the colonial state.

For this reason, it is understood that the customary law was created in a colonial context, often by counseling of colonial administrators, who on the basis of the existing Customs invented and or redefined the rules which would accommodate the new circumstances arising from colonialism.

In the case of Mozambique, there were officially recognized the Civil Law of the Hindus, Muslims and “Gentile” populations, which were subsumed into the category of usages and native customs, having been formally introduced in Portuguese colonies by the Colonial Act Additional to the Constitutional Charter of the Monarchy, which also provided for the possibility of their being administered in special courts.

The existence of native codes had in view, primarily, the pursuit of colonial interests, of which regulate the interest of native peoples. Early it was noticed that reality, and there was an attempt to give answers to these questions when in 1954 a distinction was made by the legislator colonial between not coded customary rules (or not compiled) and the coded customary rules (or compiled) used for making decisions.

On the other hand, legal rules in Africa were often tolerated, as a way of guaranteeing the colonial public peace, or as a necessary condition for a smooth continuation of Portuguese colonial sovereignty beyond frontiers. Moreover, where the native population sectors considered “capable” of playing in their favor the jurisdictional ambiguities created by the European presence, the colonial powers were obliged to clarify the scope of their jurisdictions, including it or recognizing its legal alterity by recognizing of the legitimacy of their own forums, or by means of inclusion in egalitarian terms under the Colonial Law.

In this way, the legal pluralism in colonial territories takes a new appearance, becoming a project in which the colonial state was assumed as the originator of diversity, with the corresponding ‘mission’ to fix not only the regulatory rules of operation of plural legal systems, as well as the statute of the populations involved therein, in view of the hegemonic legal order.

Key words: *Keywords: Legal Pluralism; Colonial Law; customary law; native code; Colonization.*

Introdução

As ordens sociais nativas, incluindo o seu aspecto jurídico tiveram que enfrentar mudanças radicais no seu ambiente local, devido à presença e influência dos países colonizadores. O Direito Costumeiro foi por isso forçado a enfrentar radicalmente este novo contexto.

O Direito Costumeiro é secular e nunca foi estático. Esteve e está num contínuo processo de desenvolvimento e adaptação. O advento do regime colonial e a imposição do seu Direito ou modelos de aplicação do Direito foi uma parte deste processo de pressão para a mudança cujo efeito ou possíveis efeitos nos propomos analisar.

Não iremos neste artigo discutir se o “Direito Costumeiro” é ou não um verdadeiro Direito, ou se o Direito “chegou” a África com o colono. Queremos sim analisar o desenvolvimento jurídico de normas

costumeiras moçambicanas associadas com a colonização (particularmente o caso de de moçambique), nomeadamente a relação entre o Direito Oficial e o Direito Estatal e a tentativa de formalização do Direito Costumeiro, por via, nomeadamente da codificação das suas normas.

Queremos desta feita analisar até que ponto os Códigos de Direito Costumeiro ou Códigos nativos reflectiam os verdadeiros hábitos e costumes dos povos locais, por um lado. Por outro lado, procuraremos analisar as razões que estiveram por detrás da criação dos Códigos e como é que este processo ocorreu, no sentido de saber quem esteve envolvido na sua produção e quais os resultados obtidos em face do processo de elaboração e respectiva aplicação.

Portugal, como potência colonial, considerava os seus territórios como prolongamento do território nacional (português), dividindo-o administrativamente em províncias. Nesses territórios vigoravam não só a Constituição Portuguesa, mas também as mesmas leis que vigoravam na metrópole. Deste modo, os habitantes das províncias ultramarinas (incluindo as populações nativas) eram cidadãos com direitos iguais aos da metrópole, ou deviam ser. Por isso, tentaremos analisar até que ponto era feita a gestão destas diversas ordens normativas tendo em conta os povos nativos e, porque está provado por análises feitas (principalmente por antropólogos) no início do Século XX com base em estudos do Direito nativo de povos colonizados da África, Ásia e Pacífico, chegou-se à conclusão que tais povos aplicavam tanto o Direito nativo assim como o colonial³, sendo por isso a vida social dos povos nativos subtilmente alterada pelas normas advindas do Direito Colonial, mesmo nos locais onde tal possibilidade parecia muito remota⁴, procuraremos analisar até que ponto é que este facto aplica-se à codificação do Direito Costumeiro Moçambicano no Século XIX e inícios do Século XX.

³ Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n. ° 22 (1988), p. 869

⁴ Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n. ° 22 (1988), p. 870

1. Conceito de Pluralismo Jurídico

O Pluralismo Jurídico⁵ é geralmente definido como a situação na qual dois ou mais sistemas jurídicos coexistem no mesmo campo social⁶. O pluralismo jurídico é usado em contraste com a ideologia do centralismo jurídico, no qual o Direito é visto como uma emanção sistemática, unificada e exclusiva do Estado⁷.

Esta definição encontra todavia uma interrogação que é a de saber se a coexistência de dois sistemas jurídicos implica, necessariamente, a interacção de ambos sistemas no seu todo, isto é, se basta haver a transferência de uma parte do legado jurídico de determinado sistema jurídico para outro para que tenhamos pluralismo, ou, como defendem certos autores, que tal deva acontecer na totalidade.

Discute-se igualmente se para a aceitação do pluralismo jurídico há a necessidade de reconhecimento ou acomodação pelo sistema dominante de normas costumeiras para que as mesmas tenham legitimidade, reconhecendo neste caso o seu lugar de Direito ‘subordinado’, implicando tal facto muitas vezes ou criando a assumpção de que o Direito Costumeiro e o Direito oficial são esferas de aplicação distintas do Direito e mutuamente exclusivas (e com isto criando a errónea percepção de que o pluralismo jurídico implica a existência de dois sistemas jurídicos que operam paralelamente e sem interacção⁸).

⁵ Contra o conceito de *pluralism jurídico*, descrevendo-o como difuso e insatisfatório, vide CHRIS FULLER, *Legal Anthropology: Legal Pluralism and Legal Thought*, in *Anthropology Today*, Vol. 10, No. 3, 1994, p. 10. Igualmente contra este conceito, considerando como impossível a ideia da existência de um sistema jurídico plural, por considerar o pluralismo como sistemas unitários que reconhecem regras especiais para determinados grupos ou pessoas, no exemplo da situação colonial em que regras nativas ou coloniais eram cuidadosamente toleradas pelos poderes coloniais, e defendendo uma *pluralidade de mecanismos jurídicos* mas não o pluralismo jurídico como tal, vide JACQUES VANDERLINDEN, *Return to Legal Pluralism: Twenty years later*, 28 *Journal of Legal Pluralism*, 1989, p. 152.

⁶ Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 870.

⁷ Vide JOHN GRIFFITHS, “*What is Legal Pluralism?*”, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, p.7.

⁸ Vide JACQUES VANDERLINDEN, *Return to Legal Pluralism: Twenty years later*, 28 *Journal of Legal Pluralism*, 1989, p. 156, para quem a existência do pluralismo

No nosso ponto de vista, tendo em conta o conceito amplo de pluralismo jurídico, a simples aceitação de ordens normativas diversificadas, não estaduais, no mesmo ordenamento jurídico, já basta para que haja pluralismo, não sendo sequer necessária a importação de uma diferente ordem estadual, e muito menos na sua totalidade, por um lado. Por outro lado, se olharmos para o Direito formal e para as outras formas de Direito não formal, depreende-se que há uma intersecção em que tanto o Estado está empenhado em moldar o Direito não formal assim como este (o Direito não formal, portanto) tem um importantante papel em reforçar o Direito estadual, de tal forma que, como veremos, chega-se a um conceito de *interlegalidade* que se resume a diferentes situações jurídicas sobrepostas.

É por se reconhecer que não são sómente as normas legais que existem numa sociedade que A. M. Hespanha refere que “o Direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que dentre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles”⁹, ou ainda, como refere Boaventura de Sousa Santos, “*law is not just a set of norms, it is also a combination of research, careers, professional profiles, and social practices in the daily life of the people*”¹⁰, sendo a esta situação de coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo *ordenamento jurídico* designado *pluralismo jurídico*.

Assim, a coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, no mesmo espaço social, sem que exista uma regra de conflitos fixa e inequívoca que delimite, de uma forma previsível de antemão, o âmbito de vigência de cada ordem jurídica é que irá determinar a pluralidade jurídica de um ordenamento, diferentemente de outras percepções que aventam a existência do plura-

jurídico implica a existência de diversas ordens jurídicas confluentes numa mesma situação factual, tornando o indivíduo não um sujeito de direito mas sujeito de direitos.

⁹ Vide A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.^a ed., modif., 2009, p. 65.

¹⁰ Vide BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *From Customery Law to Popular Justice*, 28 *Journal of African Law* 90, 1984, p. 91.

lismo quando uma ordem jurídica, a estadual, pretende o monopólio da definição de todo o Direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas (v.g., o costume ou a jurisprudência) uma legitimidade (e, logo, uma vigência) apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação da ordem jurídica estadual.¹¹

Daí que, ao invés de se olhar para o pluralismo jurídico como a situação em que regimes jurídicos paralelos coexistem mas dependem, para a sua legitimidade, do reconhecimento ou acomodação acordados pela ordem jurídica estadual, podendo nesta situação o sistema jurídico estadual reconhecer o Direito Tradicional ou o Direito Religioso em certas esferas limitadas – como o casamento e as relações de propriedade, normalmente desde que não “repugnem a moralidade e a justiça”, o mesmo deve ser entendido como incluindo o sistema de tribunais e juízes suportados pelo Estado assim como outras ordens normativas não legais do ordenamento, que fazem parte de instituições como fábricas, empresas, universidades etc, que podem incluir normas escritas e estruturas que de alguma forma são uma réplica do Direito Estatal, por um lado, e por outro lado, o reconhecimento de ordens normativas menos formais nas quais o processo de estabelecimento de regras e garantia de cumprimento das mesmas bem como a punição dos violadores acontecem de forma natural, tal como acontece a nível das famílias, grupos de trabalhadores e outras colectividades, não sendo todo o Direito do Estado e nem administrado pelo Estado. Na verdade, o pluralismo é equiparado a um movimento de libertação da sociedade civil, no qual se encontram muitos foros, muitos consensos, na qual existe uma pirâmide de vontades dessa sociedade civil e cuja legitimidade decorre da vontade dos cidadãos nele envolvido.

A génese do pluralismo surge com a introdução do Direito Europeu nos territórios colonizados, uma vez que as tribos e povos colonizados tiveram que adaptar as suas já existentes regras com o Direito

¹¹ Com idêntico posicionamento, A. M. HESPANHA, *Direito Comum e Direito Colonial*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 95-116. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 11.01.10

formal imposto pelas potências coloniais Europeias^{12 13}, que tinham sido forçadas para o capitalismo industrial, e não para um meio rural com princípios e procedimentos muito diversificados¹⁴, o que levou ao desenvolvimento de um Direito miscelâneo que seria mais tarde designado por pluralismo jurídico, uma vez que com a introdução e aplicação do Direito Colonial Europeu a par de outros Direitos nativos criou-se uma pluralidade de ordens jurídicas¹⁵.

¹² Note-se, todavia, que o pluralismo jurídico não surgiu exactamente com a expansão Europeia. Hoje em dia a análise do pluralismo jurídico é feito numa vertente em que se analisam as situações em que sociedades outrora colonizadas se tornaram legalmente e ou culturalmente plurais, ou ainda situações em que, por efeitos da globalização hegemónica, o Direito tornou-se transnacional e com isso criando outro tipo de pluralismo. Mas, o pluralismo jurídico tem raízes históricas referidas por vários autores, ao exemplo da complexidade do Direito vigente em Java, que era produto de miscelânea de normas de povos oriundos do Sul da China, do Vietnam e de Estados Indianos, missionários Islâmicos, colonizadores Britânicos e Holandeses e forças ocupantes Japonesas. Para maiores referências históricas, vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 870, e demais referências aí feitas, nomeadamente CLIFFORD GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books, 1983; MARTIN CHANOCK, “*Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*.” Cambridge University Press, 1985; TERENCE RANGER, “*The Invention of Tradition in Colonial África*”, In Eric Hobsbawm and Terence Ranger (eds), “*The Invention of Tradition*”, 1983. A. M. HESPAÑA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., modif., 2009, p. 65.

¹³ Numa outra perspectiva, e sem definir o pluralismo jurídico, Boaventura Sousa Santos caracteriza-o como o conceito chave num ponto de vista pós-moderno do Direito. Vide BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of misreading; Toward a Postmodern Concept of Law*, 14 *Journal of Law and Society* 279, p. 297.

¹⁴ Todavia, há quem ache que o pluralismo jurídico é de facto um fenómeno do mundo contemporâneo. Neste sentido, M.B. Hooker define o pluralismo jurídico como as “circunstâncias no mundo contemporâneo que resultaram da transferência de sistemas jurídicos na sua totalidade, além-fronteiras”. Vide M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press, 1975, p. 86, citado por SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 871.

¹⁵ Segundo TERENCE RANGER, citado por SALLY ENGLE MERRY, para muitas das potências colonizadoras, a imposição de um Direito Europeu foi um presente valioso para os povos nativos, uma vez que o “Direito civilizado” veio substituir a anarquia e medo que se acreditava existir nos povos colonizados, que se sentiram livres dos perigos

Entretanto, e como esclarece Cristina Nogueira da Silva, o pluralismo jurídico dos territórios colonizados não resultou necessariamente de um acto do poder colonial. Na verdade, foi em resultado do “encontro colonial” – do Estado colonial, os colonos e os povos nativos – que permitiu o surgimento de “sistemas jurídicos híbridos, cuja fronteiras não foram fixadas de forma linear e cujas hierarquias se mantiveram”¹⁶.

A classificação de determinada sociedade como juridicamente plural¹⁷, encontra outra subclassificação, que é a da existência de um pluralismo jurídico do ponto de vista das ciências sociais entendido como um um estado empírico das coisas na sociedade, que seria a coexistência num grupo social de ordens jurídicas que não pertencem a um único sistema e um outro a que se chama ponto de vista legal do pluralismo, como um problema particular de um sistema jurídico dualista criado pela introdução nas colónias pelos países Europeus do seu próprio sistema jurídico, que se veio impôr a sistemas preexistentes.¹⁸

Assim, um sistema jurídico seria considerado plural no sentido legal ou jurídico quando os comandos soberanos criam ou aceitam normas para diferentes grupos da população de acordo com a sua etnia, religião, nacionalidade ou localização geográfica, e quando os regimes jurídicos paralelos ficam todos dependentes do sistema jurídico estatal.

Há quem aproxime o conceito de pluralismo Jurídico ao debate e ou confronto entre a descoberta de novas formas de “Direito”, locais, e as qualidades pluralísticas do Direito nos moldes capitalistas¹⁹. Entre-

das guerras, feitiçaria e tirania, induzidos pelo Direito Colonial. Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 869.

¹⁶ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na doutrina Colonial Portuguesa (Séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, nr.s 33-34, t II, 2004-2005, pp. 899-921.

¹⁷ Neste particular, é importante salientar que o pluralismo jurídico não deve ser usado como factor descritivo de uma sociedade. No mesmo sentido, Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 879; JOHN GRIFFITHS, “*What is Legal Pluralism?*”, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, p. 7.

¹⁸ JOHN GRIFFITHS, “*What is Legal Pluralism?*”, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, p. 5.

¹⁹ Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 869. Em referência à década que antecedeu a publicação

tanto, devido ao facto de o conceito de pluralismo jurídico encerrar um sentido lato, facilmente se depreende que, tal como afirma Sally Engle Merry, “virtualmente todas as sociedades são juridicamente plurais”²⁰ quer tenham ou não um passado colonial, sendo por isso o conceito de pluralismo jurídico um elemento chave para a conceitualização de uma relação que se estabelece entre o Direito e a sociedade.

Todavia, Chris Fuller²¹ discorda totalmente desta percepção do conceito de pluralismo jurídico, argumentando que a coexistência de uma pluralidade de ordens jurídicas ou normativas é um facto universal do mundo moderno, não trazendo o conceito de pluralismo jurídico nada de distinto, lembrando-nos sómente que de uma perspectiva jurídica isolada, não existem sociedades homogêneas. Por outro lado, argumenta ainda o mesmo autor que, por o conceito de pluralismo jurídico ser um conceito “jurídico” o mesmo pode levar a uma ideia legalista que deve ser evitada²². Por isso mesmo, argumenta o autor, resulta claro que nem todas as ordens “jurídicas” são igualmente jurídicas, e que de igual modo o pluralismo jurídico é parcialmente uma relação de domínio e possível resistência, que deve ser entendida como tal, e que deve ser situado dentro do seu contexto não jurídico, por este ser mais alargado.

De facto, e apesar de ser um conceito comumente aceite, o pluralismo jurídico despoleta ainda algumas questões que Brian Tamanaha descreve de “analíticas e instrumentais”²³. As questões analíticas rela-

do citado artigo, o mesmo autor ressalta ainda o facto de o conceito de pluralismo jurídico ter sido essencialmente estudado em sede do ordenamento social e jurídico de sociedades urbanas industriais dos Estados Unidos, Grã-Bretanha e França.

²⁰ Idem SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”, in *Law & Society Review*, Vol. 22, n.º 22 (1988), p. 869.

²¹ Vide CHRIS FULLER, *Legal Anthropology: Legal Pluralism and Legal Thought*, in *Anthropology Today*, Vol. 10, No. 3, 1994, p. 10.

²² Todavia, uma virtude atribuída aos cultores do pluralismo jurídico é o facto de os mesmos terem combatido, com sucesso a ideia do “centralismo jurídico”. Este é entendido como sendo a (falsa) ideia de que “o Direito é e deve ser estadual, uniforme a todas as pessoas, excluindo todas as outras ordens normativas, e administrado por um único organismo ou conjunto de organismos estaduais”. Vide JOHN GRIFFITHS, *What is Legal Pluralism?*, 24 *Journal of Legal Pluralism* 1, p. 4.

²³ Vide BRIAN Z. TAMANAH, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law in Society*, Vol. 27, No. 2, 2000, p. 297.

cionadas com o conceito de pluralismo Jurídico, tal como discute Brian Tamanaha, consistem de dois aspectos relacionados. O primeiro tem a ver com a divergência entre os principais autores sócio-jurídicos sobre o conceito de Direito²⁴, levando consequentemente a que haja diversas definições (que competem entre si) do Direito, que conduzem, segundo o autor que analisamos, a uma *pluralidade de pluralismos Jurídicos*. Deste modo, e como salienta Brian Tamanaha, enquanto não ficar claro, no sentido de haver um conceito unitário do que seja o Direito, o conceito de pluralismo jurídico não terá uma base defensável sólida²⁵.

O segundo aspecto analítico levantado por Brian Tamanaha tem a ver com o facto comumente aceite pelos defensores do pluralismo jurídico de que nem todos os fenómenos relacionados com o Direito ou aproximados ao Direito tem uma fonte estadual, uma vez existirem várias ordens normativas não estatais que constituem também “Direito”²⁶. Deste modo, discute-se por isso se todas as formas de controlo social são Direito²⁷.

Os problemas analíticos relacionados com o conceito de Direito têm a ver com o facto de os conceitos de Direito adoptados pelos defensores do pluralismo jurídico serem *essencialistas* na sua natureza, fundados na concepção de que “o Direito é uma categoria fundamental que pode ser identificada e descrita ou uma noção essencialista que pode ser trabalhada internamente até que dele se produza uma versão descontextualizada pura”²⁸.

²⁴ Para uma análise dos diversos autores que fazem a análise do pluralismo jurídico e suas respectivas definições do Direito, vide BRIAN Z. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law in Society*, Vol. 27, No. 2, 2000, p. 297.

²⁵ BRIAN Z. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law in Society*, Vol. 27, No. 2, 2000, p. 297.

²⁶ Ao exemplo, tal como já referimos supra, às normas indígenas, instituições que exercem diversos tipos de controlo social e ao poder de criação normativa e execução das mesmas praticado pelas universidades, e outras formas de organização normativa de diversos grupos sociais como classes de negociantes, associações de trabalhadores, de fábricas, ligas desportivas e a própria família.

²⁷ Daí as enormes dificuldades da sociologia jurídica em distinguir o “Direito indígena” da vida social, em geral, por exemplo.

²⁸ Vide BRIAN Z. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law in Society*, Vol. 27, No. 2, 2000, p. 299.

Estas várias percepções sobre o que seja o pluralismo jurídico encontram resposta, segundo vários autores, na subclassificação do pluralismo jurídico em pluralismo jurídico clássico e o novo pluralismo jurídico.

Considerando que os estudos sobre pluralismo jurídico começaram pela análise das sociedades coloniais nas quais uma Nação imperialista detentora de normas próprias contidas em códigos, impôs o seu sistema jurídico nas sociedades colonizadas que tinham normas (não escritas) totalmente diferentes das suas, quase sempre não-escritas e sem uma estrutura formal de julgamento e punição²⁹, em cujo seio pluralismo jurídico estava ínsito numa relação desigual de poderes, alguns autores³⁰ distinguem um “pluralismo jurídico clássico”, resultante da intersecção do Direito indígena e do Direito Europeu, a par de um “novo pluralismo jurídico”, que é resultante de sociedades não colonizadas, em particular de países industrializados nomeadamente da América e Europa.

Assim, a análise do pluralismo jurídico clássico foca primariamente na relação entre povos indígenas e o Direito originariamente Europeu nas sociedades coloniais e pós-coloniais. Por outro lado, o conceito do novo pluralismo jurídico está relacionado com a existência de uma pluralidade de ordens normativas nas sociedades modernas, em particular as ocidentais³¹, que reclamam cada vez mais um maior reconhecimento e aceitação.

Deste modo, o conceito de pluralismo jurídico expandiu-se de uma situação em que se relacionavam apenas o direito dos colonizadores e colonizados para uma situação em que se relacionam grupos dominantes e grupos subordinados, tais como grupos religiosos, étnicos, minorias culturais e outras formas de ordenamento não-oficiais de instituições ou redes sociais, e principalmente casos em que, principalmente nas sociedades ocidentais, as mesmas se tornaram mais dinâ-

²⁹ Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”..., p. 874.

³⁰ Vide SALLY ENGLE MERRY, “*Legal Pluralism*”..., p. 872, e demais referências aí indicadas.

³¹ Vide CHRIS FULLER, *Legal Anthropology: Legal Pluralism and Legal Thought*, in *Anthropology Today*, Vol. 10, No. 3, 1994, p. 10.

micas e diferenciadas, criando aquilo a que o meu professor chama *pluralismo étnico-cultural*³².

Assim considerado, o pluralismo jurídico pode ser virtualmente encontrado em quase todas as sociedades, uma vez que a relação é estabelecida entre o Direito oficial e outras ordens normativas da sociedade, estando estas últimas sempre dependentes daquela, no sentido de lhe deverem conformidade. Neste caso, já não teríamos uma influência mútua entre duas ordens normativas de origem diferente, mas sim formas diversificadas de ordenação dentro de um quadro macro de ordenamento liderado pelo Estado.

Esta distinção entre o pluralismo jurídico clássico e o novo pluralismo jurídico, não levanta questões de preponderância entre um e outro, mas levanta muitas questões práticas relativas à aplicação das normas. Por exemplo, e como já referenciamos acima, a forma como surge o pluralismo jurídico europeu leva a que até certo ponto as decisões emanadas pelo tribunal das comunidades sejam rejeitadas, por se considerar aquela como uma fonte não legítima de criação do Direito. Por outro lado, a aplicação do Direito positivo tem assistido a uma cada vez maior reclamação, principalmente nos países outrora colonizados, de uma maior aplicação do Direito Consuetudinário baseado no costume. Deste modo, e por esta razão, assiste-se nos dias de hoje uma cada vez maior necessidade de reestruturação das diferentes ordens normativas, sejam elas de países colonizadores ou colonizados, que não aceitam facilmente valores que de alguma forma possam ter sido impostos, por via do Direito positivo, sem que reflectam na totalidade os valores prezados como relevantes nessas mesmas sociedades.

2. Pluralismo jurídico nos seus diversos níveis (local, nacional, transnacional)

O Direito e as instituições jurídicas, ou legais, constituem ou significam coisas diferentes para povos ou pessoas diferentes. Algumas

³² Vide A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., modif., 2009, p. 28.

vezes há tensões entre ordens normativas locais e centrais, tal como há diferenças entre o conceito de legalidade estatal e indígena.

Hoje em dia, mesmo em Estados que não tenham sido colonizados, o Direito encontra-se profundamente pluralizado. O pluralismo pode neste caso surgir, por exemplo, por via da incorporação do Direito indígena ou do Direito de comunidades imigrantes (e neste caso o exemplo comumente usado é o de movimento de imigrantes ilegais e refugiados que criam bolsas de *legalidades alternativas* dentro de grupos que não consigam obter a cidadania nos Estados nos quais habitam), da mesma forma que a privatização incrementou o recurso a formas de governação não-estatais, que se estendem desde mecanismos judiciais internos dentro das organizações à existência de políticas internas de exercício e controlo de actividades dessas instituições. Da mesma forma, a expansão de mecanismos alternativos de resolução de disputas obrigou a uma diversificação dos procedimentos jurídicos existentes e as soluções aplicáveis aos diversos casos. Assim, esta interação entre fontes normativas não-estatais com as fontes formais estatais acaba alterando o universo jurídico, criando o já referido pluralismo.

Por outro lado, o factor globalização é também um dos motivos da existência do pluralismo jurídico, com vários Estados a importarem normas contidas em Direitos alheios ao seu próprio Estado, com vista a adequar situações decorrentes de um maior intercâmbio entre as comunidades da sociedade moderna³³. Aliás, tal como é actualmente defendido, este retomar do estudo do pluralismo jurídico, que surgiu a partir dos anos 50 do séc. XX na Antropologia Jurídica, “para descrever a situação do Direito nas colónias e, mais tarde, nos estados pós-coloniais, em que, ao lado do Direito oficial do colonizador, se manifestava, com grande pujança, um variado complexo de Direitos

³³ A este fenómeno Sally Engle Merry chama *transferências jurídicas*. Vide SALLY ENGLE MERRY, *Colonial and Post Colonial Law* (artigo em posse do autor). Segundo ainda a mesma autora, o sistema jurídico global está a expandir-se quanto ao escopo, assistindo a um alargamento do direito internacional de uma situação em que apenas regulava o comércio e as relações que se estabeleciam entre os estados, para uma situação de regulamentação de situações entre os cidadãos e os seus estados, relações económicas, o meio ambiente, a integridade cultural de povos indígenas e o *status* de populações vulneráveis como minorias raciais, mulheres e crianças. *Idem*.

indígenas, os quais escapavam quase completamente à direcção ou tutela do aparelho jurídico oficial”³⁴, tem como principal factor a necessidade de aproveitar o pluralismo jurídico como ponto de partida para “pensar a combinação das ordens jurídicas nacionais e comunitárias no âmbito da União Europeia”³⁵.

Por isso mesmo, é necessário perceber, tal como explica Sally Engle Merry, os ricos e diversificados e muitas vezes contraditórios sistemas de Direito que coexistem a nível local, nacional e internacional, que inclui normas globais sobre a regulação do comércio, direitos laborais e regimes jurídicos sobre a protecção dos direitos humanos (e neste particular o exemplo da criação de tribunais especiais para o julgamento de casos de genocídio e outros crimes contra a humanidade, a exemplo da jugoslávia e ruanda).

3. A Codificação de Usos e Costumes em Moçambique no Século XIX – inícios do século XX

Numa perspectiva pós-colonial, as regras reconhecidas e aceites pelos colonizadores eram geralmente designadas como Direito Costumeiro. Para Martin Chanock, o Direito costumeiro não é somente fruto das práticas locais que derivam de um passado não alterado, mas produto da interacção entre as potências coloniais e vários outros grupos dentro do Estado colonial³⁶. Este argumento aproxima-se ao ponto de vista de Francis Snyder, para quem o Direito Costumeiro foi criado no contexto colonial, muitas vezes por aconselhamento dos administradores coloniais³⁷, que com base nos costumes existentes,

³⁴ A. M. HESPAÑA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., modif., 2009, p. 65.

³⁵ A. M. HESPAÑA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., modif., 2009, p. 68.

³⁶ Vide MARTIN CHANOCK, *Law, custom and Social Order: The colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, citado por SALLY ENGLE MERRY, *Colonial and Postcolonial law*, p. 573.

³⁷ Vide Francis Snyder, *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*. London: Academic Press, citado por SALLY ENGLE MERRY, *Colonial and Postcolonial law*, p. 573.

inventaram e ou redefiniram regras que pudessem acomodar as novas circunstâncias derivadas do colonialismo.

Com a codificação dos diversos costumes, e consequente surgimento deste novo Direito, aplicável aos nativos, uma questão interessante de reflexão é saber se faz sentido continuar a chamar as normas contidas nesses Códigos de normas de Direito Costumeyro, uma vez que foram já positivadas (no sentido de terem sido transformadas em escrito e serem materialmente existentes), apesar de a sua aplicação, isto é, a aplicação das normas concretas de tais códigos ser direccionada a povos nativos. Por outro lado, e considerando que houve uma codificação dos costumes, se estaremos numa daquelas situações em que o costume deixou de facto de existir e passou a fazer parte do Direito positivo, apesar de aplicável sómente a certo grupo? Questionamos igualmente se não estaríamos, neste caso, naquelas situações em que o Direito positivo extingue o Costume?

Houve uma tentativa de dar respostas a estas questões quando em 1954 foi feita uma distinção pelo legislador colonial entre normas costumeiras não codificadas (ou não compiladas) e as normas costumeiras codificadas (ou compiladas) usadas para a tomada de decisões. No caso de aplicação do Direito Costumeyro oral, a disputa tinha que ser resolvida de acordo com as ‘práticas nativas’; Nos outros casos, referentes às normas codificadas, as regras do Direito processual oficial é que deviam ser seguidas. Esta situação criou uma diferenciação acentuada a nível da aplicação da lei, que era totalmente estranha às ideias africanas³⁸.

E percebe-se que assim tenha sido! Para começar, o Direito Costumeyro é um Direito não escrito. E, como é sabido, o “costume” são normas de conduta (comumente aceites e com convicção de obrigatoriedade) e não normas jurídicas (escritas), porque são em princípio mutáveis de acordo com o tempo, o espaço e por vezes, com as circunstâncias. E este Direito Costumeyro é o conjunto de normas jurídicas derivadas de grupos sócio-políticos, como um todo, e não algo derivado de um grupo politicamente superior, de um jurista profissional,

³⁸ Vide NAIRANA COISSORO, *African Customary Law in the Former Portuguese Territories, 1954-1974*, 28 *Journal of African Law*, 72, 1984, p. 72.

de um tribunal, ou de uma outra classe da sociedade investida com o poder de fazer o Direito³⁹.

Por outro lado, como bem referem T.W. Bennet e T. Vermeulen, devido à característica de flexibilidade e generalidade das normas de Direito Costumeiro, o redactor do Código dos costumes tem sempre muita dificuldade em seleccionar as regras que serão reproduzidas no código e expressá-las com a sensibilidade necessária para espelhar com precisão a maneira como as mesmas funcionam⁴⁰, de modo a evitar uma *visão essencialista dos costumes*, como aconteceu nalgumas sociedades coloniais e pós-coloniais africanas⁴¹. Para tal, um profundo conhecimento do meio social no qual as normas operam deve preceder qualquer tentativa de descrição das normas do Direito Costumeiro em causa⁴², o que não nos parece que tenha acontecido no caso Moçambicano, em que as regras eram “compiladas” por vários intervenientes no processo, desde militares (capitães), administradores e outros funcionários públicos, em resposta às exigências da administração colonial, que muitas vezes estabelecia prazos de entrega de relatórios e questionários que visavam obter um conhecimento das normas costumeiras que não permitiam o devido estudo circunstanciado de tais costumes.

Mais ainda, como referem T. W. Bennet e T. Vermeulen, as normas costumeiras reduzidas a escrito podem sofrer uma alteração no momento da sua aplicação, em consequência do exercício de interpretação feita pelo aplicador dessas mesmas normas. Deste modo, essa alteração pode implicar um desrespeito das normas costumeiras

³⁹ Sobre os riscos de se correrem ao se substituir o povo na tarefa de criar Direito e as várias implicações daí decorrentes, vide A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.^a ed., modif., 2009, p. 94.

⁴⁰ Vide T. W. Bennet e T. Vermeulen, *Codification of Customary Law*, Journal of African Law, Vol. 24, No. 2, 1980, p. 217.

⁴¹ Vide Winifred Kamau, *Law, Pluralism and the Family in Kenya: Beyond Bifurcation of Formal Law and Custom*, 23 Int'l J. L. & Pol'y & Fam., 2009, p. 134.

⁴² Idem, observando que vários métodos devem ser seguidos neste exercício, nomeadamente consultas com as autoridades tradicionais, observação directa dos julgamentos feitos pelas mesmas autoridades; mas mesmo assim há sempre a dificuldade de distinguir regras jurídicas de regras não jurídicas.

codificadas⁴³, facto que assistimos no caso Moçambicanos, uma vez que códigos houve cuja aprovação foi feita vários anos após a sua elaboração.

Entretanto, resulta claro que o costume suporta o Direito, sendo os elementos do costume apropriados e transformados por aquele, à imagem e fins que se querem e melhor adequam a cada sociedade.

Do ponto de vista jurídico-administrativo, o tipo de organização colonial que os portugueses primeiramente adoptaram em Moçambique foi o das capitanias. O sistema das colónias de governo e administração directa, em que o Estado desenhava toda a hierarquia administrativa, além de fundar a ordenação político-jurídica destinada a reger os destinos da colónia só foi introduzido muito mais tarde. Na verdade, a potência colonial Portuguesa começou por criar protectorados, por via da celebração de tratados com as autoridades indígenas, através dos quais se comprometia a proteger essas autoridades indígenas contra os perigos internos e as ameaças externas. Desse modo, foram reconhecidas as instituições indígenas, mas Portugal reservava para si próprio a faculdade de poder exercitar nesses territórios uma actividade colonizadora. Esta foi, sem margens de dúvidas, uma das primeiras e principais formas de aceitação e introdução de normas nativas no contexto colonial Moçambicano.

Daí que durante largo tempo, a administração de Moçambique pertenceu à figura do capitão que possuía plenos poderes políticos e militares em todas as feitorias e assentamentos da colónia.

O capitão de Moçambique, no concerto da nossa estrutura político-colonial, obedecia ao Vice-Rei de Goa. Uma situação de dependência em relação à Índia que perdurou até 1752, altura em que um diploma pombalino autonomizou juridicamente o governo de Moçambique, cortando os laços a Goa. De um só golpe, instituiu-se também o regime dos governadores-gerais, subordinados ao controlo directo de Lisboa.

Desta forma, o Direito foi, sem dúvidas, um dos maiores sistemas institucionais usados no Séc. XIX para expandir o capitalismo e o

⁴³ Vide T. W. Bennet e T. Vermeulen, *Codification of Customary Law*, Journal of African Law, Vol. 24, No. 2, 1980, p. 211.

controle sobre as potências coloniais que exerciam o seu domínio em África, Ásia e no Pacífico. Era com base no direito vigente que se estabeleciam os contratos laborais que garantiam a existência de uma mão-de-obra fiel e disciplinada. Na verdade, como apontam alguns autores, o Direito ajudou a inculcar ideais Europeus de trabalho, tempo, propriedade, débito, individualismo, direitos, disciplina pessoal e sexualidade⁴⁴.

Todavia, o poder colonial foi, em muitos casos, uma instância essencialmente passiva, usada para fins que eram prosseguidos pelos próprios colonos⁴⁵ e noutras situações é apontado um papel activo por parte das populações nativas que concediam às instâncias judiciais do colonizador um papel que ele mesmo não se tinha concedido, que até não tinha desejado⁴⁶.

Por outro lado, as regras jurídicas africanas foram muitas vezes toleradas, como uma forma de garantir a paz pública colonial, ou como condição necessária para a boa prossecução da soberania colonial portuguesa além-fronteiras⁴⁷. Aliás, sempre que os sectores da população nativas consideradas “capazes” de fazer jogar a seu favor as ambiguidades jurisdicionais criadas pela presença europeia, os poderes coloniais eram obrigados a clarificar o âmbito das suas jurisdições, incluindo-a

⁴⁴ Vide SALLY ENGLEMER, *Colonial and post Colonial Law, ob.cit.*, p. 573.

⁴⁵ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t. II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁴⁶ Havia um interesse por parte das estruturas coloniais em reconhecer os Direitos e autoridades judiciais nativas nos primeiros tempos da colonização Europeia (e desta forma afasta-los das leis e tribunais coloniais), devido a razões como a “economia dos custos da Administração, o desejo de não suscitar a hostilidade das comunidades nativas ou a evocação do contraste entre um Direito Europeu complexo e doutrinalmente muito bem elaborado e o ‘primitivismo’ das comunidades nativas”. Neste sentido, vide T.W.Bennet, *Conflict of Laws: The application of customary Law and the Common Law in Zimbabwe*, in The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 30, n.º 1, 1981, p. 59, citado por CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁴⁷ Vide NAIRANA COISSORO, *African Customary Law in the Former Portuguese Territories, 1954-1974*, 28 Journal of African Law, 72, 1984, p. 72.

ou reconhecendo a sua *alteridade jurídica* por via do reconhecimento da legitimidade dos seus próprios foruns, ou ainda por via da inclusão em termos igualitários no âmbito do Direito Colonial⁴⁸.

Apesar das fortes restrições impostas quanto ao uso do Direito Costumeiro, muitos dos actos e práticas das autoridades tradicionais não foram reprimidas, o que retirava a ilegalidade de algumas situações (como a poligamia). Por outro lado, como muito bem referem T. W. Bennet e T. Vermeulen, o “Direito” dos povos africanos reflecte a cultura tradicional africana, enquanto os sistemas jurídicos Europeus importados reflectem valores e atitudes Europeias⁴⁹ pelo que muitas vezes e por este motivo o Direito Colonial era de difícil aplicação, de tal forma que em casos de conflito entre o Direito oficial e o Direito nativo, os juízes portugueses decidiam com base na equidade, havendo apenas um afastamento do Direito Costumeiro “quando fossem claramente contrárias a uma ‘consciência sã’ ou aos ‘ditames da humanidade’”⁵⁰. O uso de instituições tradicionais era também uma forma de administração, apesar de a autoridade colonial continuar como a verdadeira autoridade, num sistema centralizado e autoritativo.

Entretanto, algumas vezes o sistema jurídico colonial teve que recorrer à participação das populações nativas para implantar a sua hegemonia, fazendo com que os nativos recorressem aos tribunais oficiais para obterem soluções jurídicas a partir de versões divergentes do seu direito tradicional. Desta forma, o apelo às instâncias coloniais, às quais se reconhecia um certo poder de arbitragem, ajudou a consolidar a sua autoridade, uma vez que ao reforçar ou atenuar as distinções

⁴⁸ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t. II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁴⁹ E neste particular, os autores referem ao facto de a independência dos países africanos os terem dado, nessa altura, a oportunidade de diminuir a influência do Direito Europeu recebido como legado da ocupação colonial, por via de famosos movimentos que ficaram conhecidos como a “africanização do direito” ou “doutrina da negritude”. Para mais desenvolvimentos vide T. W. Bennet e T. Vermeulen, *Codification of Customary Law*, in Journal of African Law, Vol. 24, No. 2, 19980, p. 206.

⁵⁰ Vide NAIRANA COISSORO, *African Customary Law in teh Former Portuguese Territories, 1954-1974*, 28 Journal of African Law, 72, 1984, p. 72.

entre as diversas comunidades, acentuava-se o lugar hegemónico do poder colonial⁵¹.

Desta forma, o pluralismo jurídico em meios coloniais toma uma nova feição, tornando-se num “projecto no qual o Estado colonial se assumiu como pólo ordenador da diversidade, com a correspondente ‘missão’ de fixar não apenas as regras reguladoras do funcionamento dos sistemas jurídicos plurais, como também os estatutos das populações neles envolvidas, face a ordem jurídica hegemónica”⁵².

Todavia, foi sempre ocultada nos documentos legislativos oficiais a necessidade de negociação e acomodação mútuas das regras costumeiras com as do Direito Colonial, tal como foi ocultado o conflito de insubordinação entre os sistemas jurídicos nativos e seus agentes e os poderes coloniais. Estes procuraram “confinar em espaços próprios” e, sempre que possível, “controlar” os sistemas nativos, dando-os uma forma mais próxima das formas jurídicas europeias, por um lado, e colocando nas mãos de juizes e administradores coloniais a aplicação das suas normas, por outro⁵³.

É neste processo que se inscreve a codificação dos usos e costumes dos povos de Moçambique, que tinha como um dos objectivos “fixar as regras e princípios dos Direitos nativos, para que não houvesse abusos nem arbítrio na sua aplicação”⁵⁴.

Uma das características do governo colonial Português foi a de classificar as suas colónias como parte integrante do seu território, fazendo por isso neles aplicar os grandes diplomas legislativos que iam sendo aprovados na metrópole, no parlamento metropolitano, tais

⁵¹ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁵² Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁵³ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁵⁴ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

como o Código Civil. Entretanto, a par da introdução de tais normas, que tinham em vista “pôr termo à desigualdade dos cidadãos de além-mar de continuarem sujeitos a uma legislação civil diferente da que vigora no continente do Reino”, e reconhecendo a existência de populações que se regiam por normas de Direito privado substancialmente diferentes do direito codificado no Código Civil, por serem realidades pré-existentes, ressaltou-se pelo Decreto que introduziu o Código Civil nas colónias que “ficavam ressaltados os usos e costumes das populações nativas”. Assim, “face à vigência universal do código, tais usos e costumes, apesar de serem ‘nativos’, passaram então à categoria de Direitos ‘estrangeiros’, que vigorariam apenas na parte ultramarina do território nacional”⁵⁵.

Para o caso de Moçambique, foram oficialmente reconhecidos o direito civil das populações hindus, muçulmanas e “gentias”, que foram subsumidos à categoria de usos e costumes nativos⁵⁶, tendo sido formalmente introduzidos nas colónias portuguesas pelo Acto colonial Adicional à Carta Constitucional da Monarquia⁵⁷, que previu igualmente a possibilidade de os mesmos serem administrados em tribunais especiais. O mesmo decreto conferia legalidade a situações híbridas que podiam ser diversas entre si. Aliás, as estruturas jurídicas africanas já tinham sido reconhecidas outrora, por via de *contratos de vassalagem* através dos quais algumas autoridades nativas africanas se ligavam à administração colonial portuguesa, e esta por sua vez se comprometia a respeitar os usos e costumes das comunidades⁵⁸.

⁵⁵ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁵⁶ Para uma descrição dos usos e costumes nativos introduzidos pelo governo colonial português nas suas colónias, vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁵⁷ Vide Colecção de decretos pelo Ministério dos Negócios da Marinha e Ultramar em virtude da Faculdade concedida pelo § 1 do Artigo 15.º do mesmo acto, Lisboa, Imprensa Nacional, 1870, p. 35.

⁵⁸ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t. II, 2004-2005, pp. 899-921.

Nalgumas situações, houve tentativas ou iniciativas quase particulares de codificação de usos e costumes⁵⁹, situações essas que nunca obtiveram reconhecimento oficial das autoridades portuguesas⁶⁰, trabalho este que, apesar do reconhecido mérito que está por detrás de tão ousada tarefa, ser claramente identificável como uma tarefa difícil, na medida em que “a codificação do Direito Costumeiro implica muito mais do que uma mera provisão de uma descrição escrita de regras não escritas existentes”⁶¹. De entre os códigos elaborados em Moçambique encontram-se o Código dos Milandos Inhambanenses e o Código Cafreal do Distrito de Inhambane⁶².

A elaboração do Código dos Milandos teve como móbil o facto de o governador-geral ter recebido várias queixas dos moradores do então Distrito de Quelimane contra o capitão-mor do referido distrito sobre a forma como o mesmo tomava decisões em “questões cafreais”, tendo nomeado por via da portaria n.º 166 de 12 de Maio de 1852 uma comissão que consultou os usos, práticas e “costumes cafreais”, para que a mesma propusesse um regulamento que servisse de futuro de norma para a decisão das questões cafreais.⁶³

⁵⁹ A referência que aqui fazemos da existência de “Códigos” nativos não deve ser entendida como o processo legislativo de imposição de normas no Estado, isto porque, por um lado, as normas contidas nos Códigos nativos, como referimos, eram alguns de iniciativa particular, e, por outro lado, porque os mesmos eram aplicáveis a determinados sectores das comunidades nativas, não tendo a intenção de rejuvenascer o sistema jurídico, actualizá-lo ou esclarecer dúvidas e ou incertezas e muito menos se tencionava estabelecer um novo sistema jurídico.

⁶⁰ Referindo que tais situações se situavam à margem da desejada unidade jurídica do território português, CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁶¹ Vide T. W. Bennet e T. Vermeulen, *Codification of Customary Law*, Journal of African Law, Vol. 24, No. 2, 1980, p. 211.

⁶² Para uma listagem completa dos códigos aprovados em Moçambique, vide Rui Mateus Pereira, “a Missão Etagnósica de Moçambique”. A codificação dos Usos e Costumes indígenas no direito colonial Português, Notas de Investigação, in Cadernos de Estudos Africanos, no 1, Julho/Dezembro, 2001, p. 129 e ss.

⁶³ RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etagnósica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177, nota 15.

Note-se, todavia, que desde meados do séc XIX que, e em resultado da dominância das correntes liberais que começou-se a perceber um conjunto de incompatibilidades entre o Direito Civil e Penal português e a sua realização nas colónias, junto das populações indígenas⁶⁴, que levou ao reconhecimento, por via do Decreto de 18 de Novembro de 1869, à introdução do Código Civil em Moçambique, cujo artigo 8.º previa a aplicação de usos e costumes indígenas desde que se não opusessem à moral e ordem pública instituídas atribuindo deste modo validade legal a todos estes usos e costumes, da mesma forma que mandava codificar ‘de imediato’ os que ainda não estavam codificados, sujeitando a sua vigência à conformidade com a ‘moral e ordem pública’⁶⁵.

A existência de códigos nativos tinha em vista primordialmente a prossecução de interesses coloniais, do que regulamentar o interesse dos povos nativos. Tal facto nota-se na justificação para a não aprovação do Código dos Milandos Inhambanenses, que tendo sido elaborado em 1852, continuava vários anos depois sem aprovação, “pello muito que ha n’elle de extravagante, de anachronico e immoral, sendo portanto um documento que nos envergonharia aos olhos d’aquelles que

⁶⁴ RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etagnósica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177.

⁶⁵ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n.ºs 33-34, t.II, 2004-2005, pp.899-921, que explica que “essa conformidade, por um lado, e o próprio desejo de codificar, por outro, permitem perceber que, como acontecia nos territórios coloniais de outros impérios, as ordens jurídicas que o Decreto de 1869 admitia que convivessem, no Ultramar, com o código civil, não eram percebidas como ordens apenas *diferentes* da metropolitana, nem as suas normas como *alternativa* equivalente ao ordenamento regido pelo código civil. Pelo contrário, surgiam como *ordens jurídicas inferiores* e, por isso, desejavelmente transitórias. Em primeiro lugar, porque o próprio acto de codificar envolvia a ideia de enquadrar, de dar forma a algo que não carecia dela. Mas, principalmente, porque o filtro da “moral” como condição de vigência dos usos e costumes transformava a codificação num instrumento de transformação intencional, e não apenas de ‘reprodução’ escrita de normas que vigoravam oralmente. Já o filtro da “ordem pública” remetia para a eliminação de normas que dificultassem a prossecução dos fins da colonização.” Idem.

pretendessem empregá-lo como arma de combate para depreciar os incessantes esforços empenhados por Portugal no justo propósito de civilisar os povos que na Africa lhe são avassalados”⁶⁶.

Como se depreende, se num momento inicial, e em consequência da norma constante do artigo 8.º do Código Civil havia um particular interesse na aplicação dos usos e costumes nativos, com fins de fazer uma plena justiça, a portaria atrás citada vem uma vez mais comprovar os vários desvios ao uso e aplicação do Direito Costumeiro para alcançar objectivos diversos da plena aplicação do direito e justiça. Aliás, como refere Rui Mateus Pereira, o Código dos Milandos Inhambanenses insere-se nesse esforço de contemporização que antecedeu os confrontos de ocupação efectiva, protagonizada pela geração dos centuriões de entre os quais se encontravam Mouzinho de Albuquerque e António Enes⁶⁷.

Esta situação ficou clara com a publicação do estudo de Joaquim d’Almeida Cunha que com base num questionário circunstancialmente etnográfico iniciado em Outubro de 1883 cujos resultados foram publicados em Janeiro de 1885, estabelecendo um quadro comparativo do Direito Consuetudinário de alguns grupos étnicos de Moçambique, que serviu de móbil para a publicação da Portaria provincial n.º 362, de 6 de Julho de 1886, que aconselhava a observância da máxima complacência com os indígenas, de forma a evitar resistências ou “paixões impetuosas e selvagens”, considerada a única via possível capaz de levar as populações colonizadas “ao caminho da submissão e obediência, da ordem e do dever, por meio de uma tutela salutar, exercida por autoridades locais, que, pela sua prudência e justo critério, saibam tirar partido das simpatias que temos sabido inspirar-lhes”⁶⁸.

Mais tarde, e em consequência da referida Portaria, por via da Portaria Provincial nr.º 144 de 01 de Março de 1907, Freire de Andrade ordena os capitães-mores, comandantes militares e administradores

⁶⁶ Citado em Código dos Milandos Inhambanenses (Litígios e Pleitos), 1889, Moçambique, Imprensa Nacional, pp. 8-9.

⁶⁷ Vide RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etnográfica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177, nota 15.

⁶⁸ Portaria Provincial nr. 362, de 6 de Julho de 1886.

de circunscrição a apresentarem relatórios etnográficos no prazo de quatro meses, a fim de se elaborarem os códigos indispensáveis ao julgamento de litígios e pleitos indígenas. Não deixa de saltar a vista a inclusão, neste grupo, de agentes do exército, tendo em conta que a tarefa de elaboração dos códigos surge no período de ressaca das campanhas de ocupação.

Mesmo assim, este prazo não foi cumprido, sendo o Código dos Milandos do Distrito de Inhambane o único apresentado dentro do prazo, e a razão apontada para este facto é o de este código ser uma versão de outros já existentes⁶⁹, adensando ainda mais as dúvidas e questionamentos sobre o processo de elaboração dos Códigos nativos, mais ainda se levamos em conta o facto de o Código Cafreal dos Milandos ter servido de matriz a uma grande parte das iniciativas produzidas no domínio da Codificação dos usos e costumes da colónia. Como refere Rui Pereira, o interesse em codificar os costumes nos inícios do séc XX “deveu-se à necessidade de assegurar a manutenção de um estatuto permanente – e, se possível, perene, – de inferioridade dos africanos colonizados, pois que, a não serem regulamentados esses usos e costumes, os africanos, enquanto cidadãos, poderiam sentir-se tentados a reivindicar regalias, direitos e deveres inscritos no Direito Civil e Criminal dos Europeus”⁷⁰.

E a comunidade colonial de então não fazia disto um segredo, pois como refere António Augusto Pereira Cabral, “é absurdo querer aplicar a pretos as mesmas leis pelas quais se regulam os brancos e tudo quanto há de mais absurdo e de pessimas consequências, para o futuro de uns e de outros. Ao Estado compete legislar, e ao branco, que por dever de ofício ou necessidade da sua ocupação tem que estar em contacto com o indígena, pertence-lhe fazer que o nosso domínio seja proveitoso, não odiada a nossa superioridade, trata-lo, enfim, com a

⁶⁹ Vide RUI MATEUS PEREIRA, A «*Missão Etognósica de Moçambique*». A codificação dos «*usos e costumes indígenas*» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177.

⁷⁰ Vide RUI MATEUS PEREIRA, A «*Missão Etognósica de Moçambique*». A codificação dos «*usos e costumes indígenas*» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177, nota 15.

equidade e justiça que um ente inferior merece de um outro, que lhe é e será sempre superior”⁷¹.

A integração do Direito Costumeiro no Direito formal, particularmente as formas como os sistemas jurídicos imperiais acomodaram, incorporaram e limitaram o direito religioso e ou tribal, é uma preocupação já antiga⁷².

Todavia, a “lei” codificada, tal como afirma Cristina Nogueira da Silva, não era a lei codificada dos modernos códigos Europeus – por não provirem de assembleias representativas da nação e por em muitos casos o seu conteúdo ser incompatível com os valores jurídicos que presidiram ao movimento codificador na Europa. Na verdade, “esta codificação dos usos e costumes confirmavam, em territórios não-europeus, as relações de poder, de autoridade e de dependência que o movimento codificador visava fazer desaparecer na Europa”⁷³.

A codificação dos usos e costumes locais não visava “democratizar” o conhecimento das normas jurídicas, já que essas normas eram escritas numa língua que a maior parte da população nativa desconhecia⁷⁴, por um lado, e por outro, apesar da concepção jurídica ibérica no período colonial já colocar as regras escritas acima das regras consuetudinárias (e isto acontecia mesmo quando se lidava com antigos costumes do reino, cuja licença para serem observados deveria, em tese, estar escrita) a idéia de um Direito eminentemente letrado não se vinculou necessariamente a posse ou a invenção de nenhum meio de impressão para uma sistemática divulgação das leis e nem mesmo a nenhuma intenção

⁷¹ Vide ANTÓNIO AUGUSTO PEREIRA CABRAL, *Raças, Usos e Costumes dos Indígenas do Districto de Inhambane*, Lourenço Marques, Imprensa Nacional, 1910 citado por RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etnográfica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177, nota 67.

⁷² Vide N. W. Barber, *Legal Pluralism and the European Union*, in *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, May 2006, p. 307.

⁷³ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

⁷⁴ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Codificação de Usos e Costumes na Doutrina Colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, no.s 33-34, t.II, 2004-2005, pp. 899-921.

de alfabetização daqueles que a este Direito deveriam submeter-se. A escrita e a leitura permaneceram fundamentalmente sob o domínio das “elites” dirigentes⁷⁵.

Assim, como um grande número de pessoas não tinha nenhum acesso à leitura, escrever e ler permanecia como um grande monopólio das elites. Desta forma, apesar de reconhecermos o importante papel da codificação das normas do Direito Costumeiro em prol da do cumprimento da missão civilizacional que era apontada ao movimento de codificação do costume, devemos afirmar que a missão civilizacional era subsidiária em relação ao objectivo principal que era o de acentuar o poder colonial, que, aliás, tencionava usar a codificação dos costumes como mais uma arma para alcançar os seus intentos.

Por outro lado, a codificação das normas em Moçambique não foi fruto de trabalho que tenha permitido uma intervenção directa das comunidades nativas. Repare-se que muito mérito é dado a José Gonçalves Cota, eminente jurista e advogado da colónia, que elaborou o Projecto definitivo do Código Penal dos Indígenas da Colónia de Moçambique, e o Projecto definitivo do estatuto do Direito privado dos indígenas da colónia de Moçambique.

A preservação das normas costumeiras pelo regime colonial teve também como uma das razões a dificuldade de implantar instituições judiciais por todos o território, pois a implantação de tribunais acarreta custos elevados. E manter as regras costumeiras implicava igualmente manter os órgãos de execução das mesmas, as autoridades tradicionais, que para além da função de aplicação do Direito eram mais eficientes na cobrança de tributos, por um lado, e por outro, mantê-los como autoridades tradicionais permitia que os mesmos se mantivessem longe das estruturas políticas e administrativas coloniais.

Uma ilustração clara do que acabámos de referir é o facto de o Código dos Milandos ter sido posteriormente submetido, em Agosto de 1927, pela direcção dos Serviços dos Negócios indígenas, para apreciação superior, tendo o parecer do Tribunal da relação de Moçambique

⁷⁵ ANA PAULA CORRÊA THEDIN, *Direitos Escritos numa Terra sem Livros*, Panóptica, Vitória, ano 1, n. 9, jul. – ago., 2007, p. 150-165. Disponível em: <http://www.panoptica.org>, acesso em 02.12.09

dado como ilegal o projecto do Código dos Milandos, que lhe fora remetido, fundamentando-se no facto de aquele projecto pretender “submeter ao mesmo regimento jurídico os indígenas de toda a colónia, unificando os usos e costumes e criando talvez novos costumes, o que vai decerto retardar o progresso e criar certas perturbações na vida doméstica dos indígenas”, sendo esta mais uma prova do facto de os códigos antigos elaborados em Moçambique terem tido muitos preconceitos e tendências discriminatórias, pouco rigor na sua elaboração, sendo legítima a preocupação do Tribunal da Relação de Moçambique tanto em relação aos pressupostos de elaboração de tais códigos, assim como na possível eficácia dos mesmos⁷⁶. Aliás, achamos não ser exagerado afirmar que o insucesso desta codificação dos costumes da colónia de moçambique pode ter tido a sua principal causa na forma como os mesmos foram pensados e elaborados, uma vez que não estavam reunidas as condições materiais que garantissem a sua eficácia.

Aliás, julgamos que o facto de a colónia e respectivos administradores terem tido muitas dificuldades em elaborar os códigos não se deva tanto à ociosidade dos administradores incumbidos de elaborá-los que tanto se propalou (pode até haver aqui uma dose de verdade), mas na dificuldade em engendrar e construir o método adequado de codificação dos hábitos e costumes, que deviam ter *a priori*, pressupostos mais racionais, não deixando dúvidas de que a codificação dos usos e costumes indígenas (a par das práticas repressoras) tinham em vista primordialmente sancionar legalmente todo o sistema de dominação colonial, legitimando-o.

⁷⁶ Esta falta de rigorosidade dos códigos antigos produzidos pelas autoridades portuguesas pode ter tido a sua causa numa lacuna da primeira constituição da República Portuguesa, a de 1911, que previa que no parágrafo 3 do art. 3.º que “a República Portuguesa não admite privilégios de nascimento”. Conforme explica Rui Pereira, este dispositivo, aplicado ao contexto colonial, poderia significar a ausência de qualquer atitude discriminativa para com os indígenas, não lhes conferindo, igualmente, quaisquer direitos especiais. Deste modo, ao não assumir esta alteridade jurídica em relação aos indígenas, estes ficavam na situação de desigualdade precária prevista nos códigos e que era cimentada por uma constituição já de si desfavorável.

Houve uma tentativa de correção desta situação quando mais tarde, João Belo, Primeiro-Ministro do Estado Novo formulou o primeiro Código do Indigenato, o Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas, aprovado pelo Decreto 12 533, de 23 de Outubro de 1926⁷⁷, que procurou corrigir uma série de erros, tais como a necessidade de individualização da pena quanto aos réus indígenas, prevendo que enquanto não fosse publicado um código penal “adequado” a tais réus, se atendessem as do código penal metropolitano de 1886, “tendo porém, na devida atenção o estado e civilização dos indígenas e seus costume”⁷⁸.

Tal veio de facto a acontecer com a publicação do novo “Estatuto Civil, Político e Criminal dos Indígenas”, aprovado pelo Decreto n.º 16 473, de 6 de Fevereiro de 1929, publicado em Moçambique no Boletim Oficial n.º 11, uma vez que tal como estavam as coisas anteriormente, as decisões judiciais não só eram arbitrárias como também injustas, o que levou, em última instância, muito mais tarde, concretamente em 1941, fosse nomeada pelo então Governador-Geral da Colónia de Moçambique uma “Missão Etognósica da Colónia de Moçambique”, que tinha como objectivo “proceder in loco e relativamente a cada um dos grupos étnicos diferenciados, a investigações conscienciosas do direito, da moral e mentalidade das populações aborígenes”, e deste modo lançar as bases jurídico-etnológicas para um direito civil e penal indígena adaptado aos “usos e costumes” dos povos nativos⁷⁹.

Como se depreende, apesar de haver um interesse de fazer jus ao art. 8.º do então Código Civil, havia ainda muitos receios em aplicar de facto o direito costumeiro, com fundamento na boa figura que se poderia fazer de Portugal, neste caso, em detrimento da aplicação de uma plena justiça a favor das comunidades locais, deixando a nú a

⁷⁷ Publicado em Moçambique no Boletim oficial nr. 48, de 27 de Novembro de 1926.

⁷⁸ Vide art. 11 do Decreto nr. 12 533, de 23 de Outubro de 1926, que introduziu o “Estatuto Civil, Político e Criminal dos Indígenas”.

⁷⁹ Para mais desenvolvimentos, vide RUI MATEUS PEREIRA, *A «Missão Etognósica de Moçambique»*. *A Codificação dos «Usos e Costumes Indígenas» no direito Colonial Português*, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177, nota 15.

forma titubeante e contraditória em que se situava o pensamento e a acção colonial na segunda metade do Séc XIX⁸⁰, contrariando desta forma o pressuposto de que a justiça seria uma aplicação rigorosa do Direito que deveria resultar da natural “índole” dos povos, das suas próprias tradições, vida social, economia e grau de civilização, tal como determinou o legislador do decreto de 1869, ao prever a “codificação dos usos e costumes indígenas”⁸¹, e deixando a nú “a incúria, desleixo e desmotivação da administração local em levar avante o projecto da metrópole”, por um lado, e por outro, deixando transparecer, nos trabalhos de codificação, “quadros etnográficos cheios de lacunas e com vastas manchas do mapa em branco, além de perpassados por juízos de valor etnocêntricos absolutamente caricatos, revelando uma atitude descriminativa que era a “essência do próprio colonialismo”⁸².

Outras razões que estiveram por detrás do insucesso dos códigos nativos Moçambicanos têm a ver com a existência de uma estrutura administrativa unificada do território. Como refere Rui Mateus Pereira, “as imprecisões na designação de etnónimos são por demais óbvias e a inscrição geográfica dos grupos étnicos, bastas vezes, deixam-se deslocar centenas de quilómetros. Por aí se pode perceber como superficial era o conhecimento etnográfico da colónia, após ¾ de séculos de investidas legislativas, no sentido do conhecimento dos ‘usos e costumes’, intenções logradas não só pelo desleixo, pela incúria, e pela desorganização administrativa e política mas também pela leitura que os agentes da colonização, no terreno, faziam dos propósitos dessas disposições legislativas”⁸³.

⁸⁰ Vide RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etognósica de Moçambique». A Codificação dos «Usos e Costumes Indígenas» no direito Colonial Português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177.

⁸¹ Alínea a) do art. 8.º do Decreto de 18 de Novembro de 1869.

⁸² Vide RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etognósica de Moçambique». A Codificação dos «Usos e Costumes Indígenas» no direito Colonial Português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177.

⁸³ Vide RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etognósica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177.

Apesar de as normas costumeiras teoricamente terem sido codificadas espelhando a realidade dos povos, o facto de as mesmas estarem, na altura, subordinadas ao Direito ocidental levou a que, de alguma forma, as normas costumeiras perdessem a sua identidade, como se provou mais tarde ao se aprovarem o Código de Indiginato e o Estatuto do Indígena, se considerarmos o pensamento doutrinal que os fundamentou, como sendo “codificação cuidadosa e continuada dos usos e costumes locais expurgados dos castigos selvagens ou admitindo-os com modificações que suprimam a sua barbaridade”⁸⁴.

No relatório do ministro que antecede o Decreto n.º 12 533 de 26 de Outubro de 1926, que estabelece o Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas, lê-se

“...viu-se cada vez mais que o fim geral da civilização apenas seria conseguido por uma organização que atendesse às próprias condições de existência do indiginato (...) Não se atribuem aos indígenas, por falta de significado prático, os direitos relacionados com as nossas instituições constitucionais. Não sabemos a sua vida individual, doméstica e pública, (...) às nossas leis políticas, aos nossos códigos administrativos, civis, comerciais e penais, à nossa organização judiciária. Mantemos para eles uma ordem jurídica própria do estado das suas faculdades, da sua mentalidade de primitivos, dos seus sentimentos, da sua vida, sem prescindirmos de os ir chamando por todas as formas convenientes à elevação, cada vez maior, do seu nível de existência”.

Todavia, a criação de normas (códigos) aplicáveis às populações nativas pode ter sido fruto das várias críticas feitas por relatórios de governadores, de militares e de ministros, e também da literatura académica, que apontavam como um dos principais defeitos do regime colonial o de “converter os indivíduos nativos em cidadãos, subme-

⁸⁴ Vide EDUARDO DA COSTA, *Estudo Sobre a Administração Civil das Nossas Possessões Africanas*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1903, p. 164, citado por RUI MATEUS PEREIRA, A «Missão Etnográfica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *Cadernos de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001, pp. 126-177.

tendo-os a um regime jurídico-político que não podiam compreender e conferiam-lhe direitos que eram incapazes de compreender e exercer”⁸⁵.

E talvez a tentativa de correção dos erros e assimilação positiva das críticas tenha levado aos exageros assistidos na última fase de codificação das normas nativas em Moçambique. Deste modo, porque prevalecia a ideia de que não se podia igualar os homens, e por isso mesmo ser necessário resgatar valores próprios dispersos por custa da implantação obrigatória de um regime assimilacionista e com vista a tornar homogêneas as condições de existência dos indivíduos, indo de encontro àquilo que a minha professora chama “fundo próprio de um povo, que deve servir de alicerce à sua civilização” de forma a não “contrariar as tendências naturais da humanidade”⁸⁶, tenha levado o legislador a alguns exageros.

Daí que, não tendo os indivíduos nativos sido sujeitos, no regime colonial português, ao direito metropolitano⁸⁷, condicionou-se a possibilidade de os nativos acederem à cidadania europeia a sua sujeição à justiça e aos códigos Europeus, sendo o próprio acto de fazer códigos de “usos e costumes” descrito como um meio de impulsionar essa mudança⁸⁸, o que mostra claramente a multiplicidade de interesses que se visava com a codificação dos usos e costumes nativos

Conclusão

Com a expansão das conquistas militares e aquisição de colónias pelas maiores potências coloniais Europeias durante os Séc.s XVIII e XIX, verificou-se uma expansão do Direito Colonial Europeu para

⁸⁵ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Modelos Coloniais no Séc. XIX (França, Espanha, e Portugal)*, In E-legal History Review, no. 7, 2009, p. 7.

⁸⁶ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Modelos Coloniais no Séc. XIX (França, Espanha, e Portugal)*, In E-legal History Review, no. 7, 2009, p. 8.

⁸⁷ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Modelos Coloniais no Séc. XIX (França, Espanha, e Portugal)*, In E-legal History Review, no. 7, 2009, p. 26.

⁸⁸ Vide CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Missão civilizacional e Codificação de usos e costumes na doutrina colonial Portuguesa (séculos XIX-XX)*”, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n.º 33-34, t II, 2004-2005, pp. 899-921.

várias regiões Ásia, África, Austrália e Américas. E, porque o colonialismo dos Séc.s XVIII e XIX teve uma expansão de recursos (comércio) e rotas de trocas comerciais maior do que a esperada, as potências coloniais preferiram acomodar ao invés de substituir completamente o direito indígena existente em tais sociedades.

O *imperialismo jurídico* impôs universalmente o seu Direito sempre que, nos seus locais de influência ou dominação, a ordem ou a estabilidade civil pudessem ser postas em causa, ou ainda sempre que a penetração económica, as questões da posse da terra, as questões referentes a trocas comerciais ou ainda, e mais importante, sempre que a sua autoridade e poder pudessem estar ameaçados pela invocação do Direito indígena.

Todavia, isto não significou uma perpétua aplicação das normas indígenas. Na verdade, após a conquista de territórios, regra geral seguia-se a imposição do Direito do conquistador, que era imediatamente seguida pela substituição das elites políticas, administrativas e ou judiciais indígenas, até que um indígena subserviente fosse treinado para assumir tal papel, nos moldes ocidentais. Assim, enquanto o direito indígena não constituísse ameaça aos objectivos dos conquistadores, sistemas dualistas ou ainda de pluralismo jurídico eram permitidos, sendo o direito indígena considerado secundário.

Deste modo, e no caso concreto Moçambicano, a potência colonial impôs as suas leis em detrimento das regras locais, incorporando todavia algumas regras costumeiras locais desde que não fossem “repugnantes para a justiça natural, bom senso e equidade”, ou ainda “inconsistentes com normas escritas”.

Entretanto, e porque a sociedade jurídica colonial por ser plural estabeleceu a existência de normas aplicáveis a diferentes grupos, tal situação criou, muitas vezes, uma série de problemas complexos, tal como a necessidade de decidir quando é que certas normas serão aplicadas a cada caso, transacção ou conflito, a que grupo em concreto cada indivíduo pertence, e como é que um indivíduo pode trocar as normas sob cuja tutela se encontra (como era o caso dos assimilados em Moçambique, que podiam optar entre estar sob normas locais ou de direito formal), sobre que opção em relação às regras aplicáveis entre pessoas de grupos diferentes, e a definição das situações, par-

tualmente de Direito da Família, e em que áreas geográficas cada subgrupo de normas deve ser aceite.

Todos estes factores, conjugados com a já discutida realidade de existência de Códigos de Direito Costumeiro que tinham em vista primordialmente a prossecução de interesses coloniais, do que regulamentar o interesse dos povos nativos, no sentido de assegurar a máxima complacência com os indígenas, de forma a evitar resistências e garantindo deste modo a submissão e obediência, leva-nos a concluir que de facto o interesse em codificar os costumes em Moçambique nos inícios do séc XX tinha em vista assegurar a manutenção de um estatuto permanente – e, se possível, perene, – de inferioridade dos africanos colonizados, pois que, a não serem regulamentados esses usos e costumes, os africanos, enquanto cidadãos, poderiam sentir-se tentados a reivindicar regalias, direitos e deveres inscritos no Direito Civil e Criminal dos Europeus.

Assim, apesar de reconhecermos o importante papel civilizacional da codificação do Direito Costumeiro, não deixamos de afirmar que a missão civilizacional era subsidiária em relação ao objectivo principal que era o de acentuar o poder colonial, que, aliás, tencionava usar a codificação dos costumes como mais uma arma para alcançar os seus intentos, razão pela qual o movimento codificador foi eivado de fracasso, por um lado, e, por outro, o facto de a preservação das normas costumeiras pelo regime colonial ter tido dificuldades de implantar instituições judiciais por todos o território colonial Moçambicano, e por isso ter recorrido, sem critérios, à codificação de normas aplicáveis aos nativos, de forma precipitada e anacrónica.

Deste modo, a falta de capacidade de engendrar e construir o método adequado de codificação dos hábitos e costumes, que deviam ter *a priori*, pressupostos mais racionais, é que levou ao reduzido sucesso do movimento de codificação dos usos e costumes indígenas, porque, afinal, o Direito tem a capacidade cultural de construir categorias, regras e modos de entender as coisas que modelam a forma como as pessoas olham para o mundo e como pensam que se devem portar, de maneira que o poder do direito reside na própria cultura e consciência das pessoas, que só a ele se submetem quando este mesmo direito é consentâneo com a própria realidade.

BIBLIOGRAFIA

- Bennet T. W., e Vermeulen, T., *Codification of Customary Law*, Journal of African Law, Vol. 24, No. 2, 1980.
- BARBER, N. W., *Legal Pluralism and the European Union*, in European Law Journal, Vol. 12, No. 3, May 2006.
- Código dos Milandos Inhambanenses (Litígios e Pleitos), 1889, Moçambique, Imprensa Nacional.
- COISSORO, Nairana, *African Customary Law in teh Former Portuguese Territories, 1954-1974*, 28 Journal of African Law, 72, 1984.
- FULLER, Chris, *Legal Anthropology: Legal Pluralism and Legal Thought*, in Anthropology Today, Vol. 10, No. 3, 1994.
- GRIFFITHS, John, “*What is Legal Pluralism?*”, 24 Journal of Legal Pluralism, 1998.
- HESPANHA, A. Manuel, *Direito comum e direito colonial*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 95-116. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.
- HESPANHA, A. Manuel, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de Hoje*, Coimbra, Almedina, 2.^a ed., modif., 2009.
- KAMAU, Winifred, *Law, Pluralism and the Family in Kenya: Beyond Bifurcaion of Formal Law and Custom*, 23 Int’l J. L. & Pol’y & Fam., 2009.
- MERRY, Sally Engle, “*Legal Pluralism*”, in Law & Society Review, Vol. 22, n.º 22 (1988).
- NOGUEIRA DA SILVA, Cristina, *Codificação de Usos e Costumes na doutrina Colonial Portuguesa (Séculos XIX-XX)*, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, nr.s 33-34, t II, 2004-2005.
- PEREIRA, Rui Mateus, A «Missão Etognósica de Moçambique». A codificação dos «usos e costumes indígenas» no direito colonial português, in *CADERNOS de Estudos Africanos*, N.º 1, Julho-Dezembro de 2001.
- Portaria Provincial nr. 362, de 6 de Julho de 1886.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Law: A Map of misreading; Toward a Post-modern Concept of Law*,” 14 Journal of Law and Society 279, 1988.
- TAMANAH, Brian Z., *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in Journal of Law in Society, Vol. 27, No. 2, 2000.

THEDIN, Ana Paula Corrêa, *Direitos Escritos numa Terra sem Livros*, Panóptica, Vitória, ano 1, n. 9, jul. – ago., 2007, p. 150-165. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

VANDERLINDEN, Jacques *Return to Legal Pluralism: Twenty years later*, 28 *Journal of Legal Pluralism*, 1989.

Direitos Humanos em África¹

Human Rights in Africa

HELENA PEREIRA DE MELO²

Resumo: Neste texto, estudámos o problema da protecção dos direitos humanos em África. Para o efeito, considerámos os principais instrumentos internacionais (universais e regionais) de protecção destes direitos no Continente Africano e analisámos o seu conteúdo. Considerámos, de seguida, a questão da exequibilidade das normas que consagram direitos humanos no território dos países que seleccionámos para o nosso estudo (17 Estados situados na África Ocidental e um na África Oriental, Moçambique).

Palavras-chave: *direitos humanos; África.*

Abstract: In this paper, we studied the problem of protection of human rights in Africa. To this end, we considered the main international instruments (universal and regional) that protect these rights on the African continent and analyzed their content. We considered then the question of the enforceability of the provisions which enshrine human rights in the territory of the countries we selected for our study (17 States located in West Africa and one in East Africa, Mozambique).

Key words: *human rights; Africa.*

¹ Entregue: 4.5.2015; aprovado: 7.7.2015.

² Professora Associada e Subdiretora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Introdução

Neste nosso texto pretendemos analisar, nas suas linhas gerais, o problema do respeito pelos direitos humanos em África. Como o Continente Africano cobre um território muito vasto, optamos por limitar a nossa análise à ordem jurídica de dezoito Estados, dos quais dezassete se situam na chamada “África Ocidental” e um (Moçambique) na “África Oriental”³. Optámos por este conjunto de Estados por nos permitir abranger Estados cujas ordens jurídicas foram sujeitas à influência de diferentes Direitos, durante o período da colonização, a saber, dos Direitos Alemão, Francês, Português e Inglês⁴. Essas diferentes influências que se fizeram sentir sobretudo no plano do Direito Público (prevalecendo no âmbito do Direito Privado, em particular do Direito da Família e das Sucessões, a influência da Sharia em alguns deles⁵) levaram a uma distinta consagração de direitos humanos nos respectivos Direitos Internos? Esta é uma das questões a que tentaremos responder no nosso trabalho.

Outra, mais importante, é a de ter uma imagem “panorâmica” da protecção dos direitos humanos no Continente Africano. Sendo nós a primeira geração que pode fotografar o Planeta Terra a partir de um

³ Os dezassete Estados seleccionados foram: Benim, Burkina-Faso, Cabo Verde, Costa do Marfim, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Mauritânia, Níger, Nigéria, Senegal, Serra-Leoa, São Tomé e Príncipe e Togo.

⁴ Sobre a existência de um constitucionalismo de matriz lusófona *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar (2012), *Direito Constitucional de Língua Portuguesa, Caminhos de Um Constitucionalismo Singular*, Coimbra: Almedina, pp. 17 e ss.; ALEXANDRINO, José de Melo (2011), *Elementos de Direito Público Lusófono*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43 e ss., e MEDEIROS, Rui (2011), *Constitucionalismo de Matriz Lusófona*, Lisboa: Verbo. Utilizamos a palavra “lusofonia” no sentido que lhe é atribuído por Wladimir Brito em “Que Direitos Sociais? Um *Standart Minimum* Lusófono de Direitos Sociais?” in SANTOS, António Marques dos *et al.* (2002), *Estatuto Jurídico da Lusofonia*, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, pp. 114-115.

⁵ Sobre a influência muçulmana em matéria de regulação da família em Moçambique, nomeadamente sobre os casamentos tradicionais nos quais se efectuava o pagamento do lobolo e a prática da poligamia, *vide* ISAACMAN, Barbara, e STEPHEN, June (1984), *A Mulher Moçambicana no Processo de Libertação*, Maputo: Instituto Nacional do Livro e do Disco, pp. 46 e ss. e 51 e ss., e ARTHUR, Maria José, SILVA, Teresa Cruz e, SITO, Yolanda, e MUSSA, Edson (2012), *A Lei da Família e a Igualdade de Direitos. Balanço da Sua Aplicação*, Moçambique: WLSA Moçambique, pp. 111 e ss.

satélite, se tivéssemos de escolher um continente para residir, a que conclusões chegaríamos em matéria de reconhecimento dos direitos indispensáveis à protecção da nossa dignidade de seres humanos, em África?⁶

1. Os principais instrumentos de protecção dos direitos humanos em África

O primeiro texto que encontramos a referir-se explicitamente à necessidade de protecção dos direitos humanos em África é a Carta da Organização da Unidade Africana (OUA), adoptada em Adis Abeba, na Etiópia, em 25 de Maio de 1963. No seu texto introdutório é feita referência aos valores que estiveram na origem das grandes declarações de direitos humanos norte-americanas e francesas: “Conscientes de que a liberdade, igualdade, justiça e dignidade são objectivos essenciais para a satisfação das legítimas aspirações dos Povos Africanos”. Atenta a data da sua redacção não é, no entanto, de estranhar a enfase que é dada aos direitos colectivos, aos direitos dos povos, em particular ao direito destes a controlarem o seu próprio destino. Estando em curso o processo de descolonização e da constituição de novos Estados em todo o Continente Africano, o direito à autodeterminação dos povos aparece como um direito cujo respeito se afigura primordial no momento e contexto de adopção da Carta⁷.

⁶ Esta pergunta pode ser colocada por qualquer um de nós, na linha do proposto por Wladimir Brito, quando escreve: “(...) é esse cidadão que começa a perder a noção de fronteira estatal e a ter uma noção cosmopolizante dele próprio e do seu semelhante e, por isso, entende que a sua acção política vai além das fronteiras do seu Estado, tanto mais que este afigura-se-lhe mais como um espaço local inserido num espaço global, espaço local que para ele mais não é do que um ponto de referência (de ponto auto e hetero referencial)”. Cf. BRITO, Wladimir (2005), “Breves Reflexões Sobre a Reforma do Sistema Político em Cabo Verde”, *Direito e Cidadania*, n.º 23 (2005), p. 109.

⁷ No artigo 3.º da Carta afirma-se a “igual soberania” de todos os Estados membros da OUA e o respeito pelo seu “direito inalienável a uma existência independente”. Vide, sobre este ponto, PIRES, Maria José Morais (1999), “Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos”, *Boletim de Documentação e Direito Comprado*, n.ºs 79/80, pp. 335 e seguintes.

Apenas em 26 de Junho de 1981, quase vinte anos depois, é adoptado um texto de Direito Internacional dos Direitos Humanos centrado na protecção dos direitos do indivíduo enquanto pessoa humana, que lhe assegure uma esfera mínima de respeito pela sua dignidade e direitos indispensáveis ao respeito desta: a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adoptada pela 18.^a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados Africanos membros da Organização da Unidade Africana, em Nairobi, no Quénia. A Carta de Nairobi só entrou em vigor em 21 de Outubro de 1986, e foi assinada e ratificada por todos os Estados que considerámos neste nosso estudo⁸.

Da análise do seu articulado ressalta, em primeiro lugar, a especificidade da protecção dos direitos humanos em África: logo no preâmbulo se salienta que serão atendidas as “virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos e dos povos”. A importância de serem promovidos e protegidos os valores tradicionais das comunidades africanas na salvaguarda dos direitos humanos é também realçada, a ponto de configurar mesmo um dever dos Estados que se vinculam a este instrumento jurídico internacional⁹. Outra particularidade do texto da Carta, se comparado com outros tratados que visam proteger direitos humanos cujo âmbito de aplicação é também regional (como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos ou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰), é a importância dada à já aludida categoria de direitos colectivos: os direitos dos povos.

⁸ As datas da ratificação foram as seguintes: Benim – 1986; Burkina Faso – 1984; Cabo Verde – 1987; Costa do Marfim – 1992; Gâmbia – 1983; Gana – 1989; Guiné – 1982; Guiné-Bissau – 1985; Libéria – 1982; Mali – 1981; Mauritânia – 1986; Moçambique – 1989; Níger – 1986; Nigéria – 1983; Senegal – 1982; Serra Leoa – 1983; São Tomé e Príncipe – 1986 e Togo – 1982.

⁹ Cf. o artigo 17.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

¹⁰ A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, sob a égide do Conselho da Europa e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) foi solenemente proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão, em Nice, em 7 de Dezembro de 2000. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em Dezembro de 2009, foi-lhe atribuído efeito jurídico vinculativo.

São múltiplas as semelhanças, no que concerne ao restante conteúdo, com outros tratados internacionais adoptados pela Organização das Nações Unidas (ONU), pelo Conselho da Europa, ou pela União Europeia, em matéria de direitos humanos. Na Carta encontram-se consagrados os princípios jurídicos fundamentais do respeito pela dignidade da pessoa humana (embora a inserção sistemática seja diferente, uma vez que é proclamado não logo no início do texto, como acontece na Declaração Universal dos Direitos Humanos ou na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mas apenas no artigo 5.^o¹¹), da igualdade perante a lei e da não discriminação, da presunção da inocência e do *nullum crimen sine lege*¹². Os corolários do reconhecimento destes princípios são a proibição da escravatura, do tráfico de pessoas, da tortura, das penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes¹³.

O catálogo de direitos ditos de primeira geração consagrados no tratado internacional em análise é extenso e completo, aproximando-se do contido na DUDH e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, elaborado sob a égide da ONU em 1966¹⁴. São, deste modo, reconhecidos a todas as pessoas que se encontrem no território dos estados que se vincularam internacionalmente a este tratado, os direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade e segurança, ao acesso à justiça, a constituir associações, de reunião, de deslocação e de emigração, de propriedade, de participar nos assuntos públicos do país, de aceder a cargos públicos e de asilo¹⁵. De igual modo se encontram asseguradas as liberdades fundamentais de consciência e de religião e de expressão e informação¹⁶.

¹¹ Cf. o artigo 1.^o da DUDH e o artigo 1.^o da CDFUE. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 217 A (III) de 10 de Dezembro de 1948.

¹² Cf. os artigos 2.^o, 3.^o e 7.^o da Carta de Nairobi.

¹³ Cf. o artigo 5.^o da Carta de Nairobi.

¹⁴ Este tratado internacional foi adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução 2200 A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966.

¹⁵ Cf. os artigos 4.^o, 6.^o, 7.^o, 10.^o a 14.^o da Carta de Nairobi.

¹⁶ Cf. os artigos 8.^o e 9.^o da Carta de Nairobi.

Para além dos direitos civis e políticos são igualmente reconhecidos direitos ditos de “segunda geração”, ou seja, direitos económicos, sociais e culturais. Além da liberdade de profissão, constituem exemplo destes direitos (consagrados em termos análogos aos do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹⁷), o direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias, o direito a salário igual por trabalho de valor igual, o direito à saúde, o direito à educação e o direito à cultura¹⁸.

Por fim, salientamos os já referidos direitos dos povos, que embora estejam igualmente consagrados em alguns instrumentos jurídicos internacionais elaborados sob a égide da ONU, assumem um relevo particularmente significativo no Direito Internacional dos Direitos Humanos Africano. São eles: o direito à existência, o direito à autodeterminação, o direito à livre disposição das suas riquezas, o direito ao desenvolvimento económico, social e cultural, o direito à paz e à segurança e o direito a um meio ambiente satisfatório¹⁹. Há, por exemplo, referência, no artigo 22.º da Carta, a um dos mais importantes institutos jurídicos de protecção de bens fundamentais à sobrevivência das gerações futuras no planeta Terra: o do património comum da humanidade, que deve ser gozado de forma equitativa por todos os povos. Este conceito, originário do Direito do Mar é hoje utilizado no âmbito do Direito Espacial, do Direito aplicável ao Património Cultural e do Biodireito e permite assegurar a protecção aos bens nele integrados em benefício quer das gerações presentes, quer das futuras (cujas necessidades devem ser equitativamente satisfeitas no futuro mais ou menos longínquo)²⁰.

¹⁷ Este pacto foi adoptado pela Resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966.

¹⁸ Cf. os artigos 15.º, 16.º e 17.º da Carta de Nairobi.

¹⁹ Cf. os artigos 20.º a 24.º da Carta de Nairobi. Cf., sobre estes direitos, MOCO, Marcolino (2008), *Estudos Jurídicos*, Vol. II, Luanda: Caxinde, pp. 71 e ss.

²⁰ Vide, sobre esta questão, Melo, Helena Pereira de (2002) “O Diagnóstico Pré-implantatório e os Direitos das Gerações Futuras” in *Genoma e Dignidade Humana* (coord.: Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes), Porto: Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, pp. 177 e ss.

As minorias, entendidas enquanto grupos de pessoas particularmente vulneráveis em função de serem portadoras de uma característica que ou é negativamente valorada pela sociedade a que pertencem ou que as coloca numa situação de particular fragilidade, encontram-se também especialmente protegidas na Carta de Nairobi.

É, deste modo, assegurada a protecção contra a discriminação negativa às mulheres, às crianças, aos idosos e aos “incapacitados”²¹. No que concerne, em particular, às mulheres, é do maior interesse, pelas soluções jurídicas inovadoras nele contidas, o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África, aberto à assinatura em Maputo, em 11 de Julho de 2003. Neste tratado, que foi assinado por todos os Estados Africanos acima referidos, os Estados partes comprometem-se nomeadamente a combater a violência contra as mulheres e a mutilação genital feminina, a fixar a idade nupcial nos dezoito anos e a reconhecer à mulher casada o direito de conservar o seu apelido de solteira²². Comprometem-se, ainda, a assegurar às mulheres que se encontrem no respectivo território, o direito a uma alimentação adequada (enquanto vertente positiva do direito à vida) e o direito a uma existência pacífica²³. Particularmente importante é a atenção dada no Protocolo à necessidade de se controlar a pandemia do VIH/Sida, que se faz sentir de forma intensa no continente africano²⁴. Este facto é, aliás, reconhecido no Comentário da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos ao artigo 14.º do Protocolo à Carta sobre os Direitos das Mulheres em África, assinado por Soyata Maiga, relatora especial para os direitos humanos das mulheres em África. Nele se salienta que:

“segundo os dados disponíveis, as mulheres na África subsariana apresentam um risco desproporcionado de sofrer da infecção causada pelo VIH. Dados recentes revelam que constituem 59% das pessoas com VIH nesta região. Na África subsariana, as mulheres entre os 15 e os

²¹ Cf. o artigo 18.º da Carta de Nairobi.

²² Cf. os artigos 4.º, 5.º e 6.º do Protocolo de Maputo.

²³ Cf. os artigos 10.º e 15.º do Protocolo de Maputo.

²⁴ Cf. o artigo 14.º do Protocolo de Maputo.

*24 anos têm uma probabilidade 8 vezes superior à dos homens de estar contaminadas pelo VIH*²⁵.

Neste sentido é fundamental – realça-se no parecer em causa – que os Estados assegurem o respeito pelos direitos reprodutivos das mulheres, nomeadamente o direito à educação sexual e o direito a conhecer quer o respectivo estado sanitário, quer o do parceiro²⁶.

Para além deste instrumento básico de protecção dos direitos humanos no plano regional, outros tratados internacionais contribuem para assegurar uma melhor e mais eficaz protecção das pessoas que vivem em África, no que respeita à sua dignidade e direitos. Por exemplo, a Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África, aberta à assinatura em 1969, reconhece o direito de asilo²⁷.

A Carta Africana sobre a Democracia, Eleições e Governança, de 2007, para além de prever o acesso de todas as crianças à educação básica obrigatória e gratuita, e a adopção de políticas que permitam prevenir e tratar doenças como o HIV/SIDA, a malária, a tuberculose, contem soluções jurídicas inovadoras, nomeadamente em matéria de não discriminação em razão do género²⁸. Prevê expressamente o combate da discriminação negativa em razão do género e abre a possibilidade de os Estados Partes adoptarem medidas de discriminação positiva relativamente a grupos sociais “marginalizados e vulneráveis”. Cria, ainda, o dever de aqueles Estados assegurarem a paridade de

²⁵ Cf. o ponto 3 do Comentário Geral ao artigo 14.º (1) (d) e (e) do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África, adoptado pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos na sua 52.ª sessão ordinária, que teve lugar em Yamoussoukro, Costa do Marfim, de 9 a 22 de Outubro de 2012.

²⁶ Cf. pontos 12 a 16 do Comentário Geral em análise.

²⁷ Cf. o artigo 2.º deste tratado internacional que foi assinado e ratificado por todos os Estados que considerámos no nosso trabalho.

²⁸ Esta Convenção foi ratificada pelo Burkina Faso (em 2010), pela Guiné (em 2011), pela Mauritânia (em 2008) e pela Serra Leoa (em 2009). Foi apenas assinada pelo Benim (em 2007), pela Costa do Marfim (em 2009), pela Gâmbia (em 2008), pela Guiné-Bissau (em 2008), pela Libéria (em 2008), pelo Mali (em 2007), por Moçambique (em 2010), pelo Níger (em 2008), pela Nigéria (em 2007), pelo Senegal (em 2008), por São Tomé e Príncipe (em 2010) e pelo Togo (em 2007).

género na representação eleitoral²⁹. Constitui um texto de Direito Internacional de Direitos Humanos que supera a dicotomia clássica entre direitos, liberdades e garantias por um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, por outro, reconhecendo no seu articulado o carácter universal, interdependente e indivisível dos direitos humanos, à semelhança do que acontece com outro instrumento de alcance regional, a Carta Social Europeia Revista³⁰. No entanto, contrariamente a este tratado internacional e à CDFUE, a Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança, utiliza expressamente como critério operativo em matéria de Direito Anti-discriminatório a categoria “género” e não apenas a do “sexo”. Ao fazê-lo, permite que sejam combatidas no território dos Estados que nele sejam parte, as práticas que discriminem negativamente a pessoa em razão do papel social, cultural, que resolveu assumir independentemente do sexo biológico a que pertença. Permite, deste modo e por exemplo, proteger contra a discriminação em razão do sexo o indivíduo que se encontre em processo de mudança de sexo biológico ou o transexual que opte por não alterar o seu sexo de nascença, apenas assumido o comportamento culturalmente associado ao outro sexo.

Essencial para a protecção de uma minoria particularmente vulnerável, é a Carta Africana dos Direitos e Bem-estar da Criança, de 1990, que parte de uma concepção regional para o preenchimento do conceito indeterminado do “interesse superior da criança”. Lê-se, no respectivo preâmbulo:

“Considerando as virtudes do seu património cultural, histórico e os valores da Civilização Africana, que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre o conceito dos direitos e bem-estar da criança”³¹.

²⁹ Cf. os artigos 3.º, 8.º, 27.º, 29.º e 43.º deste tratado internacional.

³⁰ Cf. o texto introdutório da Carta Social Europeia Revista, adoptada em Estrasburgo, a 3 de Maio de 1966.

³¹ Esta Convenção foi assinada e ratificada pelo Benim (em 1997), pelo Burkina Faso (em 1992), por Cabo Verde (em 1993), pela Costa do Marfim (em 2002), pela Gâmbia (em 2000), pelo Gana (em 2005), pela Guiné (em 1999), pelo Mali (em 1998), pela Mauritânia (em 2005), por Moçambique (em 1998), pelo Níger (em 1999), pela Nigéria (em 2001), pelo Senegal (em 1998), pela Serra Leoa (em 2002) e pelo Togo

Contém, no entanto, disposições indiciadoras de um nível mínimo de protecção dos direitos da criança insuficiente em alguns Estados Africanos, como sejam a de prever a não aplicação da pena de morte a crianças ou a de os Estados nela partes garantirem alimentação adequada e água potável à criança. Prevê, à semelhança de normas contidas em instrumentos aprovados no âmbito de outras organizações internacionais regionais, que se combata a exploração sexual de menores e contem soluções jurídicas inovadoras, como a de assegurar que a mãe não seja presa com o filho, tomando posição no debate doutrinal da matéria (onde se contrapõem duas posições fundamentais: a de que o filho não deve ser encarcerado com a mãe por não ter sido condenado a cumprir uma pena de prisão e a de que é no melhor interesse da criança coabitar com a progenitora, ainda que esta seja reclusa)³².

2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos da ONU em África

É importante realçar que segundo o articulado dos principais instrumentos regionais de Direito Internacional dos Direitos Humanos vigentes em África, a interpretação das suas normas deve ser feita atendendo ao disposto em normas de Direito Internacional Geral, nomeadamente das contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. É, deste modo, proclamado no preâmbulo da Carta de Nairobi que os Estados nele partes reafirmam “a sua adesão às liberdades e aos direitos humanos e dos povos contidos nas declarações, convenções e outros instrumentos adoptados no quadro da Organização da Unidade Africana, do Movimento dos Países Não-Alinhados e da Organização das Nações Unidas”. Proclamação que é reiterada em 2000, no Acto Constitutivo da União Africana: “São objectivos da União (...) encorajar a cooperação internacional, tendo devidamente em conta a Carta das Nações Unidas e a Declaração dos Direitos do Homem”³³.

(em 1998). Foi assinada e ainda não ratificada pela Guiné-Bissau (em 2005) e pela Libéria (em 1992). Não foi assinada nem ratificada por São Tomé e Príncipe.

³² Cf. os artigos 5.º, 14.º, 27.º e 30.º da Carta Africana dos Direitos e Bem-estar da Criança.

³³ Cf. a al. e) do artigo 3.º do Acto Constitutivo da União Africana.

É também essencial salientar que todos os Estados Africanos considerados são membros da Organização das Nações Unidas³⁴ e que todos assumiram o compromisso perante a comunidade internacional, de dar cumprimento nas respectivas ordens jurídicas ao disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³⁵ e no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁶. De igual modo, todos os Estados considerados assinaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o que implica que normas como a da possibilidade de escolher livremente o cônjuge ou de ser exigido o livre e pleno consentimento de ambos os nubentes para o casamento, ou, ainda, da igualdade entre progenitores em matéria de responsabilidades parentais, sejam aplicáveis no Direito Interno de muitos destes Estados, limitando a influência que neles se faça sentir no plano do Direito da Família, da Sharia³⁷. Contribuem também para o estatuto de igualdade, pelo menos formal, entre homens e mulheres,

³⁴ Benim, Burkina Faso, Costa do Marfim, Mali, Níger, Nigéria, Senegal e Togo, tornaram-se membros das Nações Unidas em 1960, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe em 1975, a Gâmbia em 1965, o Gana em 1957, a Guiné em 1958, a Guiné-Bissau em 1974, a Libéria em 1945, a Mauritânia em 1961, Moçambique em 1975 e a Serra Leoa em 1961.

³⁵ Este Pacto foi ratificado pelo Benim em 1992, pelo Burkina Faso em 1999, por Cabo Verde em 1993, pela Costa do Marfim em 1992, pela Gâmbia em 1979, pelo Gana em 2000, pela Guiné em 1978, pela Guiné-Bissau em 2010, pela Libéria em 2004, pelo Mali em 1974, pela Mauritânia em 2004, por Moçambique em 1993, pelo Níger em 1986, pela Nigéria em 1993, pelo Senegal em 1978, pela Serra Leoa em 1996 e pelo Togo em 1984. Foi apenas assinado e não ratificado, por São Tomé e Príncipe, em 1995.

³⁶ Este Pacto foi ratificado pelo Benim em 1992, pelo Burkina Faso em 1999, por Cabo Verde em 1993, pela Costa do Marfim em 1992, pela Gâmbia em 1978, pelo Gana em 2000, pela Guiné em 1978, pela Guiné-Bissau em 1992, pela Libéria em 2004, pelo Mali em 1974, pela Mauritânia em 2004, pelo Níger em 1986, pela Nigéria em 1993, pelo Senegal em 1978, pela Serra Leoa em 1996 e pelo Togo em 1984. Foi apenas assinado e não ratificado, por São Tomé e Príncipe, em 1995. Não foi assinado nem ratificado por Moçambique.

³⁷ Esta Convenção adoptada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi assinada pelo Benim em 1992, pelo Burkina Faso em 1987, por Cabo Verde em 1980, pela Costa do Marfim em 1995, pela Gâmbia em 1993, pelo Gana em 1986, pela Guiné em 1982, pela Guiné-Bissau em 1985, pela Libéria em 1984, pelo Mali em 1985, pela Mauritânia em 2001, por Moçambique em 1997, pelo Níger em 1999,

o reconhecimento à mulher de manter o seu sobrenome de solteira, de escolher livremente uma profissão ou da capacidade de gerir, gozar e dispor dos seus bens³⁸.

A protecção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência segundo o novo entendimento de que todos temos capacidades e competências diferentes, devendo a sociedade criar condições para que as possamos exercer no âmbito do nosso direito ao livre e harmonioso desenvolvimento da personalidade, encontra-se também assegurada no ordenamento jurídico destes Estados Africanos. Quase todos os Estados considerados (com excepção da Gâmbia e de São Tomé e Príncipe) assinaram a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aberta à assinatura em Nova Iorque, em 30 de Março de 2007. Deste modo, as pessoas portadoras de deficiência não são reduzidas pelo discurso jurídico à sua deficiência nem são objecto de um discurso proteccionista que as menorize ou as tente “normalizar”. São, pelo contrário, incentivadas por aquele discurso a viver de forma independente e a serem incluídas o melhor possível nas respectivas comunidades sem que seja ofendido o seu direito a preservarem a sua identidade, sendo titulares dos direitos à habilitação e reabilitação, bem como a um nível de vida adequado para si próprias e para as suas famílias.

Não obstante o conceito de raça se encontrar cientificamente ultrapassado desde que Claude Lévi-Strauss e outros autores das diferentes áreas do saber o contestaram³⁹, o racismo persiste como forma injusta de discriminação negativa nas diferentes sociedades, nomeadamente nas africanas. Daí a importância de todos os Estados considerados terem assinado e todos (salvo São Tomé e Príncipe) a terem ratificado a Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Racial, aberta à assinatura dos Estados Membros das Nações Unidas em 1965⁴⁰.

pela Nigéria em 1985, pelo Senegal em 1985, pela Serra Leoa em 1988, por São Tomé e Príncipe em 2003 e pelo Togo em 1983.

³⁸ Cf. os artigos 15.º e 16.º desta Convenção.

³⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude (1987, reimpressão da edição publicada pela UNESCO em de 1952), *Race et Histoire*, Paris: Denoël.

⁴⁰ O Benim ratificou-a em 2001, o Burkina Faso e o Mali em 1974, Cabo Verde em 1979, a Costa do Marfim em 1973, a Gâmbia em 1978, o Gana em 1966, a Guiné

Qualquer forma de *apartheid* é proibida nestes países, gozando todos os que nele se encontrem dos direitos ao casamento e à escolha do cônjuge, do direito ao alojamento e o direito de acesso a todos os locais e serviços destinados a uso público sem que possam ser vítimas de discriminação negativa em razão da raça.

3. As gerações de direitos humanos nos Estados Africanos

O conceito de gerações de direitos é convertido na Doutrina Nacional e Estrangeira, defendendo alguns autores a sua existência e utilidade enquanto outros declaram tratar-se de um conceito de reduzida operatividade. Optamos pela posição doutrinal que defende a existência de várias gerações de direitos. Com o progresso do conhecimento científico surgem novas possibilidades de se ofender a dignidade do ser humano que não encontram paralelo nos séculos precedentes. E emergem novos bens jurídicos (*v. g.* a identidade genética) que carecem de protecção específica e adequada. Deste modo, torna-se necessário construir, no plano dogmático, direitos cujo conteúdo é distinto dos outros já declarados, reconhecidos ou concretizados pelo legislador, que serão direitos humanos de “quarta geração”.

Não encontrámos vários destes direitos consagrados nos textos de direitos humanos adoptados no Continente Africano, que analisámos. Não encontrámos, por exemplo, no que concerne às possíveis ameaças que o progresso da Biologia e da Genética podem representar para a dignidade e direitos a ela inerentes do animal pertencente à espécie humana, o direito a não se ser clonado ou o direito a herdar-se um património genético não artificialmente modificado. Também não encontrámos, no que respeita aos potenciais perigos das recentes aplicações da Nanotecnologia, o direito ao ar puro, como direito a respirar-se um ar não poluído e de qualidade. Os direitos associados à identidade de género (que permitam a cada pessoa desenvolver livre-

em 1977, a Guiné Bissau em 2010, a Libéria em 1976, a Mauritânia em 1988, Moçambique em 1983, o Níger, a Nigéria e a Serra Leoa em 1967, o Senegal e o Togo em 1972. São Tomé e Príncipe assinou esta Convenção em 2000 e ainda não a ratificou.

mente a sua personalidade independentemente do papel de género que entenda assumir e de este coincidir ou não com o seu sexo biológico) apenas são aflorados nos textos considerados na vertente da proibição da discriminação negativa. De igual modo, os novos direitos associados ao fenómeno do multiculturalismo e da protecção de minorias culturais (como seja o caso da Comunidade Surda) não são objecto de protecção adequada no Direito Internacional dos Direitos Humanos aprovado na região africana. Os problemas decorrentes da nova forma de discriminação em razão da espécie (o “especismo”) também não foram considerados pelo legislador nos textos de Direito Internacional estudados, não se reconhecendo personalidade jurídica a outros primatas superiores além do humano.

Alguns direitos de quarta geração, como seja o direito à água (a consumir a água potável, acessível, a preço aceitável e a beneficiar de saneamento básico), atenta a sua correlação com outros direitos humanos essenciais à sobrevivência e à protecção da pessoa (os direitos à vida, à protecção da saúde, à educação, à habitação, ao trabalho...) não são suficientemente regulados pelos instrumentos adoptados no plano regional considerados.

Algumas destas lacunas são colmatadas pelo facto de fazer parte integrante dos ordenamentos jurídicos dos Estados considerados normas constantes de textos de Direito Internacional Geral ou Comum adoptadas no âmbito da Organização das Nações Unidas e das suas agências especializadas. São-no, ainda e também, pelo facto de as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos serem concretizadas a nível interno, quer no plano constitucional, quer infra-constitucional.

4. O Direito Internacional de Direitos Humanos como Fonte de Direito no plano Interno

As normas internacionais são parte integrante da ordem jurídica dos vários Estados, operando-se a sua recepção de acordo com o disposto nas respectivas Constituições. Assim e por exemplo, a Constituição da República de Moçambique determina, em matéria

de interpretação e integração dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais, que estas se façam de harmonia com a DUDH (à semelhança do que ocorre no artigo 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) e com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. De forma diversa do que sucede com a Lei Fundamental Portuguesa, a Moçambicana resolve expressamente a questão da posição hierárquica das normas de Direito Internacional na ordem jurídica interna, atribuindo-lhes valor idêntico aos dos actos normativos infra-constitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo⁴¹.

Os direitos de primeira, segunda e terceira gerações contidos nos textos de Direito Internacional de Direitos Humanos acima referidos encontram-se reafirmados e concretizados na Constituição Moçambicana que contém, tal como a Portuguesa, uma cláusula aberta em matéria de direitos fundamentais, admitindo a existência de direitos fundamentais atípicos⁴². De realçar a especial preocupação manifestada pelo legislador constituinte em matéria de protecção dos direitos dos cidadãos portadores de deficiência (decorrente, em parte, do elevado número de antigos combatentes que ficou deficiente durante o conflito armado que terminou em 1992), e da afirmação do princípio da igualdade de género e não apenas de sexo⁴³. Podem contribuir para

⁴¹ Cf. os artigos 18.º e 43.º da Constituição da República de Moçambique de 16 de Novembro de 2004. Esta Constituição encontra-se nomeadamente publicada in GOUVEIA, Jorge Bacelar (2012), *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, pp. 561 e ss.

⁴² Cf., nomeadamente, os artigos 40.º (“Direito à vida”), 41.º (“Outros direitos pessoais”), 42.º (“Âmbito e sentido dos direitos fundamentais”), 47.º (“Direitos da criança”), 48.º (“Liberdades de expressão e informação”), 51.º (“Direito à liberdade de reunião e de manifestação”), 52.º (“Liberdade de associação”), 54.º (“Liberdade de consciência, de religião e de culto”), 55.º (“Liberdade de residência e de circulação”), 59.º (“Direito à liberdade e segurança”), 68.º (“Inviolabilidade do domicílio e da correspondência”), 82.º (“Direito de propriedade”), 84.º (“Direito ao trabalho”), 85.º (“Direito à retribuição e segurança no emprego”), 86.º (“Liberdade de associação profissional e sindical”), 87.º (“Direito à greve e proibição do *lock-out*”), 88.º (“Direito à educação”), 89.º (“Direito à saúde”), 90.º (“Direito ao ambiente”), 91.º (“Habitação e urbanização”), 92.º (“Direitos dos consumidores”), 93.º (“Cultura física e desporto”), 94.º (“Liberdade de criação cultural”) e 95.º (“Direito à assistência na incapacidade e na velhice”) da Constituição da República de Moçambique.

⁴³ Cf. os artigos 16.º, 36.º e 37.º da Constituição da República de Moçambique. É interessante notar que a preocupação com os cidadãos portadores de deficiência

um elevado nível de exequibilidade dos direitos humanos na medida em que sejam também direitos fundamentais, o reconhecimento não apenas dos direitos de petição, queixa e reclamação, de resistência e de acção popular, mas também o de impugnação directa pelo cidadão, dos “actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis”⁴⁴.

De forma diversa do legislador constituinte moçambicano e à semelhança do português, o legislador constituinte Cabo Verdiano apenas prevê que as normas relativas a direitos fundamentais sejam interpretadas de harmonia com a DUDH. Reconhece, tal como acontece com as Constituições Moçambicana e Portuguesa, uma cláusula aberta em matéria de consagração de direitos, liberdades e garantias, admitindo a existência de outros para além dos constantes do catálogo constitucional⁴⁵.

A Constituição da República de Cabo Verde encontra uma formulação diferente da de Moçambique no que concerne à recepção automática no Direito Interno das normas e princípios de Direito Internacional. O Estado de Cabo Verde assume o compromisso de colaborar com a ONU e com a União Africana no sentido de, nomeadamente, ser assegurado o respeito pelos direitos humanos e de apoiar “todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas”⁴⁶.

que sejam antigos combatentes, também se encontra patente no artigo 84.º (“Antigos Combatentes e Veteranos da Pátria”) da Constituição da República de Angola de 1910. Sobre este preceito constitucional que teve o artigo 78.º do Anteprojecto de Constituição da República de Angola do MPLA, apresentado à Comissão Constitucional no dia 26 de Maio de 2009, *vide* FEIJÓ, Carlos Maria (coordenação) (2015), *Constituição da República de Angola, Enquadramento Histórico e Trabalhos Preparatórios*, Coimbra: Almedina, p. 182, e ARAÚJO, Rui Carlos Vasques e NUNES, Elisa Rangel (2014), *Constituição da República de Angola (Anotada)*, t. I, Luanda: Centro de Estudos de Direito Público, pp. 429-430.

⁴⁴ Cf. os artigos 69.º, 79.º, 80.º e 81.º da Constituição da República de Moçambique.

⁴⁵ Cf. o artigo 17.º, n.s.º 1 e 3, da Constituição de 1992, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/IV/92, de 25 de Setembro, alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/IV/95, de 13 de Novembro, 1/V/99, de 23 de Novembro e n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio.

⁴⁶ Cf. o artigo 11.º, n.º 5, da Constituição de 1992. Sobre o tratamento que o Direito Internacional recebeu na história constitucional cabo-verdiana (na qual não se

A solução encontrada em matéria de hierarquia das fontes de Direito, no que concerne ao lugar ocupado pelas normas de Direito Internacional Geral e de Direito Internacional Convencional é semelhante à da Constituição Moçambicana: prevalecem, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica interna, sobre os actos legislativos internos infraconstitucionais⁴⁷.

O catálogo de direitos fundamentais é muito abrangente, compreendendo direitos em regra incluídos nas diferentes gerações de direitos. Nele encontramos o direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade e segurança pessoal, à identidade, à personalidade, ao bom nome, à imagem, à identidade, à inviolabilidade de correspondência e telecomunicações, a participar na vida pública, a trabalhar, à segurança social⁴⁸... Algumas soluções encontradas pelo legislador constituinte são inovadoras em matéria de concretização de direitos humanos: por exemplo o Estado assume, em matéria de protecção dos direitos dos idosos, o dever de lhes garantir “prioridade no atendimento nos serviços públicos e a eliminação de barreiras arquitectónicas e outras no acesso a instalações públicas e a equipamentos sociais”. De igual modo, em matéria de direitos da família, a Lei Fundamental cria para o legislador ordinário a obrigação de punir a violência doméstica e de proteger “os direitos de todos os membros da família”⁴⁹.

Em matéria de assegurar o respeito pelos direitos fundamentais, a Constituição de Cabo Verde consagra, à semelhança da Moçambicana, para além do direito de resistência, o de petição e acção popular, e, ainda, o recurso de amparo⁵⁰.

projectam apenas – nas palavras de José Pina Delgado – “espraiamentos universais de origem ocidental”), *vide* DELGADO, José Pina (2014), “O Tratamento Constitucional da Política Externa e do Direito Internacional Através dos Tempos e a sua Influência Geral sobre o Constitucionalismo Cabo-Verdiano” in *As Relações Externas de Cabo Verde (Re) Leituras Contemporâneas* (coordenação: José Pina Delgado, Odair Barros Varela e Suzano Costa), Praia: Edições ISCJS, pp. 73 e ss.

⁴⁷ Cf. o artigo 12.º, n.º 4, da Constituição de 1992.

⁴⁸ Cf. os artigos 28.º e seguintes da Constituição de 1992.

⁴⁹ Cf. os artigos 77.º, n.º 2 e 82.º, n.º 9, da Constituição de 1992.

⁵⁰ Cf. os artigos 19.º, 20.º e 59.º da Constituição de 1992.

O principal problema em matéria de protecção de direitos humanos em África é, porém, o comum a outras partes do Globo: o da exequibilidade das normas que os prevêm.

5. O problema da exequibilidade dos direitos humanos em África

O problema essencial em matéria de Direito Internacional de Direitos Humanos reside na exequibilidade das suas normas, que não são, em regra, *self-executing*. Muitas destas normas são desprovidas de sanção, são normas imperfeitas, o que dificulta o exercício dos direitos neles contidos por parte dos seus titulares. Deste modo, os sujeitos de Direito Internacional (sejam eles os Estados, as organizações internacionais ou o indivíduo), tendem a recorrer, cada vez mais, à via jurisdicional para assegurarem o respeito pelos seus direitos⁵¹. No âmbito do Continente Africano são várias as instâncias junto das quais é possível reclamar: por exemplo, a Comissão Africana dos Direitos do Homem, criada junto da Organização da União Africana, promove a assegura a protecção em África dos direitos humanos⁵². A eficácia das suas actividades é, no entanto, questionável: como assegurar que as comunicações, os relatórios e os estudos por ela elaborados sejam efectivamente observados pelos diferentes Estados? De realçar, também, o artigo 4.º do Acto Constitutivo da União Africana que prevê o direito de ingerência nos assuntos internos de um Estado, reconhecendo o “direito da União intervir num Estado Membro em conformidade com uma decisão da Conferência em situações graves nomeadamente, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade”⁵³. Impor-

⁵¹ Este facto é realçado por Jorge Bacelar Gouveia in *Manual de Direito Internacional Público*, p. 695: “a tendência geral do Direito Internacional vai no sentido da intensificação da resolução de conflitos pela via jurisdicional, sendo apreciáveis os múltiplos exemplos que testemunham essa tendência”. Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013), *Manual de Direito Internacional Público – Uma Perspectiva de Língua Portuguesa*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina.

⁵² Cf. o artigo 20.º do Acto Constitutivo da União Africana e o artigo 30.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

⁵³ Sobre a questão da ingerência comunitária *vide* GOUVEIA, Jorge Bacelar (2012), “O Uso da Força no Direito Internacional Público” in *Estudos em Comemoração do Quinto Aniversário do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais*, vol. 1

tante também no sentido de assegurar o respeito pelos aludidos direitos tem sido a actividade do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos e do Tribunal de Justiça da União Africana⁵⁴.

A acção conjunta destas instâncias judiciais ou para-judiciais contribui inegavelmente para a exequibilidade dos direitos considerados no território dos Estados sujeitos à sua jurisdição. No entanto, a protecção assegurada pode revelar-se insuficiente atenta a dificuldade em assegurar o cumprimento por parte dos Estados (que são os principais destinatários das decisões tomadas) das soluções nelas contidas. A elevada taxa de iliteracia de muitas das populações africanas e o consequente desconhecimento das normas jurídicas que contêm direitos que as poderiam proteger, também contribui para a deficiente aplicação prática dos textos de Direito Internacional de Direitos Humanos. O baixo nível de rendimentos *per capita* em muitos dos países considerados é outro factor dissuasor do recurso à Justiça para fazer valer direitos por parte dos cidadãos que sabem deles ser titulares, sobretudo se atendermos à necessidade de apoio jurídico especializado e de se deslocar, por vezes, ao território de outros países (onde se encontram sedeadas as instâncias às quais se pretende recorrer, como pode ser o caso do Comité dos Direitos do Homem da ONU) para o efeito. Outro factor limitativo da defesa do indivíduo contra o Estado que ofendeu algum dos seus direitos contidos nos instrumentos de Direito Internacional acima referidos, é a exigência de prévio esgotamento dos recursos internos⁵⁵.

Por exemplo, num livro relativamente recente em matéria do respeito dos direitos políticos das mulheres em Moçambique, escrito pela

(coordenação: Mário Ramos Pereira Silva, Leão de Pina, Paulo Monteiro Jr.), Praia: Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, pp. 190 – 191.

⁵⁴ Cf. o artigo 18.º do Acto Constitutivo da União Africana e o Protocolo Adicional à Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, que cria o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos. Este protocolo foi assinado pelo Benim, pelo Burkina Faso, pela Costa do Marfim, pela Gâmbia, pelo Gana, pela Guiné-Bissau, pela Libéria, pelo Mali, pelo Níger, pelo Senegal, pela Serra Leoa e pelo Togo em 1998, pela Mauritânia em 1999, pela Guiné e por Moçambique em 2003, pela Nigéria em 2004. Cabo Verde e São Tomé e Príncipe não o assinaram nem ratificaram, até à data.

⁵⁵ Vide, a este respeito, MOCO, Marcolino (2010), *Direitos Humanos e Seus Mecanismos de Protecção. As Particularidades do Sistema Africano*, Coimbra: Almedina, pp. 301 e ss.

então embaixadora de Moçambique nos Estados Unidos da América, encontramos a seguinte afirmação, indiciadora da subsistência de problemas em matéria do exercício pleno destes direitos:

“Embora muito tenha sido feito, existem ainda preconceitos sexistas que urge combater porque influenciam as instituições socioeconómicas e violam as políticas universais; mantêm-se situações como os casamentos prematuros; a violência contra as raparigas e mulheres e outras práticas nocivas à sua estabilidade física e emocional, prejudicando o desenvolvimento harmonioso da sociedade”.

Ou, na página seguinte,

“Apesar da crescente abrangência da população e melhoria no sector educacional, dentre a população analfabeta a maior taxa encontra-se entre as mulheres (71,3), sendo a proporção de raparigas no ensino primário e seguintes ainda baixa e a precisar de uma atenção especial. Portanto, a educação assumida como um direito humano básico para todos ocupa um lugar preponderante”⁵⁶.

No mesmo sentido se pode ler, no relatório feito no âmbito do Observatório Lusófono dos Direitos Humanos, da Escola de Direito da Universidade do Minho, relativo à protecção dos direitos humanos na Guiné-Bissau, que:

“nos relatórios nacional e da Amnistia Internacional é dado ênfase a casos de casamentos forçados, sendo relatadas situações de espancamento até à morte de jovens mulheres que se recusam a casar com homens mais velhos e de jovens que tentam fugir da própria cerimónia de casamento e que são espancadas. Não só as próprias jovens que fogem dos casamentos são espancadas como todos aqueles que as ajudam sofrem represálias,

⁵⁶ SUMBANA, Amélia Matos (2011), *O Parlamento Moçambicano e a Equidade de Género*, Maputo: Publifix, pp. 48 e 49. Sobre a situação no que concerne à violência contra a mulher, em Moçambique, vide ABREU, Cremildo (2011), *Dinâmica da Resposta de Moçambique à Violência Contra a Mulher*, Maputo: Centro de Análises de Políticas da Faculdade de Letras e Ciências Sociais da Universidade Eduardo Mondlane, pp. 41 e ss.

*independentemente de serem da família ou não. Estes casos são denunciados e são apresentadas queixas. Contudo, ninguém é acusado*⁵⁷.

A discriminação em razão do sexo no exercício de diversos direitos humanos encontra-se associada, como ressalta dos excertos transcritos, a outras formas de discriminação (em razão da situação económica, da idade, da literacia...), originando situações de discriminação múltipla para as mulheres cidadãs destes países africanos.

6. Considerações Finais

Da análise efectuada podem extrair-se várias conclusões. A primeira é a do elevado nível de protecção em matéria de direitos humanos assegurado, no Direito que está, no território dos Estados considerados. Se comparássemos o número e tipo de textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos de alcance universal a que se encontram vinculados os Estados Africanos em causa com os que foram assinados e ratificados pelos Estados Português, Espanhol, Francês... concluiríamos não haver diferença significativa entre ambos os grupos. A protecção assegurada por estes tratados é, ainda, complementada pelos instrumentos jurídicos de alcance regional, que quase todos os Estados Africanos considerados assinaram e/ou ratificaram.

Uma análise mais fina – que considerasse as reservas e as declarações gerais introduzidas por cada um desses Estados no momento da sua assinatura – revelar-nos-ia, certamente, a existência de especificidades culturais e religiosas que podem prejudicar o pleno reconhecimento, no plano formal, de alguns dos direitos humanos. Considere-se, a título de exemplo, o frequente desrespeito dos direitos sucessórios das viúvas na Guiné Guiné-Bissau, por influência da aplicação de normas consuetudinárias associadas à Sharia, como é relatado no relatório acima referido, de Tatiana Silva⁵⁸.

⁵⁷ SILVA, Tatiana (2013), *Os Direitos Humanos na Guiné Bissau. Caminhos Percorridos e a Enveredar*, disponível in oldhum.weebly.com/guineacute-bissau-relatiacuterio.html (acedido em Julho de 2015).

⁵⁸ Cf. SILVA, Tatiana (2013), p. 3.

Outra conclusão que podemos extrair é a de que as diferentes influências a que se encontraram sujeitos os Direitos destes Estados em consequência de terem colonizados por distintos países europeus, não teve reflexo significativo no compromisso assumido pelos novos Estados de darem cumprimento, nas respectivas ordens jurídicas, às principais normas de Direito Internacional de Direitos Humanos. Existem duas formas de ler este facto: a primeira, é a de que os Direitos dos Estados colonizadores tinham uma matriz comum assente na ideia da dignidade da pessoa humana, que se reflectiu nas normas (sobretudo de Direito Público) que “exportaram” para as respectivas “províncias ultramarinas”. A outra, a de que a Cultura Africana tem subjacentes valores de solidariedade e de tratamento humanitário que permitiram a rápida adesão, logo a seguir à constituição de cada um dos novos Estados, aos instrumentos jurídicos de Direito Internacional de vocação universal vigentes e a adopção de outros que assegurassem uma mais intensa protecção dos direitos humanos no respectivo território.

África é o continente de origem da Humanidade – do animal portador do ADN característico da espécie humana. Talvez associado a esse ADN esteja a propensão genética para respeitar o ser humano na sua dignidade e direitos, que se traduziu na muito lenta emergência e reconhecimento de direitos humanos em todo o Planeta Terra⁵⁹... Só uma mais precisa leitura dos dados decorrentes do Projecto do Genoma Humano, nos permitirá, num futuro talvez próximo, confirmar ou infirmar esta hipótese. Certo é que quem, olhando de Marte para o nosso Planeta, escolha em função da protecção conferida àqueles direitos pelas ordens jurídicas nacionais, qual o país em que pretende aterrar e viver, concluirá que qualquer dos países africanos considerados oferece no plano do Direito Constituído, um bom nível de protecção dos direitos humanos.

⁵⁹ Aludimos a tal “propensão genética” à semelhança do que hoje é discutido, na sequência do conhecimento dos resultados do Projecto do Genoma Humano, em matéria de condicionantes genéticas de determinados comportamentos, sejam eles de natureza criminal, religiosa, de especial talento para aprendizagem de música ou da matemática...

As Fontes do Direito Fiscal¹

The Sources of Tax Law

HELENA ROSSANA FEIJÓ SAMBO E LONDA²

Resumo: A tela normativa constitucional em Angola sofreu alteração com o advento da Constituição de 2010, e trouxe, como uma das suas principais novidades, o reconhecimento do costume como fonte de direito.

Com o presente trabalho, o autor traz, para a literatura jurídica, uma reflexão sobre a aplicabilidade das fontes prescritas na ordem normativa angolana no direito fiscal.

Através do método dedutivo e, não de somenos importância, mediante recurso à bibliografia específica, foram analisados, na singularidade, os diversos modos como se revelam as normas jurídicas. Do estudo, dimanou a conclusão de que no direito fiscal, devido a idiosincrasia que detém, somente serão admitidas as fontes que se conformem com o Princípio da Legalidade.

Palavras-chaves: *Direito fiscal, fontes de direito, constituição, tratados, lei, regulamentos, doutrina, jurisprudência, equidade, costume.*

Abstract: The constitutional regulatory framework in Angola was altered with the adoption of the 2010 Constitution, and it introduced, as one of the principle new provisions, the recognition of the custom as source of law.

With this work, the author brings to the legal literature, a thought on the applicability of the sources provided for in the Angolan normative order in fiscal law.

¹ Trabalho apresentado como avaliação final à disciplina de “Princípios de Direito Fiscal”, ministrada pelo Professor Doutor Jorge Cláudio de Bacelar Gouveia, no Curso de Mestrado em Direito Fiscal, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto. Entregue: 1.2.2015; aprovado: 5.4.2015.

² Mestranda em Direito Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

Through the deductive method and, not least important, by use of specific bibliography, several ways of expressing the legal provisions, were analysed in their singularity. From the study it was concluded that in the fiscal law, due to the idiosyncrasy held, only the sources that comply with the Principle of Legality will be accepted

Key words: Tax law, sources of law, constitution, treaties, law, regulations, doctrine, jurisprudence, equity, custom³.

Introdução

Em Angola, a chave para a compreensão das fontes de direito positivo repousava fundamentalmente nos artigos 1.º a 4.º do Código Civil, que, por sua vez, omite importantes fontes de direito, como o costume e a jurisprudência. Dada a incompletude na identificação das fontes normativas, a doutrina tem considerado estas disposições do Código Civil, como obsoletas, necessitando de revisão.

A Constituição da República de Angola de 2010 (CRA), enquanto norma primária sobre a produção jurídica, veio trazer uma nova roupagem ao tema relativo aos modos como se revelam as normas, pois que colocou, e ainda bem, no plano constitucional, também o costume como fonte, já que parecia olvidado.

Sob a lupa do direito fiscal, e aqui reside a importância e o objecto do nosso trabalho, buscaremos descortinar se as fontes identificadas na CRA são integralmente admitidas naquele ramo de direito, atendo as suas especificidades, muito devidas ao princípio da legalidade.

Empearemos por efectuar um breve enquadramento das fontes de direito na ordem social, pois que, como se sabe, em toda ordem social existem “ingredientes” normativos que visam orientar a conduta humana.

Acto contínuo, imergiremos no conceito de fontes de direito com vista a apreensão dos diversos sentidos que lhe são atribuídos, para

³ Abreviaturas: AN – Assembleia Nacional; CRA – Constituição da República de Angola de 2010; PR – Presidente da República.

depois individualizarmos a aceção que será considerada no presente trabalho.

Num momento ulterior, elencaremos os diversos tipos de fontes de direito existentes no nosso ordenamento jurídico, formularemos pensamentos acerca da sua admissibilidade no direito fiscal e procuraremos aquilatar, no plano hierárquico, a relação que se estabelece entre elas, para no fim apresentarmos as nossas conclusões.

I. Fonte de Direito e Ordem Social

Em toda a ordem social existem ordenações de mero facto e ordenações éticas ou normativas. No que alude as ordenações normativas, tem-se considerado que uma realidade será normativa quando só se compreenda do ponto de vista da norma, do dever ser – e não apenas no ser como sucede com as ordenações de mero facto. Mais, esta realidade deve procurar orientar a conduta humana, pautando os aspectos mais importantes da convivência social e exprimindo-se através de regras jurídicas, imperativas, visando prossecução da justiça e da segurança. Do que resulta que toda a norma está ínsita na ordem da comunidade.

A complexidade da ordem normativa da sociedade justifica que nela se insertem ordens diferentes, que traduzem aspectos também diferentes do dever ser, inerente à vida em sociedade⁴.

Uma destas ordens é a jurídica.

Na ordem jurídica, enquanto modalidade da ordem social, se compreendem, ademais das instituições, dos órgãos, da vida jurídica, das situações jurídicas, as fontes de direito. As fontes de direito são intrínsecas a ela porque é da Ordem social que, como vimos, deriva a juridicidade de qualquer regra. O que nos leva a afirmar que verdadeira fonte do direito é sempre e só a ordem social e estas só ganham o seu sentido enquanto integradas na ordem jurídica total. Como salienta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “mesmo os elementos que lhe advêm de órgãos que têm entre as suas funções a de compor a ordem norma-

⁴ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, in *o Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Edição Refundida, Almedina, Coimbra, 2006., pp.22 e segs.

tiva da comunidade só o conseguem efectivamente se a ordem social os não repelir”. Razão pela qual a lei só conseguirá realmente trazer uma norma se se integrar na ordem social.

Apesar de só a ordem social ser considerada como a verdadeiramente fonte do direito, isto não exclui a autonomia e significado das fontes, como elementos singulares que têm a função de trazer alteração à ordem jurídica da comunidade – como a lei e o costume, por exemplo. Elas dão-nos necessariamente o ponto de partida na busca da norma⁵.

II. O Sentido das Fontes de Direito

A expressão “fonte de direito” pode revestir diversos sentidos. Identificam-se, pelo menos, seis sentidos diferentes⁶. Assim, fonte de direito poderá consistir:

- Em sentido filosófico ou metafísico, na causa última explicativa da existência e da criação do Direito.
- Em sentido histórico, na origem de certa ou certas regras jurídicas, ou mesmo de todo um sistema de Direito.
- Em sentido sociológico, na ideia de um conjunto de estruturas sociais, em sentido amplo, que condiciona a criação de certa ou certas regras jurídicas.
- Em sentido instrumental, no documento em que se materializam as regras de Direito⁷.
- Em sentido orgânico, no órgão competente para criar regras jurídicas⁸.
- Em sentido técnico-jurídico ou formal, *nos modos de formação e ou revelação de regras jurídicas*, i. é, nas manifestações ou nos factos sociais que têm o sentido de conter regras jurídicas.

⁵ Cfr. ASCENSÃO, in *o Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Edição Refundida, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 255 e seg..

⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, in *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a Edição, LEX, Lisboa, 2000.pp-175-176.

⁷ Não abrange as regras consuetudinárias.

⁸ Não abrange as regras consuetudinárias.

Tomando por critério a génese ou modo de formação das regras jurídicas, as fontes de direito classificam-se em não intencionais ou intencionais. As fontes não intencionais são aquelas que não têm no Estado a centralidade no processo da sua formação, podendo ou não estar positivadas⁹. Como fonte não intencional temos o costume e como intencional temos a lei¹⁰.

Outras contraposições possíveis, e não se esgotando-nestas, são as que distinguem as fontes imediatas das fontes mediatas, sendo as primeiras os esquemas de revelação do Direito “*tout court*”, e as segundas aquelas que detêm a capacidade de influenciar as opções que aquelas primeiras fontes determinaram¹¹.

O sentido de fonte que vamos adoptar, para efeitos do presente trabalho, é o técnico jurídico ou formal¹², já que o seu objecto se centra na descoberta de como se revelam as fontes no direito fiscal angolano.

III. Tipologia das Fontes de Direito

A resposta a tipologia das fontes de direito tem sido dada pelos artigos 1.º a 4.º do Código Civil¹³ que consagram como fontes imediatas a lei e as normas corporativas, hoje estas últimas consideradas

⁹ Ver CARLOS FEIJÓ e CREMILDO PACA, in *Direito Administrativo*, 3.ª Edição aumentada, Mayamba Editora, Luanda, 2013, pp. 61-62.

¹⁰ Aqui a lei está a ser referida em sentido material entendida esta como “o texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras emanado, com observância das formas estabelecidas, de uma autoridade competente para pautar critérios jurídicos de solução de situações concretas”. [cfr. ASCENSÃO, in *o Direito..*, cit., pp. 284]

¹¹ JORGE BACELAR GOUVEIA, in *Direito Constitucional de Angola*, IDILP-Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa/ Luanda, 2014. Pp. 494.

¹² JORGE BACELAR GOUVEIA aponta como “calcanhar de Aquiles” do sentido de fonte formal, o facto de não ter em conta a ambivalência que se verifica entre a “formação” e a “revelação” das regras e dos princípios jurídicos, entendendo que “formação” se mostra mais afeiçoada ao direito público e a “revelação” mais atenta ao direito privado. [cfr. Ver GOUVEIA, in *Direito ...cit.*, pp. 494.]

¹³ O Código Civil foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 47344/1966, de 25 de Novembro, publicado no Boletim Oficial de Angola, I.ª Série, n.º 274, de 25 de Novembro, pp. 2088-2283.

revogadas por CARLOS FEIJÓ e CREMILDO PACA¹⁴, e como fontes mediatas, implicitamente, os assentos, os usos e a equidade, ignorando-se inteiramente o costume e a jurisprudência como fontes de direito¹⁵.

Dado o teor das suas disposições, concordamos com a análise de JORGE BACELAR GOUVEIA, que considera que Código Civil se apresenta com uma desfocada concepção definatória das fontes de direito em geral, omite outras fontes de direito, e não identifica na sua complexidade as fontes normativas.

Mais, o Código Civil arroga para si, quando não lhe é sequer reconhecida qualquer primazia, a esquematização das fontes do Direito consideradas atendíveis no seio da globalidade do Ordenamento Jurídico. Esta função de definição das fontes normativas relevantes para a edificação da Ordem Jurídica, que não pode ser deferida ao Código Civil, cabe à Constituição do Estado. Por conseguinte é nela – na Constituição – onde repousa a resposta sobre os tipos de fonte normativa efectivamente admitidas¹⁶.

Da Constituição se retrai, em termos gerais, que existem: (i) fontes constitucionais; (ii) fontes internacionais; (iii) fontes ordinárias; (iv) fontes administrativas; (v) fontes costumeiras e (vi) fontes jurisprudenciais.

Vejamos como se configura este diapasão de fontes, na atmosfera fiscal.

a) As fontes constitucionais: a Constituição e os actos constitucionais

A principal fonte constitucional é a Constituição.

¹⁴ A Constituição Política de 1975 revogou todas as disposições legais do período colonial, que contrariassem a sua letra e espírito. Cfr. FEIJÓ/PACA, in *Direito ... cit.*, pp. 53-54.

¹⁵ No mesmo sentido CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, in *Teoria geral do Direito Civil*, 3.^a Edição Actualizada, 12.^a Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1999 pp. 47.

¹⁶ Ver GOUVEIA, in *Direito ... cit.*, pp. 496-501.

A Constituição é a lei suprema da República de Angola¹⁷ e consequentemente é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária¹⁸.

No campo do Direito fiscal, à CRA caberá recortar os vectores da tributação, na generalidade e na especialidade, e positivar os direitos fundamentais dos contribuintes¹⁹. Neste recorte, a Constituição definirá, em obediência ao princípio da legalidade, que tem acolhimento do artigo 102.º, a zona reservada à lei em sentido formal, a zona de reserva material (ou conteudística) da lei e a preeminência da lei, que encontram refracção nos artigos 102.º, 165.º n.º 1 alínea o) e 198.º, respectivamente.

Quanto à reserva de lei formal, a CRA estabelece que determinadas matérias fiscais devem emergir sob a forma de lei ordinária da AN, enquanto representante dos contribuintes, ou do PR com expressa habilitação da primeira, nos termos do instituto das autorizações legislativas. No que atina a reserva material da lei, estatui que o conteúdo que deve advir sob a forma de lei seja a criação dos impostos e seus aspectos essenciais, e esta lei deve conter a disciplina completa da matéria reservada de modo a derivarem, nas palavras de JOSÉ CASALTA NABAIS, os critérios de decisão das situações concretas, ou seja que dela decorra se há lugar a tributação ou não, e em caso afirmativo, o *quantum* dessa tributação²⁰. Já a preeminência da lei vai obrigar a que a actividade tributária, circunscrita aos órgãos com competência tributária, em geral, e da Administração tributária, em particular, esteja subordinada à lei²¹.

A par do princípio da legalidade, A CRA conforma ainda ao sistema fiscal uma plêiade de princípios que vão actuar de forma positiva

¹⁷ Cfr. artigo 6.º da CRA.

¹⁸ HANS Kelsen, in *Teoria Pura do Direito*, 2.ª Edição (1960), tradução de João Baptista Machado, 7.ª edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2008, pp.262.

¹⁹ Ver GOUVEIA, in *Direito ...cit.*, pp. 38.

²⁰ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, in *o dever fundamental de pagar impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 3.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 345.

²¹ Cfr. AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, in *Impostos – Teoria Geral*, 3.ª Edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 104.

e negativa na elaboração das leis fiscais e nos seus modos específicos de aplicação²².

Mencionando alguns, o princípio da capacidade contributiva²³²⁴, enquanto pressuposto para que possa haver imposição do imposto, é uma clara manifestação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 23.º da CRA. Assim, o Estado, pese embora idealmente todos os homens serem iguais, só poderá retirar de cada um, o que este estiver em condições de prestar em benefício do bem-estar colectivo²⁵. O princípio da capacidade contributiva acaba por constituir um imperativo de estruturação fiscal, procurando obter dos decisores políticos um modelo fiscal racional e adequado à sociedade²⁶.

O princípio da segurança jurídica, que encontra afloramento no artigo 231.º n.º 4 da CRA, tem ínsita a ideia de protecção da confiança do contribuinte. Com fundamento neste princípio, os actos normativos²⁷ fiscais deverão ser precisos e serão proibidos quer os pré-efeitos

²² J. L. SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, in *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 56.

²³ Do princípio da capacidade contributiva resulta, por uma banda, que ninguém deve pagar impostos abaixo de um determinado limite mínimo revelador da ausência de capacidade contributiva (consagração do mínimo de existência) e que a tributação deverá ser mantida a níveis razoáveis, não assumindo carácter confiscatório. Por outra banda, as despesas do Estado social devem ser sustentadas por todos aqueles que demonstrem capacidade contributiva significativa. [cfr. PAULO MARQUES, in *elogio do imposto – A relação do Estado com os contribuintes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 24.]

²⁴ Ver artigo 88.º do CRA.

²⁵ RAUL ARAÚJO VASQUES e ELISA RANGEL NUNES, in *Constituição da República de Angola (Anotada)*, Tomo I, Luanda, 2014, pp. 437-438.

²⁶ SANCHES/ GAMA, in *Manual ... cit.*, pp. 56.

²⁷ As normas legais deverão ser claras, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. Por outro lado, a regulamentação legal deve ser suficiente densa, já que um acto legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta não oferece uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos contribuintes, constituir uma norma de actuação para a administração e possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos contribuintes. [ver J. J. GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, 8.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 253-267]

de actos normativos fiscais que ainda não estejam em vigor, como a retroactividade das leis fiscais²⁸.

b) As fontes internacionais: Os tratados

Para efeitos da Lei sobre os Tratados Internacionais²⁹, considera-se tratado internacional, “qualquer acordo de vontades concluído por escrito entre o Estado angolano e outros Estados ou outros sujeitos do Direito Internacional, destinado a produzir efeitos jurídicos e regido pelo Direito Internacional, quer seja consignado num instrumento único, quer em dois ou em mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular”.

No conceito dado pela Lei *supra* referida se incluem, os tratados propriamente ditos, os acordos, as convenções, os estatutos, as cartas, os protocolos, as concordatas, as actas, as trocas de notas, as notas verbais, os compromissos e as outras designações que sejam acordadas entre o Estado angolano e outros sujeitos de Direito Internacional³⁰.

Os tratados internacionais quando contenham disposições fiscais serão fonte de direito fiscal. Neste domínio, como bem salienta ELISA RANGEL NUNES, apresentam singular relevância os acordos de dupla tributação de que, infelizmente, Angola não é parte³¹. Pese embora este facto, importante fazer um parêntesis para referir sinteticamente que os acordos sobre dupla tributação são instrumentos importantíssimos, de natureza especificamente fiscal, que visam eliminar ou atenuar a dupla tributação e a evasão fiscal³². Nestes acordos, que por via de regra são bilaterais, os Estados procuram negociar formas de evitar que

²⁸ Salvo as normas de carácter sancionatório, quando sejam mais favoráveis ao contribuinte. [cfr. artigo 102.º n.º 2 da CRA]

²⁹ A Lei dos Tratados Internacionais foi aprovada pela Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro, publicada em Diário da República, I.ª Serie, n.º 9, de 14 de Janeiro de 2011, pp. 260-267.

³⁰ Cfr. artigo 1.º.

³¹ Cfr. ELISA RANGEL NUNES, in *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4.ª Edição Revista e Actualizada, Luanda, 2013, pp. 78.

³² Para mais desenvolvimento ver-se ALBERTO XAVIER, in *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição Actualizada, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 98 e segs.

um mesmo facto tributário, pertencente ao mesmo sujeito passivo e no mesmo período de tempo, seja tributado em duas ou mais jurisdições, o que vai acarretar uma derrogação bilateral de soberania, norteadas pela regra da reciprocidade³³.

Relativamente aos tratados subscritos por Angola no cosmos aduaneiro, temos, nomeadamente:

- A Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação das mercadorias³⁴, adoptada em, pelo Conselho de Cooperação Aduaneira³⁵. Neste Tratado, Angola se compromete, essencialmente, a utilizar a nomenclatura, aplicar as Regras Gerais de Interpretação e respeitar a ordem numérica do Sistema Harmonizado;
- O Acordo Relativo a Aplicação do artigo VII do Acordo Geral sobre pautas Aduaneiras e Comércio da Organização Mundial do Comércio³⁶ («GATT³⁷»), que emergiu em substituição da desactualizada definição de Valor de Bruxelas, determinou a introdução de um conceito de valor aduaneiro das mercadorias, baseado no preço pago ou a pagar³⁸;

³³ SANCHES/GAMA, in *Manual ...cit.*, pp. 70 e segs.

³⁴ Aprovada para adesão da República de Angola, através da Resolução n.º 3/11, de 11 de Fevereiro, publicada em Diário da República, I.ª Serie, n. 28, de 28 de Fevereiro de 2011, pp. 511-519.

³⁵ Actualmente, Organização Mundial das Alfândegas.

³⁶ Ver-se Resolução n.º 4/96, de 15 de Março, da Assembleia Nacional, publicada no Diário da República, 1.ª Serie, n.º 11, de 15 de Março de 1996, pp. 108.

³⁷ O GATT é apenas um tratado, subscrito em 1947 por 23 nações, ao qual aderiram depois muitos países (114 em Dezembro de 1993, representando 90% do comércio mundial de mercadorias. [cfr. MICHEL RAINELLI, in *A Organização Mundial do Comércio*, tradução de Ana Barradas, Terramar, Lisboa, 1998, pp. 6. Ver-se igualmente Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio “GATT”, de 30 de Outubro de 1947, incorporado no Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio de 1994 (o “GATT de 1994”)]

³⁸ V.g. ponto 7. do preâmbulo do Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro e artigos 7.º 89.º, 90.º do Código Aduaneiro, aprovado pelo Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 120, de 04 de Outubro de 2006, pp. 1969-2075.

- O Acordo Relativo a Aplicação do artigo VI do Acordo da Organização Mundial do Comércio, («GATT»), que visa a protecção do comércio e das indústrias nacionais contra o dumping de mercadorias, e a criação de direitos *anti-dumping*, e
- O Acordo de Uruguai Round da Organização Mundial do Comércio («GATT»), relativas aos subsídios e medidas compensatórias que buscam a protecção do comércio e da indústria nacional, contra a concessão de subsídios a entidades que exportam para Angola, incluindo a criação de direitos compensatórios.

Existem também instrumentos multilaterais, não especificamente fiscais, mas com algumas repercussões fiscais subscritos pelo Estado angolano. Citam-se como exemplos:

- A convenção de Viena sobre relações diplomáticas, na qual se concedem, entre outros, benefícios fiscais às missões diplomáticas em razão da prática de actos oficiais e agentes diplomáticos³⁹;
- A Convenção de Viena sobre relações consulares, onde se concedem, entre outros benefícios, isenções de direitos aduaneiros e de inspecção alfandegária aos objectos para uso oficial do posto consular e para uso pessoal do funcionário e membros da sua família⁴⁰;
- Os Acordos de promoção e protecção recíproca de investimentos assinados com diversos estados, como Portugal (1997), Reino Unido (2000) e Alemanha (2003)⁴¹, e
- O U.S./Angola *shipping and transportation agreement*, assinado em 2005⁴².

³⁹ Cfr. artigo 28.º da Resolução n.º 3/91, de 16 de Março, publicada em Diário da República, I Série, n.º 11, de 16 de Março de 1991, pp. 55-88, que aprova a adesão da República Popular de Angola Convenção de Viena sobre relações diplomáticas.

⁴⁰ V.g. artigo 50.º da Resolução n.º 3/92, de 9 de Setembro, publicada em Diário da República, I Série, n.º 36, de 9 de Setembro 1992, pp. 410-423, que aprova a adesão da República Popular de Angola Convenção de Viena sobre relações consulares.

⁴¹ SANCHES/GAMA, in *Manual ...cit.*, pp. 76.

⁴² SANCHES/GAMA, in *Manual ...cit.*0, pp. 76.

Na hodiernidade, foi constituído o Grupo Técnico de Negociação e Implementação do Protocolo sobre Trocas Comerciais da SADC, abreviadamente designado por GTNIP, com a finalidade de preparar a negociação e a gestão da implementação do Protocolo sobre Trocas Comerciais da SADC⁴³, aprovado através da Resolução n.º 5/03, de 25 de Fevereiro, com vista à liberalização do comércio de bens.

Nos termos do artigo 13.º n.º 2 da CRA, os tratados regularmente aprovados ou ratificados vigoram na ordem jurídica angolana após a publicação na I.ª Série do Diário da República⁴⁴ e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem internacionalmente o Estado angolano. Enfatizamos, todavia, que os tratados só serão válidos se forem conformes à CRA⁴⁵. Cumpridos que sejam estes requisitos, os tratados em matéria fiscal passam a ser fonte de direito em Angola.

c) As fontes ordinárias

A lei, entendida em sentido formal, avoca para si o papel de principal fonte do Direito Fiscal, muito em virtude dos princípios da legalidade⁴⁶ e da reserva de lei formal, conforme já podemos ver quando nos referimos a Constituição como magna fonte. Compreendem-se no conceito de lei em sentido formal, as leis da AN, os decretos legislativos presidenciais e os decretos legislativos presidenciais provisórios que, como o próprio nome indica, são editados pelo Presidente da República (PR).

⁴³ Ver Decreto Presidencial Despacho Presidencial n.º 148/14, de 1 de Agosto, publicado em Diário da República, I Série, n.º 142, de 1 de Agosto de 2014, pp. 410-423,

⁴⁴ Cfr. artigo 5.º n.º 1 alínea i) da Lei sobre Publicações Oficiais e Formulários Legais, aprovada pela Lei n.º 7/14, de 26 de Maio, publicada em Diário da República, I Série, n.º 98, de 26 de Maio de 2014, pp. 2413-2443.

⁴⁵ Cfr. artigo 6.º n.º 3.

⁴⁶ SANCHES / GAMA, in *Manual ...cit.*, pp. 59-60

i. As Leis da AN

A AN, enquanto órgão legiferante por excelência⁴⁷, legisla com reserva relativa, sobre as matérias relacionadas com a criação de impostos e sistema fiscal⁴⁸. O acto legislativo que dimanará do exercício desta competência se denominará “lei”.

Uma vez que a competência para legislar sobre a criação de impostos e sistema fiscal não lhe é exclusiva, o titular do Poder Executivo – PR – poderá ser chamado, ou melhor, ser autorizado, a legislar também sobre esta matéria.

As autorizações conferidas pela AN, que não implicam de todo, uma recusa do exercício das suas funções constitucionais, nem tão-pouco significam uma transferência da função legislativa⁴⁹, ao PR, surgem sob a forma de leis de autorização⁵⁰, revestidas de valor reforçado, e nelas se fixam o objecto, o sentido, a extensão e a sua duração⁵¹.

Sob forma de lei, recentemente, em matéria fiscal foi publicada a Lei que aprova o Código das Execuções Fiscais⁵².

ii. O Decreto legislativo presidencial

O Decreto legislativo presidencial surgiu com o advento da CRA, que veio consagrar um sistema de governo com características de um

⁴⁷ Cfr. artigo 161.º e 166.º da CRA.

⁴⁸ Cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea o).

⁴⁹ ADÃO DE ALMEIDA, in *As autorizações legislativas e o controlo parlamentar do decreto-lei autorizado – O caso Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 272.

⁵⁰ Cfr. artigo 166.º da CRA.

⁵¹ Sobre o assunto, ADÃO DE ALMEIDA entende que o acto de autorização não é um acto atribuidor de competência legislativa. Logo, a competência legislativa autorizada não é por isso, uma competência derivada do acto de autorização, na medida que ela existe independentemente deste, estando pura e simplesmente hibernada a espera do toque mágico que a faça despertar. [Cfr. ALMEIDA, in *As autorizações...* *cit.*, pp. 198-199]

⁵² Lei n.º 20/14, de 22 de Outubro, publicada em Diário da República, I Série, n.º 192, de 22 de Outubro de 2014. Pp. 4660 e segs.

sistema hiperpresidencialista⁵³, conforme o designam JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, atentos aos amplos poderes conferidos ao PR.

Neste regime, o PR é eleito na qualidade de líder do partido, ou da coligação de partidos, mais votado nas eleições gerais para o Parlamento⁵⁴, e uma vez eleito, nas vestes de Chefe do Estado e titular do Poder Executivo, disporá de importantes poderes normativos⁵⁵.

No catálogo dos actos normativos de natureza fiscal revestidos de força de lei e com cariz definitivo, que o PR poderá emitir, constam os decretos legislativos presidenciais autorizados. Enfatizamos “autorizados” porque à AN, enquanto titular primário do poder legislativo⁵⁶, compete legislar, com reserva relativa, sobre as matérias concernentes à criação de impostos e sistema fiscal⁵⁷⁵⁸. Destarte, não sendo um acto normativo originário do PR, para que o mesmo possa legislar sobre a matéria deverá solicitar uma autorização⁵⁹ prévia à AN⁶⁰⁶¹.

No nosso ordenamento jurídico encontramos diversos diplomas legais emergidos sob a forma de Decreto legislativo presidencial, sendo disso exemplo, o Código do Imposto do Selo⁶² e a Pauta Aduaneira dos Direitos de Importação e Exportação a que corresponde a versão 2012 do Sistema Harmonizado de Codificação das Mercadorias⁶³.

⁵³ O sistema de governo angolano foi caracterizado pelo Projecto “C” da Comissão Constitucional como presidencialista-parlamentar.

⁵⁴ Cfr. artigo 109.º da CRA.

⁵⁵ JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, in *Direito Constitucional Angolano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 239-240.

⁵⁶ Cfr. artigo 161.º alínea b) da CRA.

⁵⁷ No mesmo sentido se pronuncia NUNES, in *Lições ...cit.*, pp. 77.

⁵⁸ Cfr. artigo 165.º n.º 1 alínea o) da CRA.

⁵⁹ Esta autorização representa uma excepção ao princípio constitucional da indelegabilidade das competências constitucionais.

⁶⁰ Salvo no caso particular do Decreto Legislativo presidencial provisório.

⁶¹ Cfr. artigo 120.º n.º 1 alínea h) da CRA.

⁶² Aprovado pelo Decreto legislativo presidencial n. 3/14, de 21 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 191, de 21 de Outubro de 2014, pp. 4491-4500.

⁶³ Aprovada pelo Decreto legislativo presidencial n. 10/13, de 22 de Novembro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 225, de 22 de Novembro de 2013, pp. 3237-3718, com declaração de Rectificação n.º 1, publicada no Diário da República, I Série, n.º 21, de 30 de Janeiro de 2014, pp. 394-871.

iii. O Decreto legislativo presidencial provisório

O Presidente da República, no exercício das competências que lhe são conferidas pela CRA, pode ainda emitir, excepcionalmente e com força de lei, decretos legislativos presidenciais provisórios⁶⁴, cuja edição tem no seu âmago razões de natureza urgente ou de defesa de relevante interesse público.

A edição destes actos normativos se resume aos casos previstos na CRA. No catálogo das matérias que podem integrar os decretos legislativos presidenciais provisórios consta as integrantes do direito tributário como a criação de impostos e sistema fiscal, o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras ao serviço das entidades públicas. Relegadas ficam expressamente as matérias de reserva legislativa absoluta da AN e de Orçamento Geral do Estado e ainda as matérias sobre as quais incidam leis aprovadas pela AN que aguardam promulgação⁶⁶.

Tal como deriva da sua designação⁶⁷, o legislador constitucional atribuiu aos decretos legislativos presidenciais provisórios⁶⁸ um carácter perfunctório. O que significa dizer que deixam de produzir efeitos ao fim de 60 dias, contados a partir da data da sua publicação em Diário da República, se, nesse período de tempo, não forem convertidos em lei pela AN⁶⁹. Compreende-se a opção do legislador ao delimitar tem-

⁶⁴ Artigo 126.º do CRA.

⁶⁵ Constitui inovação no nosso ordenamento jurídico a criação de um acto normativo com cariz precário. Entretanto, mencionar que no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma figura similar ao nosso decreto legislativo presidencial provisório, criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada de medida provisória. [cfr. artigos 14.º e 61.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988]. Sobre o assunto veja-se igualmente HELENA DALTRO PONTUAL, “Medida Provisória”, in *Senado federal – Portal de Notícias*, disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/medida-provisoria-1> (consultado em 06.11.14)

⁶⁶ MACHADO / COSTA, in *Direito...*, cit., pp. 249-250.

⁶⁷ Referimo-nos concretamente ao adjectivo “provisório”.

⁶⁸ O sublinhado é nosso.

⁶⁹ No artigo 126.º n.º 7 da CRA, admite-se entretanto a prorrogação do prazo, por igual período, caso a AN não conclua a apreciação do acto legislativo em causa nos primeiros 60 dias.

poralmente a vigência destes actos normativos. A montante, porque o Presidente da República vai legislar sobre matéria que não é da sua competência originária⁷⁰ e, a jusante, porque o ritualismo procedimental prévio previsto para a emissão de decretos legislativos presidenciais e que desemboca na outorga de autorização legislativa por parte da AN é inexistente nos decretos legislativos presidenciais provisórios⁷¹. O que justifica igualmente que, uma vez estes diplomas publicados, devam ser remetidos, no prazo de dez dias, à AN⁷², na qualidade de órgão legiferante por excelência, para serem por esta apreciados e convertidos em lei⁷³.

No foro fiscal, podemos configurar a emissão de decretos legislativos presidenciais provisórios no caso de existência de lei⁷⁴ fiscal na qual o legislador se tenha olvidado de definir, por exemplo, a incidência subjectiva do imposto. A demora natural que se verificaria na obtenção de autorização legislativa por parte da AN constituiria um óbice, visto que situações passíveis de tributação ficariam sem ser tributadas. A urgência em suprir a omissão prevista na lei vai fundamentar a edição de um decreto legislativo presidencial provisório que vise determinar o sujeito passivo do imposto.

Contudo, não é forçoso que o decreto legislativo presidencial provisório seja convertido em lei. Este poderá ser rejeitado pela AN. Se assim suceder, este diploma deixa de vigorar a partir da data da resolução parlamentar em Diário da República, não podendo voltar a ser publicado na mesma sessão legislativa⁷⁵.

⁷⁰ A competência é da AN nos termos dos artigos 161 alínea b), 164.º e 165.º da CRA.

⁷¹ Cfr. artigo 161.º alínea c) da CRA.

⁷² Cfr. artigo 172.º da CRA.

⁷³ Se tal não suceder, a requerimento de pelo menos 10 Deputados o decreto legislativo presidencial poderá ser apreciado, nos termos do disposto no artigo 172.º n.º 2 da CRA.

⁷⁴ Em sentido formal.

⁷⁵ No mesmo sentido MACHADO / COSTA, in *Direito ... cit.*, pp. 309.

d) As fontes administrativas

i. O regulamento

O regulamento é o primeiro passo para a execução das leis fiscais, enquanto expressão máxima da vontade do Estado⁷⁶ e constitui uma forma de agir da administração tributária que, ademais de obrigar os seus destinatários, vincula a futura actuação administrativa⁷⁷. No ordenamento jurídico angolano, a titularidade do poder regulamentar cabe ao Presidente da República, enquanto chefe do Executivo, conforme estabelece o artigo 120.º alínea l) da CRA.

Face ao princípio da reserva de lei, o regulamento enquanto norma jurídica secundária, visará executar e ou completar a lei fiscal. O regulamento, como se depreende de forma cristalina, deve ser concebido *secundum legem*, sendo ilegais se colidirem com a disciplina fixada na lei de habilitação⁷⁸.

Segundo CARLOS FEIJÓ e CREMILDO PACA, uma vez que as leis progressivamente se vão limitando à enunciar os grandes princípios ou intenções políticas, é perceptível que em ditas normas habilitadoras amiúde se remeta para o poder regulamentar a concretização pormenorizada das leis⁷⁹, visto que o órgão administrativo conhece melhor as situações a regulamentar⁸⁰.

Grosso modo, o regulamento, como já foi dito, visa executar leis prévias⁸¹ com a finalidade exclusiva de explicar o seu conteúdo ou tornar possível a sua aplicação.

⁷⁶ FEIJÓ /PACA, in *Direito ...cit.*, pp. 343 e segs.

⁷⁷ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, in *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, com colaboração de Pedro machete e Lino Torgal, Vol II, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 34-35.

⁷⁸ SANCHES / GAMA, in *Manual ...cit.*, pp. 59-60.

⁷⁹ O Código Aduaneiro, aprovado pelo Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro, faz constantes remissões ao seu regulamento que ainda não foi publicado, pese embora no artigo 6.º do Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro, impor-se que deveria ser aprovado no prazo de seis meses contados da sua entrada em vigor. Como exemplo de remissão do Código Aduaneiro para o respectivo regulamento temos o artigo 41.º.

⁸⁰ FEIJÓ/PACA, in *Direito ...cit.*, pp. 347.

⁸¹ Princípio da precedência de lei.

Entretanto, tem-se reconhecido um poder regulamentar independente ou autónomo. Estes regulamentos são elaborados pelos órgãos administrativos, no exercício da sua competência, para assegurar a realização das suas atribuições específicas, sem cuidar de desenvolver ou completar nenhuma lei. Citando FREITAS DO AMARAL, “a missão dos regulamentos autónomos⁸², é de estabelecer autonomamente a disciplina jurídica que há-de pautar a realização das atribuições específicas cometidas pelo legislador aos entes públicos considerados”⁸³.

No direito fiscal angolano, da interpretação que se sufraga do artigo 120.º alínea l) do CRA, é que, quanto às matérias reservadas expressamente à lei⁸⁴, apenas serão admissíveis regulamentos complementares, cujos efeitos jurídicos produzir-se-ão na esfera jurídica de pessoas colectivas públicas e de cidadãos (particulares) que não estejam incluídos no órgão que os emana.

Em aditamento dizer que pode suceder que dimanem regulamentos onde se definam normas de incidência, se fixem taxas, se definam benefícios fiscais e garantias dos contribuintes, como sucede, no nosso ordenamento jurídico, com o Regulamento do Imposto de Consumo⁸⁵.

Para a validade de qualquer regulamento exige-se que indique expressamente a lei que visa regulamentar⁸⁶.

⁸² V.g. os regulamentos que as autarquias locais podem elaborar.

⁸³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, in *curso de Direito Administrativo*, com colaboração de Pedro machete e Lino Torgal, Vol II, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 186-187.

⁸⁴ São as constantes no artigo 165.º n.º 1 alínea o) da CRA.

⁸⁵ Regulamento do Consumo, aprovado pelo Decreto n.º 41/99, de 10 de Dezembro, I Série – n.50, de 10 de Dezembro de 1999, pp. 1286-1301. Em nossa opinião, este diploma deveria emergir sob a forma de Lei ou de Decreto-lei. Nos termos do artigo 14.º da Lei n.º 23/92, 16 de Setembro de 1992, publicada no Diário da República, I Série, n.º 38, de 16 de Setembro de 1992, pp. 485-501, que aprova a Lei de Revisão Constitucional, os impostos só podem ser criados e extintos por lei, que determina a sua incidência, taxas, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes. O diapasão ficou parcialmente modificado com a alteração que se verificou posteriormente nalgumas normas constantes do Regulamento do Imposto de Consumo que foram feitas sob a forma de Decreto Legislativo presidencial, observando-se o preceituado no artigo 165.º n.º 1 alínea o) da Constituição da República de Angola de 2010, publicada no Diário da República, I Série, n.º 23, 5 de Fevereiro de 2010, pp. 141-187.

⁸⁶ FEIJÓ/PACA, in *Direito ...cit*, pp. 356.

ii. *Ordens internas da administração (despachos, instruções e circulares)*

Os despachos, instruções e circulares⁸⁷ constituem uma emanção da actividade administrativa interna da autoridade tributária.

Acerca da sua força normativa, o Código Geral Tributário⁸⁸, no seu artigo 4.º prescreve que “a interpretação das leis fiscais constante de despachos, instruções ou circulares dimanadas de qualquer autoridade da administração fiscal obriga apenas os funcionários dela hierarquicamente dependente”. Deste preceito se extrai, *prima facie*, que em boa verdade, estes instrumentos mais não são do que ordens, ou determinações dadas aos inferiores hierárquicos pelos seus superiores, indicando-lhes o modo como devem aplicar a lei fiscal⁸⁹, com vista a uniformizar o entendimento da lei. Em segundo lugar que o conteúdo fixado nos despachos, instruções ou circulares terá eficácia exclusivamente interna, esgotando-se no âmbito da própria entidade que os emite (fala-se a este propósito de autovinculação), logo, não obrigará os contribuintes nem os tribunais, por este motivo, e nesta vertente interpretativa, se tem considerado que não constituem um meio de criação ou de produção do direito positivo⁹⁰.

⁸⁷ MARCELLO CAETANO, acerca das Ordens Internas, começa por dizer que “ordem” é a imposição ao agente de uma acção ou abstenção concreta, em objecto de serviço. Pode ser verbal ou escrita. Se a ordem envolve directrizes de acção futura para casos que venham a produzir-se, toma a forma de instruções; e se é transmitida por escrito a todos os subalternos, por igual, é uma circular. As ordens de serviço, instruções ou circulares distinguem – se dos regulamentos por serem da competência de qualquer superior e terem eficácia meramente interna. [cfr. MARCELLO CAETANO, in *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª Edição, 9.º Reimpressão Revista e Actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas Do Amaral, Almedina, 2008, Coimbra, pp. 246].

⁸⁸ O Código Geral Tributário foi aprovado Diploma Legislativo n.º 3.868, de 30 de Dezembro, publicado no Boletim Oficial, I Série, Sup. N.º 305, de 30 de Dezembro de 1969, pp. 1652 (1) – 1652 (8).

⁸⁹ CAETANO, in *Manual... cit.*, pp 119.

⁹⁰ Na prática o que se verifica é que estas ordens internas da administração tributária acabem por se transformar em lei para os contribuintes, que são compelidos a actuar de acordo com o que neles se dispõe ou que se vêem obrigados a impugnar as decisões da sua aplicação quando com eles não concordem. [cfr. SANCHES / GAMA, in *Manual ...cit.*, pp. 59-60].

Estas ordens internas da Administração fiscal trazem vantagens porque garantem uma uniforme aplicação do Direito pelos serviços da Administração fiscal, clarificam dúvidas dos contribuintes e da Administração Tributária e reduzem a litigiosidade e tornam exequíveis certas leis⁹¹.

Entretanto, a par das ordens internas interpretativas, actualmente têm-se assistido a criação, com carácter inovador, de ordens internas regulamentares. Estas ordens que têm na sua médula, nas mais das vezes, a implantação de procedimentos, rompem com a eficácia interna que lhes é característica, passando a configurar autênticas normas de cariz geral, vinculando, em consequência, os contribuintes⁹².

É disso exemplo, a norma prevista no n.º 3 do artigo 67.º do Código Aduaneiro⁹³, que condiciona a concessão de benefícios fiscais ao cumprimento das instruções do Director Geral do Serviço Nacional das Alfândegas. Portanto, o contribuinte que não cumpra com as formalidades previstas nestas instruções pode-lhe ser negado o benefício fiscal.

Sem desprender-nos ainda da actividade interna da administração tributária, é importante referir que poderão eventualmente surgir modos habituais⁹⁴ de resolução de questões que se colocam com frequência – as denominadas praxes administrativas⁹⁵ – e que esta (a administração) decide de forma idêntica, mas que poderão a todo tempo ser suprimidos ou substituídos pelos agentes administrativos⁹⁶. Para CARLOS FEIJÓ e CREMILDO PACA, “a administração ao actuar de acordo com a rotina dos serviços, não o faz como simples rotina, mas

⁹¹ SANCHES / GAMA, in *Manual ...cit.*, pp. 59-60.

⁹² É disso exemplo, a norma prevista no n.º 3 do artigo 67.º do Código Aduaneiro, que condiciona a concessão de benefícios fiscais ao cumprimento das instruções do Director Geral das Alfândegas. Portanto, o contribuinte que não cumpra com as formalidades previstas nestas instruções pode-lhe ser negado o benefício fiscal.

⁹³ O Código Aduaneiro foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 120, de 04 de Outubro de 2006, pp. 1969-2075.

⁹⁴ Logo, não derivam da lei nem de regulamentos.

⁹⁵ Também chamados de “costumes” administrativos.

⁹⁶ Ver – se MARCELLO CAETANO, in *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª Edição, 9.º Reimpressão Revista e Actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas Do Amaral, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 81.

na convicção de que é obrigatório⁹⁷”. É neste prisma que a alínea d) do artigo 67.º das Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa⁹⁸ as trata. Entretanto é axial, por um lado referir que estas praxes não podem respeitar matérias relacionadas com a criação do imposto, nem com os seus elementos essenciais, por outro, não são consideradas fonte de direito porque apenas vinculam a administração.

iii. Os contratos fiscais

Em Angola, constituem ainda fonte de direito os contratos fiscais *stricto sensu* que JOSÉ CASALTA NABAIS⁹⁹ define como aqueles que “têm por objecto, em alguma medida, o se e/ou o quanto da incidência do imposto, em que intervêm, de um lado, o titular do poder tributário ou, por delegação sua, a administração fiscal e, de outro lado, o contribuinte e se concretizam sobretudo na atribuição de benefícios fiscais dinâmicos”. Estes contratos têm por fito incentivar ou estimular determinadas situações ou actividades, estabelecendo uma relação de causa-efeito entre as vantagens atribuídas e as situações ou actividades estimuladas¹⁰⁰.

Neste espécimen de contrato se enquadram os contratos de concessão de benefícios fiscais que têm a sua disciplina substantiva essencial na Lei de Bases do Investimento Privado de Angola¹⁰¹ que prevê, no artigo 53.º, que o contrato de investimento tem natureza administrativa, tendo como partes o Estado Angolano, representado pela Agência Nacional de Investimento Privado (ANIP) e o investidor privado. No

⁹⁷ FEIJÓ/PACA, in *Direito ... cit.*, pp. 65.

⁹⁸ As Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa foram aprovadas pelo Decreto-lei n.º 16A/95, de 15 de Dezembro, publicado em Diário da República, I.ª Série, n.º 50, de 15 de Dezembro de 1995, pp. 579 (1) – 579 (15).

⁹⁹ JOSÉ CASALTA NABAIS, in *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 200 e segs.

¹⁰⁰ JOSÉ CASALTA NABAIS, in *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 418 e segs.

¹⁰¹ A lei do Investimento Privado foi aprovada pela Lei n.º 20/11, de 20 de Maio, publicada em Diário da República I Série, n.º 94, de 20 de Maio de 2011, pp. 2931-2952.

contrato vem definidos os direitos e deveres das partes, *maxime*, os incentivos fiscais¹⁰².

Os contratos de partilha de produção celebrados pela empresa Sonangol EP, na qualidade de Concessionária Nacional, com os seus parceiros no âmbito das actividades petrolíferas, pelas suas repercussões fiscais para o Estado angolano, não podiam ficar apartados, no que a sua menção respeita. Nestes são regulados os termos em que tem lugar a partilha do petróleo produzido e os termos em que se procederá à recuperação de custos, e em resultado fica condicionada a determinação do rendimento tributável, que é constituído pelo petróleo-lucro. Na tributação das actividades petrolíferas em Angola, vigoram, em simultâneo, dois regimes legais, não conflituantes, constituídos pelo estatuto contratual e o estatuto legal extra-contratual¹⁰³.

e) As fontes costumeiras

O costume, enquanto fonte autónoma de direito, tem sido entendido pela doutrina como “a prática social reiterada com convicção de normatividade”, ou seja, é uma prática implementada numa determinada colectividade e considerada por esta como juridicamente obrigatória¹⁰⁴. Daí deriva o aforismo latino “*tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*”.

Subjaz ao costume, um elemento objectivo que se traduz na prática constante, e um elemento subjectivo consistente, por sua

¹⁰² O artigo 43.º das Instruções preliminares da Pauta aduaneira dos direitos de importação e exportação a que corresponde a versão 2012, do sistema harmonizado de codificação das mercadorias, aprovada pelo Decreto legislativo presidencial n. 10/13, de 22 de Novembro, [publicado no Diário da República, I Série, n.º 225, de 22 de Novembro de 2013, pp. 3237-3718, com declaração de Rectificação n.º 1, publicada no Diário da República, I Série, n.º 21, de 30 de Janeiro de 2014, pp. 394-871], relativo aos benefícios fiscais aduaneiros, define o regime de aplicação das taxas das mercadorias importadas no âmbito de projectos de investimento privado.

¹⁰³ SANCHES / GAMA, in Manual ...cit., pp.60-61.

¹⁰⁴ Para mais desenvolvimento ver-se GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “Costume”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Iuris, Lisboa, 2013, pp. 94-96.

vez, na convicção de que a prática em alusão é juridicamente obrigatória.

Tradicionalmente, distinguem-se três classes de costume. O costume interpretativo (*secundum legem*) que determina a forma como uma norma jurídica deve ser entendida e aplicada, o costume introdutório (*praeter legem*), que estabelece uma norma jurídica nova para reger uma situação anteriormente regulada, e o costume derogatório (*contra legem*), que implica a derrogação de uma norma jurídica preexistente ou a sua substituição por uma norma diversa¹⁰⁵.

A nossa CRA trouxe a novidade de reconhecer, e isto aclamamos, o costume como modo de produção jurídica¹⁰⁶. No seu artigo 7.º estabelece-se *expressis verbis* que “é reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”. Neste preceito, em primeira monta, a CRA se limita, a confirmar, com efeitos meramente declarativos – e não constitutivos – a tutela constitucional do costume. A segunda ideia imediata que dele se retira é a de que a validade do costume não depende da sua conformidade com a lei ordinária, mas tão-somente da sua conformidade com a Constituição e com a dignidade da pessoa humana. Do que resulta que o costume e a lei ficam em igualdade, não sendo nenhum, por si mesmo, superior ao outro e ambos devem subordinação à CRA e à dignidade da pessoa humana. A terceira ideia que decorre é que tanto a validade como a força jurídica apenas merecerão tutela do Estado, se não contrariarem a CRA e não atentarem contra a dignidade da pessoa humana¹⁰⁷.

¹⁰⁵ AMÍLCAR DE ARAUJO FALCÃO, “O problema das fontes do direito tributário”, in AA Falcão – Revista de Direito Administrativo, 2014, pp. 30-31.

¹⁰⁶ Com este reconhecimento, o legislador constitucional veio adoptar uma visão de que o Estado não é o único detentor do poder de criar normas jurídicas, por outras palavras veio abraçar o pluralismo que pugna pela existência de uma pluralidade de fontes dentro do ordenamento jurídico e a consideração da convivência de uma plêiade de ordenamentos diversos, ou seja, de várias normatividades dentro de um mesmo território. A este propósito ver RODRIGO DOS SANTOS RIBEIRO, “A crise do paradigma monista no contexto do acesso à justiça”, in *Direito em diálogo de fontes*, D’PLACIDO, São Paulo, 2014 (ebook), pp. 6.

¹⁰⁷ Sobre o assunto ver-se CARLOS FEIJÓ, in *A coexistência normativa entre o Estado e as Autoridades tradicionais na ordem jurídica plural angolana*, Almedina, Coimbra, 2012 pp. 391e sgs.

Mais, a CRA, através do seu artigo 223.º n.º1, reconheceu ainda o estatuto, o papel e as funções das instituições do poder tradicional¹⁰⁸, constituídas de acordo com o direito consuetudinário¹⁰⁹.

As autoridades tradicionais¹¹⁰ são entidades que personificam e exercem o poder no seio da respectiva organização político-comunitária tradicional¹¹¹, de acordo com os valores e normas consuetudinárias e no respeito pela Constituição e pela lei¹¹².

No que respeita às atribuições, competência e organização das autoridades tradicionais, a CRA¹¹³, mandata o legislador ordinário¹¹⁴ a proceder à definição: *i)* dos respectivos fins e competências; *ii)* da sua organização e tipologia; *iii)* do regime de controlo pelo Estado e as relações institucionais dessas autoridades com os órgãos da administração local do Estado e da administração local autárquica; *iv)* do regime da responsabilidade pelos actos ou omissões praticados; e *v)* do regime financeiro e patrimonial.

Pese embora a definição das bases ser da competência da AN, esta, por sua vez, poderá conceder ao PR uma autorização legislativa para que este regulamente algum aspecto genérico de regime, ao abrigo do artigo 170.º da CRA, uma vez que, em termos de competências residuais, são de reserva relativa todas as matérias que não constituam reserva legislativa absoluta¹¹⁵.

¹⁰⁸ O poder tradicional se insere dentro do poder local. O poder local é autónomo da organização administrativa do Estado.

¹⁰⁹ Simultaneamente – e a fim de atribuir densidade normativa ao reconhecimento –, a CRA impõe às entidades públicas a obrigação de respeitarem, nas suas relações com as instituições do poder tradicional, os valores e as normas consuetudinários observados no seio das respectivas organizações político-comunitárias tradicionais. Neste sentido ver-se FEIJÓ, in *A coexistência ... cit.*, pp. 416 e 417.

¹¹⁰ V.g. o Sobado.

¹¹¹ A sua organização segue a forma de um governo de monarquia. Cfr. GOUVEIA, in *Direito ...cit.*, pp. 515.

¹¹² Cfr. artigo 224.º da CRA.

¹¹³ Cfr. artigo 225.º da CRA.

¹¹⁴ A Assembleia Nacional compete legislar, com reserva absoluta, sobre as bases do sistema de organização e funcionamento do poder local, e da participação dos cidadãos e das autoridades tradicionais no seu exercício. [cfr. artigo 164.º alínea f) da CRA]

¹¹⁵ FEIJÓ, in *A coexistência ... cit.*, pp. 423 e 424.

Transpondo as actuais definições constitucionais sobre o costume para a esfera fiscal, poder-se-á eventualmente afirmar que quer o costume *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem* podem ser admitidos como fonte de direito fiscal. Entretanto, face as especificidades próprias do direito fiscal poderá assim não suceder por diversas razões.

No que concerne ao costume *secundum legem*, que apenas estabelece uma maneira de cumprir e interpretar a lei, em virtude de nada criar, tem sido admitida pacificamente como fonte de direito. O costume *praeter legem*, pelo qual se introduz uma norma de conduta não existente ainda no sistema jurídico, poderá eventualmente constituir fonte de direito desde que este costume não recaia sobre a criação de impostos e/ou a definição dos seus elementos essenciais (incidência; taxa, benefícios fiscais e garantia dos contribuintes)¹¹⁶. De notar que o legislador angolano, mesmo antes do reconhecimento do costume, pela CRA, já acolhia o costume *secundum legem* e *praeter legem* como fonte de direito. Um eflúvio desta permissibilidade encontra-se presente no artigo 2.º do Código Aduaneiro¹¹⁷ que aceita às práticas decorrentes dos usos¹¹⁸ e costumes vigentes em zonas geográficas circunscritas, contanto que tais práticas não sejam contrárias à lei nem ao princípio da boa-fé.

Relativamente ao costume *contra legem*, no qual se verifica antinomia entre as normas costumeiras e a lei, torna-se deveras espinhoso conjecturar a sua existência. Primeiro, porque a própria CRA, tal como reconhece o Costume como fonte de direito, também designa, como competentes para a criação de impostos e sistema fiscal, a AN e o PR, este ultimo, após outorga da competente autorização legislativa¹¹⁹. Segundo, mas umbilicalmente ligado à primeira consideração, a CRA impõe que os impostos devem obrigatoriamente ser criados por lei, e nesta lei deverá vir determinada a sua incidência, a taxa, os benefí-

¹¹⁶ FALCÃO, O problema ...cit., pp. 30-31.

¹¹⁷ Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 120, de 04 de Outubro de 2006, pp. 1969-2075.

¹¹⁸ Um uso é simplesmente uma prática social reiterada susceptível de juridicidade, mas destituída de convicção de obrigatoriedade.[cfr. ASCENSÃO, in o *Direito... cit.*, pp. 278].

¹¹⁹ Cfr. artigo 165.º n.º 1 alínea o).

cios fiscais e as garantias dos contribuintes. *And last but not least*, no que respeita os poderes, competências e atribuições das autoridades tradicionais, novamente a CRA surgindo como a fénix, vem determinar que os actos a praticar por estas autoridades devem conformar-se e vir reguladas na Lei¹²⁰, ou seja é o Princípio da Legalidade no seu esplendor.

CARLOS FEIJÓ, apesar do preceito constitucional incluir a “organização das instituições do poder tradicional” no elenco de matérias a serem reguladas por lei, entende que o preceito errou por excesso, não aplaudindo a atribuição de competência à AN para legislar sobre a organização das autoridades tradicionais, por considerar ser um domínio natural do direito consuetudinário¹²¹.

Em síntese, pelos preceitos constitucionais, não nos parece que seja admissível o costume *contra legem* em direito fiscal, porque é a própria CRA que o tolhe.

f) As fontes jurisprudenciais

Por jurisprudência entende-se a actividade realizada pelos tribunais na aplicação do Direito, submetendo-se aos parâmetros pré-existentes, não podendo eximir-se de decidir ou julgar a questão submetida a sua apreciação, com fundamento na falta ou obscuridade da lei ou por dúvida insanável acerca dos factos em litígio¹²².

Os Tribunais, por regra, não criam normas jurídicas através das suas sentenças ou dos seus acórdãos, visto que os seus efeitos se circunscrevem ao caso concreto *sub iudice*. Todavia, existem situações em que determinada jurisprudência surge erigida de orientação geral, passando a constituir uma verdadeira fonte de direito. Este é o caso dos assentos do Supremo Tribunal de Justiça e dos Acórdãos de Inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.

¹²⁰ Cfr. artigos 224.º e 225.º.

¹²¹ FEIJÓ, in *A coexistência ... cit.*, pp. 446.

¹²² JORGE BACELAR GOUVEIA, in *Manual de Direito Constitucional*, Vol II, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 1187.

Em Angola, contrariamente ao que sucedeu em Portugal¹²³ e no

¹²³ **Em Portugal**, um ano após a publicação da 1.^a Revisão Constitucional do Texto de 1976, através da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro (publicada em Diário da República, I Série, n.º 227, de 30 de Setembro de 1982, pp. 3147), surgiu uma querela doutrinária acerca da validade constitucional do instituto dos assentos. E tal querela foi fruto do aditamento de um novo artigo 115.º sobre “actos normativos”, cujo n.º 5 dispunha (e ainda dispõe, mas actualmente no artigo 112.º n.º 6) *apertis verbis* que “Nenhuma lei pode criar outra categoria de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. Com a introdução deste preceito a doutrina dividiu-se, sendo que uma corrente defendia que, devido a dupla função dos assentos (integradora e interpretativa), justificava-se que a força obrigatória geral que lhes era conferida pelo artigo 2.º do Código Civil não se coadunasse com o artigo 115 n.º 5 da Constituição, pois que os assentos assumiam funções que estavam apenas reconhecidas à lei. Abrindo um parêntesis, MARCELLO CAETANO entendia que a função de fazer leis e efectuar interpretações autênticas, pertencia apenas à Assembleia Nacional e ao Governo e considerava que atribuir por lei ordinária a um tribunal função legislativa era inconstitucional. A outra corrente, entretanto, perfilhava a ideia de que, do artigo da Constituição em análise, não se retirava qualquer conclusão quanto à questão da legitimidade constitucional dos assentos, isto porque a norma visou apenas combater a prática da interpretação autêntica das leis através de actos normativos não legislativos como os regulamentos ou, de índole mais grave, de puros actos administrativos, como os despachos, ou as instruções. Em 1993, decorridos dez anos sobre a 1.^a Revisão Constitucional do Texto de 1976, foi proferido o acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html> e consultado aos 24/12/14), em sede de processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, que teve na sua génese uma apelação fundada na inconstitucionalidade da aplicação, no caso recorrido, de um assento que interpretara um artigo do Código Civil, pelo Tribunal da Relação do Porto. Como sustentáculo, a parte recorrente, invocou que os assentos não constituíam fonte de direito como se inferia da Constituição. Face às alegações apresentadas pela parte recorrida no processo e atendendo a todo o debate gerado sobre a validade constitucional deste instituto de uniformização de jurisprudência, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido de declarar inconstitucional a atribuição aos assentos de força obrigatória geral determinada pelo artigo 2.º do Código Civil, porquanto colidia com o artigo 112 n.º 5 da Constituição. Em 1996, através do acórdão n.º 743/96, de 28 de Maio, é declarada inconstitucional a parte do artigo que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral. Posteriormente, procedeu-se a um conjunto de reformas processuais, materializadas no Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, publicado em Diário da República, I Série, n.º 285, de 12 de Dezembro 1995, pp. 7780 (2) – 7780 (24) que conferira ao Supremo tribunal de Justiça a competência de emitir acórdãos de unifor-

Brasil¹²⁴ onde verificou-se a sua supressão, os assentos vêm essencialmente consagrados no artigo 2.º do Código Civil, nos artigos 768.º e 769.º¹²⁵ do Código de Processo Civil¹²⁶, e nos artigos 668.º e 669.º Código do Processo Penal¹²⁷.

Os assentos, de acordo com MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, representam “uma forma de o Supremo Tribunal de Justiça¹²⁸

mização de jurisprudência que se circunscreveriam apenas aos tribunais inseridos na cadeia judiciária a ele submetida. [Cfr. CAMPOS, Diana Beatriz, “a jurisprudência como fonte de direito” in *Revista De Direito Público* – Ano V, n.º 10 – Julho/Dezembro De 2013 (eBook), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 26 e segs, GOUVEIA, in *Manual ...cit.*, pp. 1188 e seguintes e CAETANO, in *Manual ...cit.*, pp. 122-123].

¹²⁴ No Brasil, as disposições sobre os assentos vigoraram tanto durante o período da colonização, como após a proclamação da independência. Enquanto Colónia, o Brasil estava integrado no Reino Unido de Portugal e Algarves e, depois de proclamada a sua independência política em 1822, naturalmente se reflectiram os efeitos das Ordenações Filipinas e, com elas, os Assentos da Casa da Suplicação. Os assentos viriam a ser recepcionados formalmente, através do Decreto legislativo 2.684, de 30 de Outubro de 1875, regulamentado pelo Decreto n.º 6.142, de 10 de Março de 1876. No referido Decreto legislativo, autorizava-se o Superior Tribunal de Justiça a emitir assentos para compreensão das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que coubessem na sua alçada. Tais assentos eram obrigatórios até a sua derrogação pelo Poder Legislativo. No ano de 2004, com a Emenda Constitucional 45, foram criadas as súmulas vinculantes que se traduzem no mecanismo que obriga os juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adoptado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinado assunto como jurisprudência consolidada, não podendo, portanto, ser contrariada. Sobre o tema ver-se OSLY DA SILVA FERREIRA NETO, in *Os Assentos no Direito Português e As Súmulas no Direito Brasileiro: Efetividade, Segurança e Imobilidade*, pp. 3070-3076. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/osly.pdf consultado 25/11/14.

¹²⁵ Cuja redacção do seu n.º1 foi introduzida pelo artigo 48, n.º 3 da Lei n.º 19/ /88, de 31 de Dezembro, publicado em Diário da República, I Série, n.º 51, de 31 de Dezembro de 1988, pp 416 (27).

¹²⁶ O Código do Processo Civil foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 44 129/1961, de 28 de Dezembro, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 299, de 28 de Dezembro de 1961, pp. 1783-1962.

¹²⁷ O Código do Processo Penal foi aprovado pelo Decreto n.º 16 489, de 15 de Fevereiro, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 37, de 15 de Fevereiro de 1929, pp. 463-517.

¹²⁸ Cfr. o artigo 181.º da CRA e o artigo 33.º alínea b) da Lei Orgânica do Tribunal Supremo, aprovada pela Lei n.º 13/11, de 18 de Março de 2011, publicada em Diário da República, I Série, n.º 52, de 18 de Março de 2011, pp.1381-1387.

fixar doutrina com força obrigatória geral, ou uniformizar a jurisprudência, sempre que existam dúvidas fundadas na contradição de julgados, por tribunais superiores, sobre uma mesma questão fundamental de Direito¹²⁹130. Logo, uma vez que os assentos têm por premissa fixar uma das várias interpretações possíveis da lei, como preencher uma lacuna do sistema, acabam por assumir a natureza de verdadeiras normas jurídicas, tendo, como tais, força obrigatória geral e sendo susceptíveis de aplicação analógica¹³¹. Porém, para valerem como disposição normativa, com força obrigatória geral devem ser publicados na 1.ª Série do Diário da República¹³².

O Supremo Tribunal de Justiça não pode alterar os seus assentos¹³³ e caducam quando forem revogados por um preceito legislativo

¹²⁹ Sobre o assunto ver-se SOUSA/GALVÃO, in *Introdução ...cit.*, pp. 141.

¹³⁰ Para A. CASTANHEIRA NEVES, os assentos são normas formalmente, e a sua intenção e eficácia são as de uma prescrição normativa: a imposição de critério jurídico para uma aplicação geral e futura. MARCELLO CAETANO, pelo contrário, entendia que o assento “é a definição em termos genéricos, e com carácter obrigatório para todos os tribunais dependentes daquele que o profere, do sentido que deve ser dado nos julgamentos futuros a uma norma legal de entendimento duvidoso”. Deste modo, em vez de a jurisprudência se fixar pela repetição uniforme, em sucessivos casos julgados, de uma certa interpretação da lei, fixa-se em certo caso destacando qual a orientação que de futuro invariavelmente se adoptará, vinculando apenas os juízes dependentes do tribunal superior que a adopta. Este cultor de direito efectuou ainda um paralelismo da figura do assento dizendo que correspondem, na ordem jurisdicional, à interpretação por via de instruções ou ordens de serviço na ordem administrativa ou burocrática, embora sejam proferidos a propósito de um caso submetido a julgamento. [ver A. CASTANHEIRA NEVES, in *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Reimpresão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 282 e segs.; CAETANO, in *Manual ...cit.*, pp. 122-123].

¹³¹ Ver-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição Revista e Actualizada Reimpresão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 53-54

¹³² Cfr. artigo 5.º n.º 1 alínea d) da Lei sobre Publicações Oficiais e Formulários Legais, aprovada pela Lei n.º 7/14, de 26 de Maio, publicada em Diário da República, I Série, n.º 98, de 26 de Maio de 2014, pp. 2413-2443.

¹³³ A faculdade de alterar os assentos existiu no artigo 769.º Código do Processo Civil de 1939, aprovado pelo Decreto-lei n.º 29:637, de 28 de Maio de 1939, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 123, de 28 de Maio de 1939, pp. 419-548, mas foi abolida em 1961.

posterior ou quando for modificada a legislação no âmbito da qual foram proferidos^{134/135}.

No direito fiscal entendemos ser admissível “assentar”. Como exemplo, trazemos a ribalta o artigo 350.º n.º 3 do Código Aduaneiro¹³⁶ que estatui que “para além dos casos previstos na lei processual civil¹³⁷, é sempre admissível recurso, seja qual for o valor da causa, das decisões proferidas contra jurisprudência uniformizada pelo Tribunal Supremo¹³⁸.”

Passando para os Acórdãos de Inconstitucionalidade, em primeira instância, cabe-nos referir que ao Tribunal Constitucional compete velar pelo respeito da Constituição pelas leis e demais actos do Estado, da administração pública e do poder local¹³⁹. E, neste âmbito, o Tribunal Constitucional poderá pronunciar-se ou, melhor, ser chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade destes actos.

As decisões, declarações ou acórdãos que dimanem do Tribunal Constitucional serão fonte de direito quando detenham aptidão para vincular os particulares e todos os órgãos do poder político do Estado, incluindo os tribunais¹⁴⁰. E esta força obrigatória geral está presente

¹³⁴ Salvo, se a legislação anterior for substituída por outra que contenha textos idênticos.

¹³⁵ Ver-se LIMA/VARELA, in *Código ...cit*, pp. 53-54

¹³⁶ O Código Aduaneiro foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 5/06, de 04 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 120, de 04 de Outubro de 2006, pp. 1969-2075

¹³⁷ A lei processual civil aplica-se enquanto norma residual e é nela onde se concretiza o instituto dos assentos.

¹³⁸ V.g. de *iure constituendo* o artigo 173.º do Código das Execuções Fiscais, aprovado pela Lei n.º 20/14, de 22 de Outubro, publicado em Diário da República, I Série, n.º 192, de 22 de Outubro de 2014, pp. 4630-4660, que entrará em vigor no dia 1 de Janeiro de 2015, que permite o Recurso Extraordinário para Uniformização de Jurisprudência quando uma sentença perfilhe, relativamente à mesma questão de direito e na ausência de alteração substancial da regulamentação jurídica aplicável, solução oposta a mais de três sentenças proferidas em primeira instância ou de Acórdão de Tribunal Superior.

¹³⁹ Cfr. artigo 227.º da CRA.

¹⁴⁰ Cfr. O artigo 230.º do Constituição da República de Angola de 2010.

nos Acórdãos de Inconstitucionalidade que brotam de uma fiscalização repressiva¹⁴¹ abstracta da constitucionalidade¹⁴².

A fiscalização repressiva abstracta da constitucionalidade é aquela que é: (i) realizada pelo Tribunal Constitucional, (ii) depois da entrada em vigor de determinada norma; (iii) feita em abstracto, desconsiderando-se a aplicação dessa lei a qualquer caso concreto; (iv) requerida por entidades públicas¹⁴³, designadamente, pelo Presidente da República, por um décimo dos Deputados à Assembleia Nacional em efectividade de funções, pelos Grupos Parlamentares, pelo Procurador-Geral da República, pelo Provedor de Justiça e pela Ordem dos Advogados de Angola¹⁴⁴.

A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a repristinação das normas que ela haja revogado. Porém, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito¹⁴⁵.

Os Acórdãos de Inconstitucionalidade de normas deverão ser, tal como sucede com os assentos, publicados na I.^a Série do *Diário da República*¹⁴⁶.

Em remate dizer, que a jurisprudência, mesmo quando não seja considerada como fonte imediata de direito, conforme sublinham

¹⁴¹ ou sucessiva

¹⁴² V.g. Acórdão n.º 319/13, de 23 de Outubro, publicado em Diário da República, I Série, n.º 204, de 23 de Outubro de 2013, pp. 2871-2876, no qual os Juizes Conselheiros do Tribunal Constitucional, acordam em Plenário, o em declarar a inconstitucionalidade parcial do Regimento da Assembleia Nacional, aprovada pela Lei n.º 12/13, de 2 de Maio.

¹⁴³ Ficam excluídas a fiscalização privada e a fiscalização popular. Sobre isto ver-se GOUVEIA, in *Direito ...cit.*, pp. 616.

¹⁴⁴ Sobre o assunto ver-se SOUSA/GALVÃO, in *Introdução ...cit.*, pp. 139-140.

¹⁴⁵ Cfr. artigo 231.º da CRA.

¹⁴⁶ Cfr. Artigo 5.º n.º 1 alínea c) d Lei sobre Publicações Oficiais e Formulários Legais e artigo 7.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 3/08, de 17 de Junho, publicada em Diário da República, I.^a Serie, n.º 110, de 17 de Junho de 2008, pp. 1169-1177.

J. L. SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA, dada a sua importância permitirá sempre uma prognose sobre o modo como o direito será aplicado, apesar de, no que respeita ao direito fiscal, este prenúncio ver-se dificultado pela mutação constante e rápida das normas fiscais, impedindo assim a sedimentação de interpretações jurisprudenciais ¹⁴⁷.

g) A singularidade da doutrina e da equidade

i. A doutrina

A doutrina é a formulação de opiniões dos jurisconsultos acerca de uma questão de direito ou sobre a relação existente entre esta mesma questão de direito e uma questão de facto ¹⁴⁸.

Historicamente, a doutrina foi considerada como uma fonte de direito. As soluções ou respostas, sobre questões apresentadas por magistrados ou particulares, aos jurisconsultos romanos que gozavam do *ius publice respondendi* ¹⁴⁹ tinham carácter obrigatório, i. é, vinculativo. Na vigências das ordenações Manuelinas em Portugal, igualmente teve grande relevo a denominada *communis opinio doctorum*, na qual, quer empregando-se o critério quantitativo (do maior número), ou o critério qualitativo (fundado na maior autoridade), a convergência das opiniões de vários autores se tornava fonte de direito ¹⁵⁰.

Hoje em dia tem-se considerado a doutrina apenas como fonte “mediata” de direito ¹⁵¹. Sem embargo, apesar de a doutrina não ser reconhecida como uma forma de criação directa e imediata do direito, esta desempenha um papel essencial no mundo jurídico ¹⁵². Como bem assinala JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, a autoridade da doutrina reside na valia intrínseca das posições propugnadas. Por este motivo, nos litígios jurídicos, cada parte procura enriquecer as suas alegações

¹⁴⁷ SANCHES / GAMA, in *Manual...cit.*, pp. 60.

¹⁴⁸ SOUSA / GALVÃO, in *Introdução ... cit.*, pp. 156.

¹⁴⁹ Poder de responder formalmente, concedido pelos imperadores romanos.

¹⁵⁰ ASCENSÃO, in *o Direito ...cit.*, pp. 262-263.

¹⁵¹ Apesar de, em reacção contra o pretenso monopólio da lei, alguns doutrinadores considerarem a doutrina uma verdadeira fonte de direito.

¹⁵² SOUSA / GALVÃO, in *Introdução ... cit.*, pp. 157.

com citação de jurisconsultos de especial autoridade que se tiverem pronunciado no mesmo sentido. Simplesmente, o juiz não está vinculado pelas opiniões expendidas¹⁵³. No revés da moeda, acrescentamos nós, que não deixa de ser igualmente certo que amiúde se encontram plasmadas nas decisões dos tribunais citações doutrinárias.

A nível do direito fiscal angolano, está-se a atravessar um período de ebulição normativa que resulta das hodiernas reformas. Portanto, ganha singular importância o papel da doutrina por gozar de influxo na evolução dos sistemas de Direito Positivo e por contribuir poderosamente para aquela vida jurídica que se conjuga com os factos directamente normativos e mediante a qual eles ganham o verdadeiro significado¹⁵⁴, pois que frequentemente a doutrina problematiza e conceptualiza figuras ou institutos jurídicos, antes mesmo de eles terem acolhimento legal, bem como dá contornos específicos à interpretação da lei que se revelam decisivos na hora da sua aplicação¹⁵⁵.

ii. A equidade

A equidade¹⁵⁶ é um critério formal de decisão de casos concretos, ditando soluções atendendo às peculiares características destes mesmos casos. Para ser fonte de direito, a equidade deveria poder revelar regras jurídicas. A equidade, por estar despedida de intuito generalizador, não se projecta noutros casos, embora semelhantes¹⁵⁷.

IV. A Hierarquia das Fontes de Direito

Os modos de revelação das normas jurídicas não são hierarquizáveis entre si, mas já o são os seus modos de formação, ou melhor, os factos normativos em que consistem. Daqui resultará que os actos

¹⁵³ ASCENSÃO, in o *Direito ... cit.*, 2006., pp. 262-263.

¹⁵⁴ ASCENSÃO, in o *Direito ... cit.*, 2006., pp. 262-263.

¹⁵⁵ SOUSA/GALVÃO, in *Introdução... cit.*, pp. 157.

¹⁵⁶ Cfr. artigo 4.º do Código Civil.

¹⁵⁷ ASCENSÃO, in o *Direito ... cit.*, 2006., pp. 261.

normativos (leis, decretos presidenciais, tratados, etc.) não se situam num plano de horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica.

Traçando uma hierarquia abstracta de fontes de direito fiscal, temos que no sistema normativo, as normas idóneas para integrarem o cume da pirâmide são a Constituição e as leis constitucionais que estabelecerão a relação hierárquica entre os actos normativos infraconstitucionais.

A CRA, por sua vez, ordena hierarquicamente os actos normativos infraconstitucionais tendo por base determinados princípios. Com fundamento no princípio da preeminência da lei em sentido formal, obteremos a superioridade dos actos legislativos face aos actos normativos regulamentares *ex vi* do disposto no artigo 120.º alínea l) da CRA. Ainda no âmbito do princípio da preeminência, mas no ângulo das leis de autorização, temos que estas ganham superioridade face as normas autorizadas – os decretos legislativos presidenciais autorizados –, como se constata da conjugação dos artigos 120.º alínea h), 165.º n.º1 alínea o) e 166.º todos da CRA. Através do princípio da tendencial paridade ou igualdade entre as leis, os decretos legislativos presidenciais, decretos legislativos presidenciais provisórios, e o costume¹⁵⁸, saberemos que os mesmos se encontram, em princípio, no mesmo plano horizontal, como se vislumbra nos artigos 126.º e artigo 7.º da CRA¹⁵⁹.

Ainda hoje se tem debatido sobre a eventual existência de uma hierarquia entre o direito internacional e o direito interno. Neste aspecto, nem as perspectivas monistas nem as perspectivas dualistas apontam necessariamente para soluções em que todo o direito internacional tenha primazia sobre todo o direito interno, ou vice-versa¹⁶⁰. No que respeita as fontes fiscais internacionais, como alicerce no artigo 13.º n.º 2 da CRA, em princípio, valem menos que a Constituição e mais do que as leis¹⁶¹.

¹⁵⁸ Em direito fiscal, como vimos, não se admite o costume *contra legem*.

¹⁵⁹ No essencial CANOTILHO, in *Direito...cit.*, pp. 700.

¹⁶⁰ MACHADO / COSTA, in *Direito ... cit.*, pp. 312-321.

¹⁶¹ SOUSA/GALVÃO, in *Introdução... cit.*, pp. 107.



Partindo da proposta de hierarquia de fontes, apresentada por JORGE BACELAR GOUVEIA, tal como ela é implícita ou explicitamente concebida pela CRA, no direito fiscal a pirâmide a estruturamos conforme a ilustração acima.

V. Conclusões

Aqui chegados, eis, em síntese, as principais conclusões que retiramos relativamente ao objecto do presente trabalho:

- 1) A Constituição, enquanto lei suprema, constitui a principal fonte das normas fiscais produzidas por via legislativa ou consuetudinária. A ela caberá traçar os princípios reitores do direito fiscal, quer seja no domínio das normas de organização, das normas preceptivas, como no das normas orientadoras.
- 2) A lei, em sentido formal, integrando neste conceito a lei da AN, os decretos legislativos presidenciais autorizados e os Decretos legislativos presidenciais provisórios, também serão

fonte de direito. Com fundamentos no princípio da reserva de lei, a AN, legisla, com reserva relativa, sobre as matérias relacionadas com a criação de impostos e sistema fiscal, por lado. Por outro, sendo uma competência relativa, sob prévia autorização legislativa, o PR, poderá igualmente legislar sob matéria fiscal, desde que respeite os ditames impostos pela lei de autorização. Entretanto, a nossa Constituição, admite ainda que, em matérias fiscal, por razões de urgências sejam editados decretos legislativos provisórios, destituídos de autorização prévia, devendo posteriormente ser remetidos à AN para serem por ela apreciados e convertidos em lei.

- 3) O regulamento, enquanto fonte de direito, tem como principal objectivo executar ou completar as leis fiscais. Para sua validade exige-se que indique expressamente a lei fiscal que visa regulamentar.
- 4) As Ordens internas da administração, como o são os despachos, as circulares e instruções, por terem aplicação meramente interna, vinculando apenas a própria administração, não serão consideradas fonte de direito fiscal.
- 5) As praxes administrativas, consistindo estas em hábitos rotineiros da administração pública, também os não consideramos como fonte de direito, porque como sucede com as Ordens internas da Administração fiscal, apenas vinculam estas.
- 6) Os contratos fiscais constituem ainda fonte de direito já que têm por objecto se e/ou o quanto da incidência do imposto, e intervêm de um lado, o titular do poder tributário ou, por delegação sua, a administração fiscal e, de outro lado, o contribuinte e se concretizam sobretudo na atribuição de benefícios fiscais dinâmicos.
- 7) O costume, por apresentar-se como uma fonte autónoma e não intencional do direito, trás consigo grandes dificuldades no que respeita a sua admissão no direito fiscal, que se pauta acentuadamente pelo Principio da legalidade. Dai entendermos que o costume será considerado apenas fonte de direito quando se trate de costume *secundum legem* e *costume praeter legem*, sendo que neste último caso, a sua admissão restringe-se aos

casos que não digam respeito à criação de impostos e definição dos seus elementos essenciais.

- 8) A actividade diuturna dos tribunais – a jurisprudência – apenas constituirá fonte de direito quando estejamos face à assentos do Tribunal Supremo sobre matéria fiscal ou face a Acórdãos de Inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização sucessiva abstracta, sobre matéria igualmente fiscal.
- 9) A doutrina, pese embora a sua importância e a influência que exerce, não constitui fonte de direito.
- 10) A equidade, sendo um critério formal de decisão de casos concretos, não a consideramos como fonte de direito.
- 11) Em tónica, no plano da hierarquia das fontes de direito fiscal, o diapasão se nos apresenta do seguinte modo: 1. As fontes e actos constitucionais; 2. As fontes e actos internacionais incorporadas no direito angolano. 3. As fontes e actos legislativos e as fontes costumeiras. 4. As fontes e actos administrativos; 5. As fontes e actos jurisdicionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Adão de, in *As autorizações legislativas e o controlo parlamentar do decreto-lei autorizado – O caso Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009
- AMARAL, Diogo Freitas do, in *curso de Direito Administrativo*, com colaboração de Pedro machete e Lino Torgal, Vol II, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- ARAÚJO, Raul Vasques e NUNES, Elisa Rangel, in *Constituição da República de Angola (Anotada)*, Tomo I, Luanda, 2014
- ASCENSÃO, José de Oliveira, in *o Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Edição Refundida, Almedina, Coimbra, 2006
- CAETANO, Marcello, in *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.^a Edição, 9.º Reimpressão Revista e Actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas Do Amaral, Almedina, Coimbra, 2008.

- CAMPOS, Diana Beatriz, “a jurisprudência como fonte de direito” in *Revista De Direito Público – Ano V, N.º 10 – Julho/Dezembro de 2013 (eBook)*, Almedina, Coimbra, 2014
- CANOTILHO, J.J. Gomes, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, 8.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009.
- CONSCIÊNCIA, Eurico Heitor, In *Breve Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- CARLOS, Américo Fernando Brás, in *Impostos – Teoria Geral*, 3.^a Edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2010
- FALCÃO, Amílcar de Araujo, “O problema das fontes do direito tributário”, in *AA Falcão – Revista de Direito Administrativo*, 2014
- FEIJÓ, Carlos, in *A coexistência normativa entre o Estado e as Autoridades tradicionais na ordem jurídica plural angolana*, Almedina, Coimbra, 2012
- FEIJÓ, Carlos e PACA, Cremildo, in *Direito Administrativo*, 3.^a Edição aumentada, Mayamba Editora, Luanda, 2013.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, in *Direito Constitucional de Angola*, IDILP-Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa/ Luanda, 2014
- , *Manual de direito Constitucional*, Vol II, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2013
- KELSEN, Hans, in *Teoria pura do direito*, 2.^a Edição (1960), tradução de João Baptista Machado, 7.^a edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2008.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, in *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.^a Edição Revista e Actualizada Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 53-54
- MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, in *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- , *Direito Constitucional Angolano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009,
- MARQUES, Paulo, in *elogio do imposto – A relação do Estado com os contribuintes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, in *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, com colaboração de Pedro machete e Lino Torgal, Vol II, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- NABAIS, José Casalta, in *Direito Fiscal*, 6.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2010
- , *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005.

- , *O dever fundamental de pagar impostos* – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo, 3.º Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012
- NETO, Osly da Silva Ferreira, in *Os Assentos no Direito Português e As Súmulas no Direito Brasileiro: Efetividade, Segurança e Imobilidade*.
- NEVES, A. Castanheira, in *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- NUNES, Elisa Rangel, in *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Luanda, 2013
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, in *Teoria geral do Direito Civil*, 3.ª Edição Atualizada, 12.ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- PONTUAL, Helena Daltro, “Medida Provisória”, in Senado federal – Portal de Notícias
- MICHEL Rainelli, in *A Organização Mundial do Comércio*, tradução de Ana Barradas, Terramar, Lisboa, 1998
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “Costume”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Iuris, Lisboa, 2013
- RIBEIRO, Rodrigo dos Santos, “A crise do paradigma monista no contexto do acesso à justiça”, in *Direito em diálogo de fontes*, D’PLACIDO, São Paulo, 2014 (ebook)
- SANCHES, J. L. Saldanha e GAMA, João Taborda da, in *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- SOUSA Marcelo Rebelo De, e GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª Edição, LEX, Lisboa, 2000.
- XAVIER, Alberto, in *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição Atualizada, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 98.

REFERÊNCIAS LEGAIS (ANGOLA)

- Constituição da República de Angola de 2010**, publicada no Diário da República, I Série, n.º 23, 5 de Fevereiro de 2010, pp. 141-187
- Decreto legislativo presidencial n. 10/13, de 22 de Novembro**, publicado no Diário da República, I Série, n.º 225, de 22 de Novembro de 2013, pp. 3237-3718, com declaração de Rectificação n.º 1, publicada no Diário da República, I Série, n.º 21, de 30 de Janeiro de 2014, pp. 394-871

- Decreto legislativo presidencial n. 3/14, de 21 de Outubro**, publicado no Diário da República, I Série, n.º 191, de 21 de Outubro de 2014, pp. 4491-4500
- Decreto n.º 16 489, de 15 de Fevereiro**, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 37, de 15 de Fevereiro de 1929, pp. 463-517.
- Decreto n.º 41/99, de 10 de Dezembro**, I Série, n.º 50, de 10 de Dezembro de 1999, pp. 1286-1301
- Decreto Presidencial n.º 14/11, de 10 de Janeiro**, publicado no Diário da República, I.ª Serie, n.º 5, pp. xxx
- Decreto presidencial n.º 6/10, de 24 de Fevereiro**, publicado no Diário da República, I.ª Série, n.º 35, de 24 de Fevereiro de 2014, pp. 229-231
- Decreto-lei n.º 44 129/1961, de 28 de Dezembro**, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 299, de 28 de Dezembro de 1961, pp. 1783-1962.
- Decreto-Lei n.º 47 690**, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 112, de 11 de Maio de 1967, pp. 967-1020.
- Decreto-lei n.º 47344/1966, de 25 de Novembro**, publicado no Boletim Oficial de Angola, I.ª Série, n.º 274, de 25 de Novembro, pp. 2088-2283.
- Decreto-lei n.º 5/06, de 04 de Outubro**, publicado no Diário da República, I Série, n.º 120, de 04 de Outubro de 2006, pp. 1969-2075
- Diploma Legislativo n.º 3.868, de 30 de Dezembro**, publicado no Boletim Oficial, I Série, Sup. N.º 305, de 30 de Dezembro de 1969, pp. 1652 (1) – 1652 (8)
- Lei n.º 13/11, de 18 de Março de 2011**, publicada em Diário da República, I Série, n.º 52, de 18 de Março de 2011, pp.1381-1387.
- Lei n.º 19/88, de 31 de Dezembro**, publicada em Diário da República, I.ª Série, n.º 51, de 31 de Dezembro de 1988, pp 416 (27)
- Lei n.º 20/14, de 22 de Outubro**, publicado em Diário da República, I Série, n.º 192, de 22 de Outubro de 2014, pp. 4630-4660
- Lei n.º 23/92, 16 de Setembro**, publicada em Diário da República, I Série, n.º 38, de 16 de Setembro de 1992, pp. 485-501
- Lei n.º 3/08, de 17 de Junho**, publicada em Diário da República, I.ª Serie, n.º 110, de 17 de Junho de 2008, pp. 1169-1177.
- Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro**, publicada em Diário da República, I.ª Serie, n.º 9, de 14 de Janeiro de 2011, pp. 260-267
- Lei n.º 7/14, de 26 de Maio**, publicada em Diário da República, I Serie, n.º 98, de 26 de Maio de 2014, pp. 2413-2443.

Resolução n.º 3/11, de 11 de Fevereiro, publicada em Diário da República, I.ª Série, n.º 28, de 28 de Fevereiro de 2011, pp. 511-519

Resolução n.º 3/91, de 16 de Março, publicada em Diário da República, I Série, n.º 11, de 16 de Março de 1991, pp. 55-88,

Resolução n.º 3/92, de 9 de Setembro, publicada em Diário da República, I Série, n.º 36, de 9 de Setembro 1992, pp. 410-423

Resolução n.º 4/96, de 15 de Março, da Assembleia Nacional, publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 11, de 15 de Março de 1996, pp. 108

REFERÊNCIAS LEGAIS (PORTUGAL)

Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, publicada em Diário da República, I Série, n.º 227, de 30 de Setembro de 1982, pp. 3147.

Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, publicado em Diário da República, I Série, n.º 285, de 12 de Dezembro 1995, pp. 7780 (2) – 7780 (24)

Decreto-lei n.º 29:637, de 28 de Maio de 1939, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 123, de 28 de Maio de 1939, pp. 419-548

Decreto n.º 16 489, de 15 de Fevereiro, publicado em Diário do Governo, I Série, n.º 37, de 15 de Fevereiro de 1929, pp. 463-517.

REFERÊNCIAS LEGAIS (BRASIL)

Decreto Legislativo 2.684, de 30 de Outubro de 1875,

Decreto n.º 6.142, de 10 de Março de 1876

JURISPRUDÊNCIA ANGOLANA

Acórdão n.º 319/13, de 23 de Outubro, publicado em Diário da República, I Série, n.º 204, de 23 de Outubro de 2013, pp. 2871-2876

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 810/93, (Diário da República, 1.ª série, de 2 de Março de 1994)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96, de 28 de Maio (Diário da República – I Série A, n.º 165, de 18 de Julho de 1996, pp. 1995)

HIPERLIGAÇÕES DA INTERNET

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>

http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/osly.pdf

Os Conflitos nas Sociedades Brasileira e Portuguesa do Século XXI: Assunção de Mecanismos Alternativos de Solução¹

Conflicts in Brazilian and Portuguese Societies of XXI Century: Assumption of Alternative Mechanisms Solution

LÍDIA MARIA RIBAS²
JORGE BACELAR GOUVEIA³

Resumo: O artigo analisa a adoção de práticas alternativas na solução de conflitos como estratégia nas políticas públicas e reengenharia na gestão do Judiciário em países da língua portuguesa, especialmente nos casos brasileiro e português. Pretende-se, portanto, levantar os fundamentos teórico-ideológicos que centralizam a atual crise do acesso e efetivação da justiça, decorrentes do instrumentalismo estatal, de modo a identificar as contribuições multiculturais que fecundam o aceite dos mecanismos de autocomposição. Outrossim, busca-se examinar as prerrogativas e experiências legislativas que induzem a dialética processual judiciária de ganhador/perdedor assim como as que trabalham a pacificação social na mediação, arbitragem ou conciliação. Ainda, aponta-se, com

¹ Entregue: 1.3.2015; aprovado: 4.6.2015.

² Doutora e Mestre em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e professora na graduação e pós-graduação da UFMS – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da UNIDERP/ANHANGUERA. Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Líder do Grupo de Pesquisas no CNPq – Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: limaribas@uol.com.br

³ Agregado e Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa e Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, onde atuou como assistente por oito anos. Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa. É jurisconsulto e advogado, além de Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa e do Instituto de Direito Público, tendo sido Deputado à Assembleia da República na XI Legislatura, Presidente do Conselho de Fiscalização do Sistema de Informações da República Portuguesa e membro da Comissão da Liberdade Religiosa.

análise nas políticas públicas desenvolvidas no Brasil e em Portugal, que o acesso à Jurisdição tradicional não alcança o viés progressista e efetivamente democrático que a atual sociedade hipercomplexa impõe. Para tanto, é utilizado como método de abordagem o indutivo, a partir da análise das posições doutrinárias, jurisprudenciais e legais, conformando-se a posição de que as garantias constitucionais brasileiras e portuguesas são melhor consolidadas com a descentralização das prestações que não são atendidas satisfatoriamente pelo serviço judiciário estatal.

Palavras chave: Políticas Públicas. Acesso à Justiça. Mediação. Arbitragem. Transação.

Abstract: The article analyzes the adoption of practices of alternative resolutions as a strategy in public policy and reengineering the Judiciary management in Portuguese-speaking countries, especially in the Brazilian and Portuguese cases. It is intended, therefore, raise the theoretical and ideological foundations that centralize the current crisis of access and execution of justice, due to the pure state instrumentalism in order to identify the multicultural contributions to fertilize the accepted mechanisms of selfcomposition. Furthermore, we seek to examine the legislative prerogatives and experiences that induce judicial procedural dialectics of winner/loser as well as those working in social peace mediation, arbitration or conciliation. Still, it is pointed out, with analysis in public policy developed in Brazil and in Portugal, where access to traditional jurisdiction does not reach effectively progressive and democratic bias in which the current hypercomplex society imposes. Therefore, it is used as the inductive method of approach, based on the analysis of the doctrinal positions, jurisprudential and legal, conforming the position that the Brazilian and Portuguese constitutional guarantees are better consolidated with the decentralization of services that are not answered satisfactorily by State legal service.

Key words: Public Policies. Access to Justice Mediation. Arbitration. Transaction.

Introdução

Sob a égide da política organizacional, a humanidade convencionou, a muito custo, os padrões ideais para que o Estado executasse suas funções da forma mais democrática e ágil possível. Isto porque somente depois de diferentes lides entre povos, culturas e opiniões, é que restou estabelecido que a harmonia social depende da solução

pacífica de controvérsias, e que a garantia dos direitos fundamentais se consolida por meio de uma boa gestão das políticas públicas nesse sentido.

Para solucionar as diferentes dimensões de seus conflitos, no desenvolvimento da sociedade, os povos têm implementado alteração paradigmática nas formas e a doutrina sociojurídica revela diversos mecanismos como a autotutela, autocomposição e a jurisdição. Ocorre que a sofisticação dos conflitos de interesses trouxeram ao Estado a responsabilidade de julgar direitos cada vez mais complexos e numerosos, comprometendo a qualidade da prestação da atividade jurisdicional, agravada pelo longo tempo em que as lides têm se arrastado no Judiciário.

Nas três últimas décadas do século XX, restou entendido que a centralização dos meios de solução no arcabouço institucional do Estado, acarreta todo um esgotamento da operacionalidade e da eficácia dos seus instrumentos de regulação e controle, pelo fato de não acompanharem a velocidade das inovações trazidas pela globalização.

Mesmo no atual século, ainda se estuda o tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e como atingir a satisfação moral, visto que esta indica uma prerrogativa de verdade. A partir dessa ideia, a resposta jurisdicional heterocompositiva tem satisfeito, mesmo que minimamente, a busca do ser humano por afirmação moral ao dar uma outorga oficial em favor de uma à outra parte.

Contudo, os resultados ao longo dos anos demonstram que, embora o ponto nevrálgico da problemática seja solucionado com a garantia social de uso da força em caso de descumprimento, a aceitação dos indivíduos é meramente formal; não incutindo nos envolvidos (comumente o prejudicado) a certeza individual de que a solução foi a mais adequada. Em outras palavras, a prestação jurisdicional do Estado não tem sido suficiente para resolver os complexos conflitos entre os sujeitos de direito da sociedade contemporânea, sendo fundamental que haja uma reengenharia na gestão do Judiciário, com o aumento da prática de mecanismos alternativos.

A animosidade ilustrada no espaço judicial não existe nos mecanismos alternativos de solução de conflitos como a mediação, a transação ou a conciliação, pois a solução dos litígios por tais instrumentos

permite um estado de pacificação social no qual todos são vencedores. Assim sendo, a pacificação se traduz efetivamente na aceitação da forma na qual o conflito deixou de existir, de modo que a sensação de satisfação pessoal se reproduz em todos os envolvidos, consistindo na plena segurança jurídica.

Por conseguinte, o presente estudo faz uma breve análise quanto à adoção de políticas públicas nesse sentido, no Brasil e em Portugal.

No cenário brasileiro, merece especial atenção a “Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário”, implementada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da resolução n.º 125, com objetivo de expandir o uso da conciliação e mediação de conflitos no país. Essa resolução foi uma maneira de assegurar que os órgãos jurisdicionais ofereçam soluções além das sentenças, ou seja, que ofereçam mecanismos de resolução consensual de controvérsias entre os litigantes com o incentivo da autocomposição de litígios, que pode ser encontrado na conciliação e mediação.

No cenário português, com o apoio do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Conselho Superior de Magistratura, da Ordem dos Advogados e da Procuradoria-Geral da República, criou-se o Centro de Arbitragem Administrativa que urge imprimir maior eficácia à tutela dos direitos eis que organiza tribunais arbitrais responsáveis por decisões emitidas com maior celeridade e portadoras de um mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais. Neste sentido, Portugal tratou por meio de decretos-leis os institutos da arbitragem tributária e administrativa com contornos que asseguram o seu bom funcionamento, conforme será ilustrado nesse estudo.

As experiências exitosas do Brasil e de Portugal ponderam que a adoção dos mecanismos alternativos não significam uma desjuridificação dos processos, pois todas as decisões julgam conforme os direitos constituídos, mas atestam a diminuição das disputas que congestionam o Judiciário. Tais fatores exsurtem da urgência e relevância de divulgação e amplitude da efetivação dos meios de resolução extrajudicial de conflitos, pois já não é novidade de que o Judiciário vivencia uma crise que pode comprometer a capacidade estatal de coordenar os diversos segmentos sociais, atender os direitos fundamentais e assegu-

rar serviços básicos preconizados nos instrumentos legais, para dirimir conflitos e pacificar pessoas.

1. Análise do Crescente Demandismo Representado pelas Lides Individuais

É notório que o aumento do número de litígios teve como gênese a globalização, haja vista ter esta sido a principal responsável pela aproximação de diferentes grupos sociais que, via de consequência, trouxe maior complexidade nas relações, novos direitos e também novos conflitos. Assim, as alterações socioeconômicas vivenciadas pelo mundo no atual e último séculos, geraram a chamada “crise da justiça”. Houve uma passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno, de modo a trazer a democratização do acesso à justiça aos indivíduos que buscam tutela para a solução de seus conflitos.

É nesse contexto de megaconflitos gerados por esta sociedade cada vez mais competitiva e complexa que a prestação jurisdicional se mostra deficiente, pois resolve pendências conforme a dicotomia vencedor-vencido e segue leis que, muitas vezes, possuem uma fenda abissal entre o mundo do dever ser e o mundo efetivo e real do ser (SPENGLER, BEDIN; 2013).

Superar os referidos paradigmas da jurisdição tradicional requer uma modernização na gestão do Judiciário, com vias a facilitar o acesso à justiça e ajustar o modelo de Estado hierarquizado e burocrata às imposições da sociedade multicultural complexa e de risco. Sobre a mudança do modelo, Bochenne (2011) entende que:

A modernização da gestão independe de alteração legislativa, ou seja, os operadores dos sistemas judiciais podem executar diversas ações estimuladoras, entre elas: a desburocratização, a melhor utilização de recursos de informática, a capacitação e valorização dos servidores públicos, a implementação de medidas destinadas a descongestionar os tribunais de ações judiciais repetitivas, o incentivo a iniciativas de mediação de conflitos, a padronização de procedimentos racionais e a implantação de métodos modernos de gestão, muitos deles já desenvolvidos e aplicados com sucesso na gestão de empresas privadas.

Nesse diapasão, temos que a realidade social precisa se equilibrar com as medidas sugeridas para uma eficiente reengenharia de gestão, pois as diferenças culturais entre diferentes regiões, as desigualdades de renda, e o acesso à infraestrutura e inovações tecnológicas dos grandes centros, influenciam na inclusão ou exclusão no acesso à justiça.

Cumprе destacar que, segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, somente em 2014, tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos, sendo que, dentre eles, cerca de 70% já estavam pendentes desde o início de 2013. Com efeito, resta preocupante constatar esse aumento processual progressivo a cada ano, de modo que as necessidades que perpassam as políticas públicas brasileiras e portuguesas demonstram que a atual sociedade está permeada por tecnologias de informação, que diversificaram as relações jurídicas – ao passo que os órgãos jurisdicionais não se adaptaram na mesma velocidade, com consequente demora da entrega da prestação jurisdicional.

Conforme dados do Relatório Justiça em Números 2014, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tem-se que o poder Judiciário Brasileiro gastou em 2014 cerca de R\$ 61,6 bilhões, de forma a atingir o equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) com gastos. Desse total, cerca de R\$ 55,30 bilhões – foi gasto com recursos humanos, o que representa a falta de sustentabilidade financeira permeada pela prestação jurisdicional do Estado. Além disso, houve um crescimento da litigiosidade de forma mais acentuada que os recursos humanos e as despesas, de modo a ser necessário uma reflexão sobre os benefícios da cultura de colaboração identificada nos mecanismos alternativos de solução de conflitos, em contraponto à cultura de litigância incentivada – ainda que indiretamente, pelo Poder Judiciário.

Em linhas quantitativas, Portugal também enfrenta, há alguns anos, problemas com relação ao número de processos iniciados e os pendentes a cada ano, segundo a Base de Dados Portugal Contemporâneo, da Fundação Francisco Manuel dos Santos e a Direcção-Geral da Política de Justiça – DG PJ, conforme demonstra a tabela:

Anos	Processos		
	Entrados	Findos	Pendentes
+ 1993	93.334	96.586	48.671
2000	↓49.542	↓58.273	↓24.208
2001	34.439	40.778	16.652
2002	23.479	25.531	13.570
2003	25.515	23.756	14.539
2004	27.012	24.591	16.513
2005	24.363	26.303	14.587
2006	24.068	23.888	14.767
2007	27.500	28.636	13.631
2008	33.012	30.478	16.165
2009	36.377	32.351	20.191
2010	34.756	35.794	19.153
2011	29.094	29.692	18.555
2012	30.260	30.787	18.028
2013	28.401	31.041	15.388

Fonte: DGPJ/MJ, PORDATA

A Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Também destacou os efeitos positivos do mecanismo da mediação, com vistas a destacar a durabilidade do processo, a prevenção do aumento da demanda, e a redução da litigiosidade face à colaboração entre as partes.

Para fundamentar esse contexto de reengenharia de gestão com vias à descentralização da prestação jurisdicional, faz-se necessário compreender os elementos que compõem a cultura da litigância, bem como a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça, por meio de uma fenomenológica filosófica e sociológica. Os reflexos do crescente demandismo representado pelas lides individuais aduzem que quanto mais baixo o nível social pertencido por suas partes, mais responsabilidade é depositada no Poder Jurisdicional do Estado para resolução dos seus conflitos.

Para tanto, os autores Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann terão suas teorias comparadas, a fim de ampliar a origem da cultura do conflito e da litigância, as incursões conceituais na realidade jurídica brasileira e portuguesa, a fim de posteriormente ser possível uma breve análise das iniciativas públicas adotadas pelo Brasil e Portugal.

1.1. Análise comparativa da evolução do sujeito jurídico segundo alguns sociólogos

Como ponto de partida, o objeto inicial da análise comparativa é a realidade social vista por Niklas Luhmann. Segundo este autor, a sociedade não é constituída por sistemas psíquicos, e nem seres humanos em carne e osso (GUIBENTIF, 2009). A realidade social seria um fenômeno improvável que precisa da positivação do direito para evoluir no seu processo civilizacional, e ao reverberar distinções entre o que é válido e o que não é válido, as operações jurídicas constituem-se numa importante ferramenta de construção simbólica do nosso universo.

Com efeito, a teoria de Niklas Luhmann possui pontos de convergência com a teoria do sociólogo Pierre Bourdieu, pois este admite que existem microcosmos sociais nos quais acontecem lutas entre os interesses particulares e os universais em que o trabalho dos juristas criaram um conjunto de conceitos e procedimentos a servir a coisa pública, que trouxe a ascensão luminosa da razão e a epopeia emancipatória coroada pela Revolução Francesa (BOURDIEU, 1989).

Jürgen Habermas surge, nesse contexto, como o autor mais iluminista, no sentido de que constituiu o papel do direito nas sociedades modernas e observou que a razão não advém de um sujeito individual, mas sim da discussão entre sujeitos. A partir de então, Habermas se preocupou em analisar as condições favoráveis à comunicação na escala de grandes sociedades, e concluiu que o sistema político constituído em estado de direito deve oferecer garantias em casos de problemas de integração da sociedade no seu conjunto (GUIBENTIF, 2009).

Em contrapartida, Michel Foucault discute os dispositivos de poder, e observa a concepção do sujeito a partir de sua submissão a rotinas

de cumprimento das regras, a mecanismos de sujeição. Foucault analisa que o sujeito que resulta da sujeição desprende-se de si próprio, reconhece-se como sujeito de direito e passa de homem memorável para o chamado homem calculável (FOUCAULT, 1977).

É possível aduzir que as aludidas teorias sociológicas possuem a mesma pertinência, porém divergem em alguns pontos quanto à interpretação da realidade social (GUIBENTIF, 2009). Dada a densidade dos fatídicos no mundo jurídico e dinamismo dos conflitos, algumas vezes a abordagem de um autor restará mais genérica, outras vezes representará a instrumentalização do direito pelo qual o sujeito construirá história.

Partindo dessas perspectivas sociológicas, os sujeitos jurídicos contemporâneos que protagonizam os conflitos redefiniram o conceito de realidade social de Luhmann, os microcosmos sociais de Bourdieu, o sujeito individual de Habermas e o homem calculável de Foucault, com a ascensão de uma nova cultura jurídica que não restringe sua lógica estrutural apenas a organização do Estado aos seus preceitos normativos. Os sujeitos jurídicos contemporâneos expuseram lacunas entre a dogmática jurídica e sua incidência social, numa conjuntura onde a economia, a demografia e os anseios político-sociais evidenciaram a aleatoriedade e a desordem dos conflitos.

Nesse diapasão, o poder-dever do sistema jurisdicional de proporcionar aos cidadãos um acesso efetivo à justiça, tem encontrado dificuldades com fatores não somente de ordem formal e estrutural, como também de ordem subjetiva quanto à satisfação moral, de modo que a assunção dos mecanismos alternativos de resolução de litígios se movimentou como a conquista mais satisfatória das políticas públicas luso-brasileiras.

1.2. O acesso à justiça na resolução de conflitos no Brasil e em Portugal

Passadas algumas observações quanto a teorias sociológicas, temos que as leis positivadas sempre tiveram um importante papel no tratamento dos conflitos sociais. Sobre esse aspecto, Bobbio

(1999) aduz que o conflito é somente uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, organizações, grupos e coletividades, sendo que outra forma possível de interação é a cooperação. Assim, um determinado grupo social pode ser definido por suas formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nele surgem.

Os conflitos têm sido objeto de estudo não só da área jurídica, como também em áreas como psicologia, sociologia, pedagogia, e enquanto alguns os caracterizam como patologia social a ser reprimida, outros entendem que por meio deles é que surgem mudanças e desenvolvimentos.

De uma forma geral, a vida em grupo requer certa vinculação do indivíduo, já que a sociedade é o fim eminente de toda atividade moral (DURKHEIM, 2004). Portanto, é impossível separar o indivíduo de sua situação social, pois o sujeito só existe como movimento social. Numa análise da sociedade pós-moderna, sobretudo de seus conflitos, vê-se que o mundo vive hoje a fusão entre racionalização e subjetivação e que as mudanças sociais estão diretamente ligadas às modificações do direito e sua aplicação na sociedade.

Cumprir observar que todo litígio possui duas dimensões, sendo uma destrutiva – por gerar um clima de oposição ou de hostilidade, e a outra positiva – no sentido de conter em si a dinâmica que leva à mudança e ao avanço da civilização. Portanto, quando os conflitos são formalmente assumidos e passam a requerer uma intervenção para os pacificar, transformam-se em litígios (FRADE, 2003).

É importante destacar que as decisões emitidas pelos centros de mediação e arbitragem, em Portugal, possuem natureza consensual e vêm funcionando com excelência como alternativa à litigância em tribunal, pois estão mais adaptados à complexidade dos litígios que lhe serão submetidos para resolução.

Já no caso brasileiro, o poder Judiciário não tem intensificado o acesso à justiça como poderia, à medida que não aplica à realidade fático-jurídica a real possibilidade dos cidadãos receberem a solução de seus conflitos de forma célere e eficiente, embora os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania – NUPEMEC, para solucionar e prevenir conflitos na Justiça,

com função de implantar uma cultura de paz na sociedade brasileira já estejam apresentando resultados positivos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Para atender subjetiva e objetivamente a série de demandas que a sociedade brasileira e a portuguesa propõem, a solução tem sido a adoção de instrumentos consensuais e extrajudiciários. Será demonstrado a seguir que a estrutura desses instrumentos permite maior celeridade em contraponto ao modelo tradicional de jurisdição, mesmo quando um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito, no caso da arbitragem.

Por fim, cumpre ressaltar que tais alternativas descentralizam a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, efetivam o acesso à justiça e possibilitam a participação das partes na solução de suas contendas; sendo estas, a mediação, a arbitragem, a negociação, a transação, a conciliação, entre outras.

2. Breve Análise das Políticas Públicas Brasileiras com Relação aos Mecanismos Alternativos

É possível aduzir que o Brasil vive um momento de formação de uma nova mentalidade coletiva, na qual os conflitos podem ser resolvidos fora do âmbito dos tribunais, de maneira não-litigiosa, interdisciplinar e eficaz. Isso porque a partir dos anos 1970, os juristas brasileiros têm procurado novos estímulos aos processos autocompositivos. Nesse diapasão, os mecanismos alternativos surgiram como procedimentos equânimes que ajudam as partes a obter resultados satisfatórios, pois as mesmas são estimuladas a solucionar problemas da forma mais consensual e adequada possível.

Pode-se dizer que os painéis de debates promovidos por órgãos como o Superior Tribunal de Justiça – STJ contribuíram muito para tratar a Arbitragem, a Mediação, a Conciliação como proposições reais e não meras conjecturas de futuro. Nessa seara, em 1996, a Lei da Arbitragem foi sancionada sob o número 9.307, fundamentada em diretrizes da sociologia do direito e hábil para trazer maior segurança jurídica à realidade sociocultural brasileira.

Em seguida, em 1998 – uma década após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a Câmara dos Deputados recebeu o projeto n.º 4.827/98 que tinha por objetivo institucionalizar a mediação no contexto jurídico nacional.

O segundo projeto sobre mediação foi elaborado pelo IBDP (Instituto Brasileiro Direito Processual) e por uma comissão da Escola Nacional da Magistratura, tendo sido apresentado em 17 de setembro de 2001. Esse material colheu conceitos sobre mecanismos de pacificação, tratamento das regras referentes aos mediadores, e co-mediação obrigatória nas ações que versem sobre direito de família.

Apresentado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em 17 de setembro de 2003, a nova versão do projeto ganhou a denominação de consensual, pois reuniu pontos importantes do Projeto de Lei n.º 4.827 de 1998 e do projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Nessa oportunidade, o Provimento n.º 03/2011 e Portaria n.º 281/2011, em virtude da Resolução n.º 125, do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, criou os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania – NUPEMECs, que trabalham com os métodos consensuais da Conciliação e a Mediação para solucionar e prevenir conflitos na Justiça, tendo a função de implantar uma Cultura de Paz na Sociedade.

Nesse contexto, merece destaque o CNJ que, em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário, tem realizado a elaboração de excelentes materiais pedagógicos de apoio aos cursos de mediação judicial, tendo por escopo a estabilização da política pública em debate.

Ademais, se destacam outros exemplos de órgãos do Judiciário com programas de acesso à justiça e justiça comunitária, em especial os do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Mato Grosso do Sul e de Minas Gerais que adotaram mais efetividade no uso das técnicas da mediação para a resolução de disputas (CNJ).

Diante das políticas públicas delineadas, o Direito Tributário Brasileiro também trouxe um modelo de relação com o contribuinte que não concorre com o poder Judiciário, e configura num mecanismo alternativo de resolução de conflitos que além de introduzir o consenso

na imposição tributária, ainda auxilia no cumprimento voluntário da obrigação, de forma a concluir o processo de positivação da norma tributária sem precisar recorrer ao processo judicial tributário ou do arcabouço coercitivo estatal (RIBAS, SILVA, 2013).

Outro não foi o propósito quanto à gestão de conflitos quando em 2010 o CNJ, emitiu a Portaria n.º 125 senão a instalação de centros permanentes de solução de conflitos e cidadania nas cortes nacionais, com o fim de instigar a institucionalização de soluções alternativas ao clássico conceito de jurisdição na gestão de conflitos.

É possível aduzir que a implementação da mediação, no contexto da política pública desenvolvida pelo CNJ, agrega todas as áreas de Direito e implementa técnicas específicas para promover uma solução consensual ao conflito estabelecido entre as partes.

Diante das políticas públicas pesquisadas no Brasil, visualiza-se que um longo caminho de conscientização sobre os benefícios dos mecanismos alternativos foi percorrido. A razão maior para que isso ocorresse foi a frustração dos jurisdicionados quanto à morosidade angustiante para receber o resultado de um litígio pelo Judiciário, e o dinamismo oferecido pelos mecanismos alternativos à sociedade contemporânea.

O Conselho da Justiça Federal (CJF), em parceria com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem realizado campanhas, como por exemplo a de 2014 com o seminário intitulado “*Como a Mediação e a Arbitragem podem ajudar no acesso e na agilização da Justiça?*”, com objetivo de trazer aos métodos legais brasileiros os efeitos pedagógicos e eficazes para dissolver conflitos e prevenir futuros problemas de ordem política, social e cultural, induzidos por tais mecanismos alternativos.

3. Breve Análise das Políticas Públicas Portuguesas com Relação aos Mecanismos Alternativos

A resolução alternativa de litígios tem sido escolha marcante nos sistemas de administração da justiça portugueses, de forma a corresponder satisfatoriamente aos conflitos emergentes e ao direito de acesso à justiça.

Cumpre aduzir que, em Portugal, são considerados meios de resolução alternativa de litígios, que integram um sistema de mediação próprio, Sistemas de Mediação Pública (Mediação Familiar, Mediação Laboral e Mediação Penal) e os Centros de Arbitragem.

Todos esses meios solucionam litígios de forma não jurisdicional, com exceção dos julgados de paz e dos tribunais arbitrais que são tribunais, conforme Artigo 209, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. Com efeito, a Constituição da República Portuguesa, no seu capítulo II, artigo 209, com a VII revisão constitucional de 2005, organizou os Tribunais de forma a prever que além dos Tribunais Constitucionais podem existir Tribunais Arbitrais e Julgados de Paz. Por sua vez, preconizou que a lei determinaria os casos e as formas em que tais Tribunais podem constituir separada ou conjuntamente tribunais de conflitos.

Contudo, os julgados de paz, tribunais extrajudiciais, funcionam e se organizam de maneira própria, dispõem de um serviço de mediação próprio, e são tidos como instrumento eficaz e alternativo à prestação jurisdicional estatal. De outra forma, os Centros de Arbitragem são apoiados financeiramente pelo Ministério da Justiça e oferecem Câmaras de mediação dentro de suas estruturas.

Nesse diapasão, as políticas públicas portuguesas têm recorrido ao incentivo de tais recursos visto que permitem uma justiça célere e econômica para o cidadão, além de que o envolvimento das partes cria condições para que estas mantenham bom relacionamento mesmo após solução da controvérsia.

Nesse contexto, conforme dados da Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial, após análise do Poder Público português de que os critérios tradicionais não acompanham os desafios impostos à sua sociedade, iniciou-se a disponibilização de Centros de Mediação e Arbitragem, com um quadro de mediadores e árbitros que vão desde juristas até profissionais como gestores, economistas e banqueiros; com objetivo de resolver litígios com a devida celeridade do processo; considerável redução dos custos totais do litígio; sigilo e confidencialidade na condução do processo; informalidade e acesso das partes à forma de condução e às etapas do processo, sem prejuízo às garantias necessárias à solução segura dos litígios; expertise técnica dos árbitros

que decidirão a controvérsia; e maior simplicidade da relativamente às leis processuais gerais.

Cumpre ressaltar, também, que a primeira estrutura de mediação portuguesa foi criada em 1990 denominada “Instituto Português de Mediação Familiar”. Porém, somente no ano de 1994 as atividades e cursos começaram ser lecionados.

Quanto à conciliação, tal procedimento extrajudicial é atribuído ao Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas (IAPMEI), que conduz diligências extrajudiciais para empresas em difíceis condições financeiras. Tal papel é possível pois foi previsto no Decreto-Lei n.º 316/98 de 20 de outubro, que orienta à obtenção da celebração de acordo entre a empresa e todos ou alguns credores que viabilizem a recuperação da empresa em situação de insolvência ou em situação econômica difícil.

No que tange à mediação, o governo português tem procurado orientar os seus cidadãos quanto ao caráter voluntário e confidencial do Instituto da Mediação, haja vista que o conteúdo das sessões deste não pode ser divulgado e nem utilizado como prova em Tribunal. Tal técnica pode ser utilizada por três sistemas públicos, quais sejam o sistema familiar, laboral e penal.

Além disso, tem-se que a Mediação Civil – existente nos Julgados de Paz, pode ter lugar tanto no âmbito de um processo que corra nos Julgados de Paz quanto em casos nos quais o litígio esteja excluído da sua competência, desde que não tenha por objeto direitos indisponíveis.

Nesse sentido, o Sistema de Mediação Familiar, em Portugal, adquiriu competência para mediar litígios surgidos no âmbito de relações familiares, de forma a abranger a regulação, alteração e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais; divórcio e separação de pessoas e bens; conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; atribuição e alteração de alimentos provisórios ou definitivos; privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge; atribuição da casa de morada de família.

As políticas públicas portuguesas também se expandiram para dois tipos de previsão de arbitragem: a Arbitragem Voluntária e a Arbitragem Institucionalizada. Na primeira, há um acordo de vontades que se sub-

mete à decisão a árbitros pelas partes escolhidos, sendo que as decisões arbitrais são equiparadas, para efeitos executivos, às sentenças proferidas pelos tribunais comuns, sendo executadas perante estes. Na segunda, as entidades autorizadas pelo Ministério da Justiça, denominadas Centros de Arbitragem, prosseguem com a atividade de resolver litígios. Um desses centros é o CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA – CAAD, que funciona a partir de uma associação privada sem fins lucrativos, sendo constituído pelo Ministério da Justiça de Portugal e são competentes para resolver conflitos por meio de meios extrajudiciais de resolução como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Importante destacar que o mecanismo da arbitragem ganhou fôlego depois que se evidenciaram problemas de ordem conjetural e estrutural nos tribunais administrativos do Estado. Nesse diapasão, a arbitragem tributária foi regulamentada por meio da Lei da Arbitragem Tributária (LAT) – Decreto-Lei n.º 10/2011, que entrou em vigor em 1.º de Julho de 2011, com objetivo de assegurar, da forma mais rápida e simples, a resolução dos conflitos entre os contribuintes e as Finanças.

É aparente a evolução dos sistemas legais portugueses para com o tratamento da desjudicialização da resolução dos litígios, passando-se de um modelo de justiça institucional, adversarial ou imposta (ponderância do direito, Tribunais e ritual judiciário), para uma justiça negociada e de proximidade (negociação, justiça de gabinete, presença de técnicos de ciências sociais).

É possível afirmar que as conquistas históricas, o pluralismo cultural e jurídico contemporâneo presentes na sociedade europeia, capacitou os legisladores portugueses a definirem formas mais sustentáveis de solução dos conflitos, com intuito de satisfação do desejo e aplicação de outros campos do conhecimento humano, como psicologia, sociologia, semiótica, matemática aplicada, administração, do que propriamente à interpretação e à aplicação do direito.

Considerações Finais

O panorama jurídico descortinado na pesquisa demonstra a necessidade do Estado Democrático de Direito flexibilizar suas teorias e se

atentar para os complexos fenômenos de geração dos conflitos. São tempos de transformação e reconstrução dos paradigmas da jurisdição, pois o sistema clássico de solução de litígios não tem garantido o pleno acesso à Justiça.

Acredita-se que as políticas públicas brasileira e portuguesa de harmonização do Judiciário e sua efetividade, além de ampliarem o acesso à justiça pelos meios autocompositivos da mediação, conciliação e negociação, além da arbitragem e transação, tornam os cidadãos mais preparados para enfrentar a complexidade dos conflitos que os acometem.

Embora o Estado reconheça a magnitude das demandas sociais, continua utilizando as mesmas ferramentas jurisdicionais do século passado e nem sempre busca alternativas que compreendem a relação entre o comportamento dos indivíduos e as demandas litigiosas, para efetivar o acesso à justiça e a solução de conflitos.

Com efeito, os comparativos entre as diversas teorias sociológicas e as políticas públicas de Brasil e Portugal quanto aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos tiveram por finalidade avaliar os problemas e dificuldades de cada cultura e de cada época, a evolução do sujeito jurídico e as multifacetadas dos conflitos contemporâneos.

Provou-se que a crise jurisdicional provocada pela gestão centralizada pode ser atenuada se as identidades individuais e coletivas forem apreciadas não só em sua dimensão legal, mas em toda sua dimensão afetivo-conflituosa, com vistas às origens, causas e consequências dos conflitos.

Os dados neste estudo destacados, demonstram que os desafios do acesso à justiça amplo e democrático enfrentados pela Justiça Brasileira e pela Justiça Portuguesa, está em busca de formas sustentáveis e descentralizadoras de gerir seus conflitos, por meio de indicadores quanto ao orçamento, recursos humanos, litigiosidade, congestionamento e produtividade.

A cultura do conflito e da litigância com o crescente demandismo de lides individuais criam barreiras à adoção de uma cultura de paz, haja vista que a sentença judicial outorga satisfação moral apenas à uma parte. Contudo, nos últimos anos, observou-se que as políticas públicas luso-brasileiras introduziram várias iniciativas que imprimem

uma reengenharia da gestão do Poder Judiciário, de forma a tratar a solução pacífica das controvérsias pelo próprio Judiciário e até fora do campo judicial, com a assunção dos mecanismos alternativos que valorizam o diálogo.

Observou-se por meio de pesquisas empíricas que a institucionalização de programas que incentivem a triagem dos conflitos por meio da mediação, da conciliação, da arbitragem ou da transação, é essencial para que haja uma mudança da cultura do conflito e da litigância, de forma a garantir maior acesso à justiça e estão assumindo maior e importante papel na via jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- BASE DE DADOS PORTUGAL CONTEMPORÂNEO. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Disponível em: <<http://www.pordata.pt/Tema/Portugal/Justica+e+Seguranca-19>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2014.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOCHENE, Antônio César. *A Interação Entre Tribunais E Democracia Por Meio Do Acesso Aos Direitos E À Justiça*. Disponível em: <<https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/21359/3/Intera%C3%A7%C3%A3o%20entre%20tribunais%20e%20democracia%20por%20meio.pdf>>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.
- BOURDIEU, Pierre. *A génese dos conceitos de habitus e de campo*. In: *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2014*. Brasília, 2014.
- _____. *Arbitragem e conciliação como alternativas contra a morosidade do Judiciário*. Disponível em: <<http://www.caesp.org.br/site/arbitragem-e-conciliacao-alternativas-contr-a-morosidade-do-judiciario/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2014.

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de dezembro de 2014.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/LEGISLACAO/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2014.
- Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>>. Acesso: 21 de novembro de 2014.
- DURKHEIM, Émile. **Sociologia e filosofia**. São Paulo: Ícone, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**. Paris, Gallimard (trad. bras.: Vigiar e Punir). Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRADE, Catarina. **A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento**. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1184>> Acesso em: 19 de novembro de 2014.
- GERA, Renata Coelho Padilha. **Interesses individuais homogêneos na perspectiva das ‘ondas’ de acesso à justiça**. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2005.
- GUIBENTIF, Pierre. **Teorias Sociológicas Comparadas e Aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao Direito**. Revista Novatio Iuris, ano II, n.º 3, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 1**, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970.
- PONTO DE CONTACTO DE PORTUGAL. **Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial**. Disponível em: <http://www.redecivil.mj.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=178&Itemid=73#I.1>. Acesso em: 02 de dezembro de 2014.
- RIBAS, Lídia Maria. **Mecanismos Alternativos na Resolução de Conflitos em matéria tributária**, Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, n. 79, p. 43-64, 2008.
- SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. **Acesso à justiça, direitos humanos & mediação**. Curitiba: Editora: Multideia, 2013.

Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil¹

Incorporation and Application of ILO International Conventions in Brazil

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI²
GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO³

Resumo: O presente texto estuda a maneira pela qual os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica brasileira e como estão sendo aplicadas as convenções internacionais do trabalho pelos Tribunais trabalhistas do País, destacando-se as três convenções da OIT mais referenciadas por tais Cortes (convenções n.ºs 132, 98 e 155).

Palavras-chave: *Tratado internacional; Organização Internacional do Trabalho; convenções internacionais do trabalho; vigência e aplicação.*

Abstract: In this text is examining how international treaties join the Brazilian legal system and how the international labor conventions by the Labor Courts of the country are being applied, highlighting the three most referenced by these courts (conventions 132, 98 and 155).

Key words: *International treaty; International Labour Organization; International Labour Conventions. Effectiveness and application.*

¹ Entregue: 4.5.2015; aprovado: 8.7.2015.

² Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado.

³ Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8.ª Região. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP. Doutor *Honoris Causa* e Professor Titular de Direito Internacional Público e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDI) e Membro da Academia Paraense de Letras (APL).

1. Introdução

Um dos grandes problemas do Poder Judiciário brasileiro está na utilização das normas do Direito Internacional Público. Ao que parece, são dois os fatores. Primeiro, a falta de coragem. Teme-se estar cometendo algum grande equívoco e que a lei interna, de uma forma ou de outra, cuidaria da mesma matéria (ao que não se precisaria recorrer ao Direito Internacional tendo já lei interna a disciplinar a mesma questão). Segundo, a falta de conhecimento, especialmente do mosaico normativo convencional concluído fora do nosso entorno geográfico. De fato, nas faculdades de direito apenas muito recentemente (a partir de 1997) o Direito Internacional passou a ser, novamente, matéria do currículo obrigatório.⁴

Esses são os dois lados da moeda a envolver o Direito Internacional Público no Brasil. É necessário superar essas barreiras, demonstrando como devem ser aplicados os atos internacionais dos quais o Brasil é parte, bem assim que o medo deve ceder lugar às mais justas e adequadas soluções conflituais, especialmente no momento atual de engajamento cada vez maior do País no cenário internacional.

Neste estudo trataremos especificamente das convenções internacionais do trabalho e sua vigência no Brasil. O nosso intento é demonstrar como devem ser concretamente aplicadas algumas dessas convenções no âmbito da Justiça do Trabalho.

⁴ A esse respeito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 79: “O programa ultrapassado que ainda se tem é reflexo do largo período de tempo que o Direito Internacional Público permaneceu como disciplina apenas *optativa* nas Faculdades de Direito no Brasil, tendo voltado a ser matéria obrigatória aos programas universitários somente a partir de 1997, por ordem da Portaria do Ministério da Educação n.º 1.886, de 30 de dezembro de 1994, que fixou as *Diretrizes Curriculares do Curso de Direito*. A partir daí o estudo do Direito Internacional Público passou a ser retomado com maior fôlego. Mesmo assim, muitos desses programas (ainda hoje) não se ocupam de temas considerados *principais* na arena internacional contemporânea, tais como a proteção internacional dos direitos humanos, o direito internacional do meio ambiente, o direito internacional do trabalho, o direito internacional penal, dentre outros”.

2. A atuação da OIT

Criada em 1919, ao final da 1.^a Guerra Mundial, pelo Tratado de Versalhes, juntamente com a Sociedade das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é atualmente uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), sediada em Genebra. Diferentemente de todas as outras organizações conhecidas, é a única cuja composição é tripartite. Cada delegação de Estado membro é formada por quatro integrantes: dois representantes do Governo respectivo, um dos empregadores e um dos empregados, de modo a dar caráter de paridade às suas deliberações.

Anualmente, reúne-se a Conferência Internacional do Trabalho, na qual são discutidas e votadas as normas que a OIT edita para padronizar as condições de trabalho ao redor do mundo. Até julho de 2015 haviam sido aprovadas 189 Convenções e 203 Recomendações da OIT.

Esses dois instrumentos são os que a OIT normalmente utiliza, fruto de debates entre os delegados dos Estados-membros. As Convenções são fonte formal, sendo tratados internacionais no seu sentido estrito. Ou seja, são normas internacionais que requerem, no plano direito interno dos Estados, todas as formalidades pertinentes para a entrada em vigor e aplicação. São, de modo geral, tratados abertos, porque os Estados que não são seus signatários originais a eles podem aderir.

As Recomendações, por sua vez, são fontes materiais, servindo de inspiração para o legislador interno na criação de normas trabalhistas. Não se integram ao direito interno pela via da ratificação, não sendo sequer previamente aprovadas pelo Congresso Nacional, como são as convenções internacionais do trabalho.

No que refere à sua vigência, cabe distinguir a internacional da interna. Vigência internacional é a existente quando o tratado já se encontra com as condições exigidas para começar a vigorar para todos os Estados-partes, sendo certo que alguns tratados fixam um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor. As convenções da OIT começam a vigorar doze meses após o depósito, na Repartição (*Bureau*) Internacional do Trabalho, do segundo instrumento de ratificação, competindo ao Diretor-Geral dessa Repartição comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização.

Diferentemente, a vigência interna depende, no Brasil, de procedimento envolvendo os Poderes Legislativo e Executivo, conforme os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição da República, respectivamente. A promulgação ocorre mediante Decreto Presidencial, posterior ao depósito dos instrumentos de ratificação ou adesão.

Uma vez aprovadas pelo Parlamento Federal e ratificadas pelo Poder Executivo, com a posterior edição do decreto presidencial de promulgação, tais convenções passam a compor o acervo normativo nacional, tal qual a coleção de leis em vigor no País.

3. As convenções internacionais do trabalho e o art. 5, §§ 2.º e 3.º, da Constituição

Considerando que as convenções internacionais do trabalho são tratados de direitos humanos em sentido estrito, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, e ratificadas pelo Poder Executivo, passam a integrar a nossa ordem jurídica com *status* materialmente constitucional, por força do art. 5.º, § 2.º, da Constituição.⁵ Se, por sua vez, forem aprovadas pelo quórum do § 3.º do art. 5.º,⁶ tornam-se *formalmente* constitucionais,⁷ tendo, porém, em qualquer dos casos, aplicação imediata desde a ratificação.⁸ Assim, devem os juízes utilizar as convenções da OIT afastando a lei interna (menos benéfica) contrária à norma internacional, no exercício do controle difuso de convencionalidade.⁹

⁵ *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁶ *Verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁷ Para detalhes, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo parágrafo 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 100, 2005, p. 89-109.

⁸ V. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 87, que aduzem: “Este mismo principio es el que reconocemos para los Convenios de la O.I.T., que por su claridad y precisión puedan ser enrolados en el formato de autoejecutivos”.

⁹ Sobre o tema, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Importante notar que há regras próprias previstas na Constituição da OIT no que refere ao conflito entre as convenções internacionais do trabalho e normas internas. O art. 19(8) do tratado constitutivo da Organização, prevê que “em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. Em outras palavras, a Constituição da OIT determina sejam aplicadas sempre as normas *mais favoráveis* aos cidadãos, não importando sejam elas internacionais ou internas.

Com efeito, não há dúvida de que no caso de conflito entre as convenções da OIT e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), há de prevalecer sempre à norma mais benéfica ao trabalhador, não importando se se trata da norma internacional ou da interna. Se o quórum de recepção no direito brasileiro tiver sido o do § 3.º, do art. 5.º, da Constituição, ainda assim, sua aplicação, se menos benéfica, será afastada com base no art. 19, 8, da Constituição da OIT.¹⁰

Se tiver sido incorporada com quórum ordinário, então, basta o magistrado pura e simplesmente afastar sua aplicação, invocando ou o comando do art. 7.º da Constituição de 1988¹¹ ou o art. 19(8) da Constituição da OIT.

Em passado bastante próximo, os conflitos entre tratados internacionais e leis internas costumavam ser resolvidos, no Brasil, mediante a aplicação de dois critérios: o cronológico e o da especialidade. Não havia a Emenda Constitucional n.º 45/2004, e os tratados (mesmo os de direitos humanos) eram aplicados considerando esses dois aspectos, com hierarquia igual à lei federal, tal como apontado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIn 1.480-3-DF, acerca da então

¹⁰ Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, 2013, p. 233-254.

¹¹ Que diz serem “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, vários direitos ali elencados (incisos I a XXXIV).

recém-denunciada Convenção n.º 158 da OIT.¹² Pelo primeiro, *lex posterior derogat legi priori*, a norma mais recente derroga aquela anterior; e, pelo segundo, *lex specialis derogat lex generalis*, a existência de uma norma específica prefere qualquer norma genérica. Há um terceiro critério, o hierárquico, que consagra o princípio da hierarquia das normas, segundo o qual *lex superior derogat inferior*, mas que não foi tratado pelo STF. Outro critério existe, mas, por igual, não entendemos pertinente, qual aquele consagrado na máxima *lex favorabilis derogat lex odiosa*, que é reconhecidamente superado.

De uns tempos para cá, quando se passou a falar de modo mais veemente de direitos humanos, a influência europeia – vejam-se as Constituições da Alemanha (art. 24, I), da Itália (art. 11), de Portugal (arts. 8 e 16) e da Espanha (arts. 9, 2 e 96, I) – fez com que se cogitasse tratar de direito *supralegal* o decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados à nossa ordem jurídica.¹³

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, que pretendeu mudanças para o Judiciário, também acrescentou dois parágrafos ao art. 5.º da Lei Maior, especialmente o § 3.º, que possibilitou os tratados de direitos humanos tenham “equivalência” de emenda constitucional. Até o presente momento (julho de 2015) apenas dois, e não mais que dois, tratados internacionais de direitos humanos foram aprovados pelo Congresso Nacional com esse quórum especial: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.¹⁴ A aprovação conjunta desses dois instrumentos, até onde se sabe, foi completamente esquecida pela mídia, não tendo merecido qualquer divulgação realmente expressiva, embora existam registros recentes de sua aplicação.

¹² V. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito do trabalho no STF (5)*. São Paulo: LTr, 2002, p. 15-22

¹³ V., a respeito, o voto convergente do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP (Banco Bradesco S/A vs. Luciano Cardoso Santos), Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008 (*DJe* 11.12.2008).

¹⁴ Assinados em Nova Iorque, em 30.3.2007, aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 186, de 9.7.2008, e promulgados pelo Decreto Executivo n.º 6.949, de 25.8.2009.

Acrescente-se, por igual, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que o Brasil igualmente ratificou depois de muitas décadas tramitando no Parlamento, em seu art. 27, determina que nenhum Estado-parte “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. A partir do momento (2009) em que a Convenção de Viena de 1969 passou a compor a coleção de normas em vigor no Brasil, a regra prevista em seu art. 27 igualmente se aplica com obrigatoriedade entre nós, devendo ser observada por juízes e tribunais nacionais.

A partir do julgamento do RE 466.343-1/SP, de dezembro de 2008, o STF mudou completamente a sua posição anterior, datada do final da década de 1970, alçando os tratados de direitos humanos ao nível (no mínimo) *supralegal*. Cuidava-se, no caso, da aplicação do Pacto de San José da Costa Rica na parte referente à prisão civil de depositário infiel, tendo o tribunal assentado que a validade interna dessa norma internacional decorre do § 2.º, do art. 5.º, da Constituição, que prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica, proibindo, assim, a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3.º do art. 5.º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar a regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida de depositário infiel.¹⁵

Estamos diante, então, diante de um quadro que coloca, de um lado, os critérios cronológico e da especialidade, e os tratados internacionais sobre direitos humanos em nível de lei federal; e, de outro, os tratados ratificados aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º, da Constituição (que, como lembramos, quase não tem sido utilizado na prática, eis que apenas dois instrumentos internacionais foram aprovados por dita maioria até o presente momento).

¹⁵ Para o estudo pioneiro do tema no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Sobre o depositário infiel na Justiça do Trabalho, v. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Prisão de depositário infiel na Justiça do Trabalho*. In: GÜNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GÜNTHER, Noeli Gonçalves (Org.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2010, vol. 3, p. 529-540.

É profundamente estranha essa atitude do Congresso Nacional. De 2004 até agora, cinco convenções da OIT foram aprovadas pelo Congresso Nacional após a Emenda n.º 45/2004, tendo sido os instrumentos de ratificação devidamente depositados pelo Brasil, que são: 1) Convenção n.º 151, sobre Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública, de 1978; 2) Convenção n.º 167, sobre a Segurança e Saúde na Construção, de 1988; 3) Convenção n.º 176, sobre Segurança e Saúde nas Minas, de 1995; 4) Convenção n.º 178, relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos, de 1996; e 5) Convenção n.º 185, sobre os Documentos de Identidade da Gente do Mar (revista), de 2003. Nenhuma delas obteve aprovação por maioria qualificada no Congresso Nacional. Assim, ou se invoca a supralegalidade, ou simplesmente temos cinco convenções da OIT, sobre direitos humanos em seu sentido mais estrito, que devem ser aplicadas no confronto com os critérios cronológico ou da especialidade, o que é, de todo, lamentável.

Por esse exato motivo é que a exegese contemporânea dos tratados de direitos humanos leva à aplicação do princípio *pro homine* e do “diálogo das fontes” como meios não rígidos de solução de antinomias, pelos quais os juízes cotejam os textos das normas internacionais e internas de proteção, “escutam” o que elas dizem, e aplicam, no caso concreto, a norma que for mais benéfica para o ser humano de direitos.¹⁶ As próprias normas internacionais de direitos humanos contêm dispositivos que disciplinam tal modo de solução de antinomias, prevendo os assim chamados “vasos comunicantes” entre o Direito Internacional e o direito interno, com a finalidade de *melhor proteger* o destinatário final das normas de direitos humanos: a pessoa humana.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, no art. 4.º, II, diz que a República Federativa do Brasil rege-se, no cenário internacional, dentre outros, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”, o que também confirma a ideia posta nos instrumentos de direitos humanos de que a prevalência, no caso concreto, é sempre da norma

¹⁶ V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 259; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*, cit., p. 233-254.

mais benéfica à pessoa protegida, devendo o juiz cotejar todas as fontes de proteção colocadas à sua disposição e aplicar a mais benéfica, com independência dos critérios clássicos (e herméticos) de solução de antinomias. Somente assim haverá uma decisão interna e internacionalmente justa, eis que *de acordo* com as regras e princípios do contemporâneo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

No plano material, frise-se, quando se analisa o Direito dos Direitos Humanos, todas as normas jurídicas em vigor no Estado (Constituição, tratados internacionais e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir regras que permitem a comunicação de uns com os outros, que são os chamados “vasos comunicantes” entre o Direito Internacional e o direito interno, fazendo com que as ordens jurídicas em questão se complementem mutuamente em termos de proteção de direitos. Tal significa que, no plano material, é irrelevante falar em critérios rígidos de solução de antinomias, como são os critérios hierárquico, da especialidade e o cronológico, porque, pelo princípio *pro homine*, há-de ser sempre aplicada a norma que mais amplia o gozo de um direito, liberdade ou garantia no caso concreto.

Em suma, sob a ótica material, não formal, não é a posição hierárquica de uma norma (internacional ou interna) que prevalece, senão o seu conteúdo mais protetivo ao ser humano sujeito de direitos.

4. Aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil

Até julho de 2015 o Brasil havia ratificado 98 convenções internacionais do trabalho, das quais oitenta estão em pleno vigor. A OIT divide suas convenções por temas: fundamentais, prioritários e técnicos; dos oito temas fundamentais, o Brasil já ratificou sete convenções.

Todos os Tribunais Regionais do Trabalho aplicam as convenções da OIT, bem assim, evidentemente, o Tribunal Superior do Trabalho. Numa pesquisa simples na rede mundial de computadores é possível ter acesso à jurisprudência completa desses 25 Regionais. O resultado é intrigante. Poucas convenções são utilizadas. Algumas sequer são imaginadas pelos julgadores. Outras repetem-se em quase todos os tribunais, mas, ainda assim, não há “aplicação” efetiva das convenções,

senão apenas referência a um ou outro artigo do texto relevante para o deslinde do caso, sem que se exerça, concretamente, o controle de convencionalidade das normas domésticas.

Há, contudo, exceções honrosas, como o controle de convencionalidade realizado pelo Min. Cláudio Brandão, perante a 7.^a Turma do TST, no julgamento do Recurso de Revista n.º 0001072-72.2011.5.02.0384, relativo à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando afirmou que “outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n.ºs 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF”, razão pela qual “não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2.º, da CLT”.¹⁷ Afora esse e outros raríssimos casos, não tem o controle de convencionalidade sido exercido com regularidade no Brasil.¹⁸

Neste estudo, pretendemos destacar três convenções da OIT mais aplicadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que são as seguintes: Convenção n.º 132 (17 tribunais); Convenção n.º 98 (14 tribunais); e Convenção n.º 155 (13 tribunais). As demais registram menos de dez Regionais aplicando-as, o que demonstra pouco interesse na sua utilização.

Teceremos, agora, brevíssimo comentário acerca dessas três convenções mais aplicadas no Brasil.

4.1. Convenção n.º 132

Das convenções da OIT em vigor no Brasil, a de n.º 132 é seguramente a mais aplicada. Trata-se da Convenção sobre *Férias Remu-*

¹⁷ TST, Processo n.º RR-0001072-72.2011.5.02.0384, Acórdão 1572/2014, Rel. Min. Cláudio Brandão, disponibilizado em 02.10.2014.

¹⁸ Assim também foi decidido, em 2013, pela 4.^a Turma do TRT da 8.^a Região, no RO 000728-62.2012.5.08.0005 (Relator: Des. Georgenor de Sousa Franco Filho), in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.^a Região*, vol. 46, n.º 90, 2013, p. 240-245. Sobre o tema da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, v. também FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2015, p. 243-246.

neradas, aprovada na 54.^a Conferência Internacional do Trabalho, em 1970. Vigê internacionalmente desde 30.6.1973. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 47, de 23.9.1981, foi ratificada em 23.9.1998, passando a vigorar internamente desde 23.9.1999, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 3.197, de 5.10.1999.

A propósito dessa convenção, já se entendeu que a CLT é mais benéfica quanto ao período de férias de trinta dias (art. 130), melhor que o de 21 dias (art. 3.º, 3), mais feriados (art. 6.º, 1) da Convenção; e o período concessivo consolidado é de doze meses (art. 137), mais benéfico que o da Convenção que é de dezoito meses (art. 9.º, 1).¹⁹

No mais, a Convenção n.º 132 é melhor que a norma interna brasileira: o empregado com menos de um ano de casa que pede dispensa não perde direito às férias proporcionais (arts. 4.º, 1 e 11), sendo relevante notar, a propósito, que a disposição convencional influiu diretamente na evolução do conteúdo da Súmula n.º 261 do TST, que desde o ano de 2003 estabelece que “o empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”²⁰; a fixação das férias dependerá de consulta ao empregado ou seus representantes (art. 10, 1 e 2), e não apenas do interesse do empregador (art. 136, *caput*, da CLT); não é possível, agora, fracionar as férias, como costumeiramente *ainda* se faz, por períodos de dez dias, o que se aplica, necessariamente, também ao serviço público (art. 134, § 1.º, da CLT). O fracionamento máximo é de quatorze dias (art. 8.º, 2); ausência por motivo de enfermidade, acidente do trabalho ou maternidade é tempo de serviço computável para todos os fins (art. 5.º, 4), o que altera o art. 13, IV, da CLT.²¹

¹⁹ V. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região*, vol. 34, n.º 67, 2001, p. 29-36.

²⁰ Transcreve-se, para efeito comparativo, a redação original da Súmula n.º 261 do TST: “Férias proporcionais – Pedido de demissão – Contrato vigente há menos ano. O empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais”.

²¹ Cf. RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 385.

Os demais direitos existentes no Brasil não sofreram alteração: acréscimo de 1/3 sobre as férias (art. 7.º, XVII, da CR); abono do art. 143 da CLT, observado o mínimo de dias a gozar; férias coletivas, previstas nos arts. 139 a 141 da CLT; e pagamento em dobro pelas férias não gozadas no tempo adequado (art. 137 da CLT).

4.2. *Convenção n.º 98*

A segunda convenção da OIT mais aplicada no Brasil é a de n.º 98, que cuida de *Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva*, aprovada na 32.ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1949), e que entrou em vigor no plano internacional em 18.7.1951. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 49, de 27.8.1952, e ratificada em 18.11.1952. Promulgada pelo Decreto Executivo n.º 33.196, de 29.6.1953, passou a vigorar internamente em 18.11.1953. Nem de longe tem o alcance da Convenção n.º 87, mas esta o nosso País não pode ratificar enquanto sobreviverem os incisos do art. 8.º da Constituição, com a sempre criticada unicidade sindical. Note-se, porém, que desde 10.7.1993, vige a Convenção n.º 154, que trata do *fomento à negociação coletiva*.

Da Convenção n.º 98, destacam-se as seguintes atitudes antissindicais que elenca:

- a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;
- e
- b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas (art. 1.º, 2).

Ademais, a convenção veda a ingerência do Estado no sindicato (art. 2.º), promove incentivo à negociação coletiva, que pode ser manifestada por qualquer *organização de trabalhadores* (art. 4.º), donde

permite sejam legitimadas também as Centrais Sindicais, avançando em relação ao Texto Constitucional; ressalva sua aplicação às forças armadas (art. 5.º); exclui os servidores públicos de seu alcance (art. 6.º)²²; e, a exemplo do art. 649, IV, do CPC, contempla a impenhorabilidade do salário do trabalhador (art. 10).

4.3. *Convenção n.º 155*

Essa convenção, por sua vez, cuida de *Segurança e Saúde dos Trabalhadores*, tendo sido aprovada na 67.ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1981), e entrado em vigor internacional em 11.8.1983. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 2, de 17.3.1992, ratificada a 18.5.1992, vigente desde 18.5.1993, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 1.254, de 29.9.1994.

É essa uma das principais convenções sobre meio ambiente do trabalho da OIT,²³ e nunca devemos esquecer que as condições do local de trabalho quanto à qualidade adequada de vida do obreiro são fundamentais, por isso, esse ambiente abrange bens, instrumentos e meios (materiais e imateriais) para o homem desenvolver seu trabalho, e não é apenas o local exclusivo do labor, mas os que estão sobre controle direto e indireto do empregador (art. 3.º, c).

A Convenção n.º 155 destina-se a todos os ramos da atividade (art. 1.º, 1), inclusive empregados públicos e privados (art. 3.º, b), excluídos apenas os trabalhadores marítimos e de pesca (art. 1.º, 2).

²² Para estes, v. a Convenção n.º 151, sobre *Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública*, aprovada na 64.ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1978) e vigente internacionalmente desde 25.2.1981; no Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 206, de 7.4.2010, e ratificada em 15.6.2010.

²³ Em que pese a importância da Convenção n.º 155 para a promoção de um meio ambiente de trabalho equilibrado e seguro, não se pode deixar de registrar aqui importância de o Brasil ratificar urgentemente a Convenção n.º 187, tida pela OIT como “el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo” (preâmbulo da Convenção), cujo objetivo central é o de “promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo” (item 2.1 da Convenção).

O principal ponto a destacar da convenção é quanto à greve ambiental trabalhista, prevista no art. 13, que é bastante diferente da greve comum, que estamos acostumados a verificar.

Podem-se anotar seis traços característicos da greve ambiental, a saber: 1) não precisa haver intervenção do sindicato de trabalhadores; 2) pode ser praticada individual ou coletivamente; 3) deve ser destinada apenas a cuidar de temas ligados a condições ambientais de trabalho, sem qualquer outro tipo de reivindicação, sob pena de alteração de sua natureza; 4) trata-se de hipótese de interrupção do trabalho, com direito ao salário do período de paralisação, não havendo falar de suspensão do contrato, que se aplica apenas às greves tradicionais; 5) é indispensável que haja pré-aviso ao empregador da condição danosa, motivo da paralisação que vai ser iniciada; e 6) é obrigatório o retorno às atividades tão logo seja superada a situação de perigo para o trabalhador ou para terceiros.²⁴

5. Conclusão

Poderíamos nos alongar em considerações sobre outras convenções internacionais da OIT, inclusive a de n.º 189, relativa ao trabalho doméstico, que agora pode ser ratificada pelo Brasil, após o advento da Emenda Constitucional n.º 72, de 2.4.2013.²⁵ Porém, acredita-se que o mais destacável sobre a produção legislativa da OIT e sua aplicação em nosso País já se tenha feito no presente estudo.

É necessário assinalar, por oportuno, que, no que refere às convenções internacionais da OIT não aprovadas pela sistemática do especial do § 3.º do art. 5.º da Constituição da República, nada se altera em relação ao *status* de norma constitucional (segundo o nosso entendimento) ou supralegal (segundo o STF) que tais tratados já detêm no

²⁴ V. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 388-394.

²⁵ Para críticas, v. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o futuro do trabalho doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 39, 2013, p. 11-30; e, do mesmo autor, Os novos direitos do doméstico segundo a OIT. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. 2, 2012, p. 223-221.

direito brasileiro, o que permite aos Juízes do Trabalho, por meio do exercício do “diálogo das fontes”, aplicar as convenções mais benéficas de forma imediata, em detrimento da legislação infraconstitucional menos protetiva (em homenagem ao princípio *pro homine*).

Por fim, destaca-se a necessidade de as convenções da OIT ratificadas e em vigor no Brasil serem aplicadas com maior frequência pela Justiça do Trabalho, considerando, no entanto, que o princípio do *favor laboris*, insculpido no art. 19(8) do tratado constitutivo da OIT, deverá sempre estar presente quando houver necessidade de se decidir perante eventual multiplicidade de normas que regulem um dado caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.
- _____. A EC 72/2013 e o futuro do trabalho doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 39, 2013, p. 11-30.
- _____. Os novos direitos do doméstico segundo a OIT. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. 2, 2012, p. 223-221.
- _____. *Direito do trabalho no STF (5)*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região*, vol. 34, n.º 67, 2001, p. 29-36.
- _____. Prisão de depositário infiel na Justiça do Trabalho. In: GÜNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GÜNTHER, Noeli Gonçalves (Org.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2010, vol. 3, p. 529-540.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 9-267.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, 2013, p. 233-254.

____. O novo parágrafo 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 100, 2005, p. 89-109.

____. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

O Procedimento do Júri e a Aplicação do Art. 397 do Código de Processo Penal¹

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA²

Uma decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Ordinário Constitucional no Habeas Corpus n.º 52.086/MG, da Relatoria do Ministro Jorge Mussi, decidiu pela impossibilidade da incidência do art. 397 do Código de Processo Penal no procedimento do Tribunal do Júri.

¹ Entregue: 1.7.2015; aprovado: 29.7.2015.

² Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador – UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013), “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo”, “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre) e “O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo”, publicado pela Editora Empório do Direito, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Segundo o voto, “os artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal regulamentam o procedimento a ser seguido nas ações penais deflagradas para a apuração de crimes dolosos contra a vida, assim, rito especial em relação ao comum ordinário, previsto nos artigos 394 a 405 do referido diploma legal. Por conseguinte, e em estrita observância ao princípio da especialidade, existindo rito próprio para a apuração do delito atribuído ao recorrente, afastam-se as regras do procedimento comum ordinário previstas no Código de Processo Penal, cuja aplicação pressupõe, por certo, a ausência de regramento específico para a hipótese. Se as normas que regulam o processo e o julgamento dos crimes dolosos contra a vida determinam que o exame da viabilidade de absolvição sumária do réu só deve ocorrer após o término da fase instrutória, não há dúvidas de que deve ser aplicado o regramento específico, pois, como visto, as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas. 4. Recurso desprovido.”

Entendemos equivocada a decisão da Corte Superior. Ora, o Código de Processo Penal, em seu art. 394, § 4.º, estipula que as disposições dos arts. 395 a 397 aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não por ele regulados.

Como se sabe, a Lei n.º 11.719/2008 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli**, **mutatio libelli** e aos procedimentos.

O art. 397 trouxe uma novidade importante em nosso ordenamento jurídico, que há muito carecia de uma disposição como esta. Trata-se da possibilidade do Juiz penal, desde logo, julgar antecipadamente o caso penal³, sem necessidade, sequer, de submeter o acusado ao interrogatório e às demais “cerimônias degradantes” do processo penal. É o que a lei chama de absolvição sumária (também prevista no proce-

³ Preferimos falar em “caso penal” ou “causa penal” ou mesmo “controvérsia penal”, pois “a lide, em qualquer de suas formas, é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal. O conteúdo do processo pode ser apresentado pela expressão caso penal.” (Jacinto Nelson Miranda Coutinho, A Lide e o Conteúdo do Processo Penal, Curitiba: Juruá, 1998, p. 152, grifo no original).

dimento do Júri, art. 415). Portanto, agora, temos duas hipóteses de absolvição sumária.

Diz o art. 397 que após a resposta preliminar “o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: “I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (art. 23 do Código Penal). “II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; tratando-se de réu inimputável é indispensável o processo, com a presença de um curador, além do advogado, para possibilitar, confirmando-se a ilicitude e antijuridicidade do fato, a aplicação de uma medida de segurança (absolvição imprópria, nos termos do art. 386, parágrafo único, III). “III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (ausência de tipicidade, impossibilidade jurídica do pedido). “IV – extinta a punibilidade do agente.” (art. 107 do Código Penal).

Estas hipóteses diferem formal e substancialmente da rejeição liminar da peça acusatória (ou do não recebimento, como prefram⁴), pois a absolvição sumária é uma decisão de mérito, passível de fazer coisa julgada material (intangível e absolutamente imutável) e que desafia o recurso de apelação (art. 593, I). Ressalvamos apenas que na hipótese de decisão extinguindo a punibilidade, o recurso será o de apelação apenas se foi proferida nesta fase, pois se a decisão foi anterior (na fase do inquérito, por exemplo) ou mesmo durante o processo, como permite o art. 61 do Código, o recurso oponível continua sendo o recurso em sentido estrito (art. 581, VIII, não revogado).

Também entendemos que o Juiz, até para que se evite uma citação desnecessária do denunciado, ao invés de receber a peça acusatória e determinar a citação do acusado para respondê-la e só então absolvê-lo, deve desde logo rejeitar a denúncia ou queixa (com base no art. 395, II, segunda parte), caso estejam presentes uma das circunstâncias do art. 397, seja por impossibilidade jurídica do pedido (inciso III) ou por falta de interesse de agir (interesse-utilidade, incisos I, II e IV).

⁴ Há setores da doutrina que fazem uma diferença entre rejeição e não recebimento. Por todos, conferir José Antonio Paganella Boschi, *Ação Penal*, Rio de Janeiro: AIDE, 3.^a ed., 2002, pp. 233/234.

Sobre a absolvição sumária, veja-se estes julgados:

“O dever de fundamentar as decisões judiciais tem guarida constitucional (art. 93, IX). O Juízo de primeiro grau deve fundamentar decisão que não absolva sumariamente o acusado. Sucinto despacho recebendo a inicial alegando que tese defensiva se confunde com mérito da causa. Teses defensivas apresentadas na resposta à acusação devem ser apreciadas na resposta à acusação devem ser apreciadas pelo Juízo, mesmo quando se trata de alegação de tipicidade, já que as condutas imputadas ao acusado estão descritas na inicial acusatória. Nulidade configurada. Ordem concedida para anular a ação penal desde o recebimento da denúncia e determinar que seja proferida nova decisão, desta vez fundamentada” (TJSP – 8.^a C. – HC 990.09183184-0 – rel. Louri Barbiero – j. 08.10.2009).

“A Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, criou hipótese de absolvição sumária, que admite o reconhecimento da insignificância, seja como excludente da ilicitude (como condição objetiva de punibilidade), seja como atipia (como condição de tipicidade). Como fase processual nova, somente pode incidir sobre os feitos após sua vigência – princípio da imediatidade, o que se verifica no caso presente, consideradas a vacatio legis e a data em que proferida a decisão. A segurança jurídica da decisão esperada recomenda o prestigiamento dos precedentes, especialmente da Suprema Corte, a dar a solução definitiva em tema de tipicidade – na via do habeas corpus. Possível, na data da decisão, a absolvição sumária, e não sendo admissível o prosseguimento da persecução criminal por fato reconhecidamente atípico pela reiteração jurisprudencial nesta Corte de tema exclusivamente de direito, mantém-se o excepcional trancamento da investigação criminal.” (TRF 04.^a R.; RN 2008.72.11.000622-1; SC; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro; Julg. 17/02/2009; DEJF 04/03/2009; Pág. 764).

“Defesa de que alegou tudo o que interessava na fase do art. 396-A do CPP. Direito à apreciação fundamentada das preliminares e matérias arguidas em sede de resposta à denúncia. Resposta que exige do magistrado decisão complexa e fundamentada. Decisão que não explicitou os motivos da rejeição do pedido de absolvição sumária. Nulidade. Ordem concedida” (TJSP – 14.^a C. – HC 990.09.123605-5 – rel. Herman Herschander – j. 13.08.2009).

Pergunta-se: qual a utilidade da resposta preliminar no procedimento do Júri, senão obter, desde logo (e não somente após a audiência de instrução) a absolvição sumária? A propósito, vejamos as observações de Gabriela Montagnana e Natália Penteado Sanfins:

“O novo art. 397 do CPP nasceu de um desmembramento efetuado pelo legislador, que, revogando o art. 43 do CPP, alterou os arts. 395 e 397 do mesmo Diploma Legal, transferido-lhes o seu conteúdo. O atual art. 43 trata das hipóteses que ensejam rejeição da peça acusatória, sejam estas quando o fato narrado evidentemente não constituir crime; quando presentes causas extintivas da punibilidade ou ausentes as condições da ação penal. As duas primeiras hipóteses cuidam de questões relativas ao próprio mérito da ação penal, sendo majoritário o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido de ostentar tal decisão eficácia típica de coisa julgada material, o que se pode constatar, aliás, a partir da leitura do parágrafo único do mesmo art. 43. A nova legislação tratou de desmembrar o art. 43, para adotar, expressamente, com a disposição do art. 397, referido posicionamento, conferindo, a essa decisão, natureza jurídica de sentença definitiva. Não há que se sustentar, por derradeiro, não possuir o juiz togado competência para proferir sentença de absolvição sumária com base no art. 397, no procedimento do júri. Note que, referida decisão possui as mesmas conseqüências daquelas por tanto vezes proferidas pelo magistrado, com base nos incisos I e II do art. 43, sem que tenham sido, até hoje, objeto de qualquer crítica. O que se quer dizer, como se percebe é que continua sendo o juiz togado competente para proferi-la, porém, a partir da vigência da novel legislação, com fundamento em outro dispositivo legal, seja este o art. 397 do CPP.” (Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1871, 15 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11607>>. Acesso em: 15 abr. 2015).

Este entendimento é corroborado por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

“Cabe a absolvição sumária do rito comum (CPP 397) na fase de recebimento do CPP 406? Sim, até porque o CPP 415 abarca as mesmas hipóteses de absolvição sumária, acrescentando mais uma (estar provada

a inexistência do fato). O juiz do Júri integra o Tribunal do Júri, por isso não há usurpação da competência constitucional.” (Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d468cb7a-269b-4f36-971a-ce239fd27866&groupId=10136 Acesso em: 15 abr. 2015).

Na jurisprudência, destacamos este julgado:

“Não há previsão legal para a rejeição da denúncia por questões de mérito, senão por questões processuais-formais (CPP, art. 395). A excludente de ilicitude da legítima defesa, adotada pelo MM. Juiz a quo como fundamento para a rejeição, acaso devidamente configurada, impõe a absolvição sumária, nos termos do art. 397 do mesmo Código, contanto que se observe, previamente, o rito procedimental previsto nos arts. 396 e 396-A do CPP. Também na hipótese de procedimento afeto ao Tribunal do Júri, caso dos autos, já que se trata de imputação de homicídio, não há possibilidade de rejeição da denúncia fundada em questões de mérito. Deve o juiz absolver sumariamente o réu, se for o caso, após o sumário de culpa. Mesmo para a absolvição sumária, quer no Juízo singular quer finalizado o sumário de culpa, é necessária a demonstração de manifesta causa excludente de ilicitude, o que, no caso, não ocorreu, pois há severas dúvidas de que o réu agiu em legítima defesa. A açodada e inoportuna rejeição da denúncia retira da acusação a possibilidade de provar os fatos alegados na inicial. 5. Recurso provido, para que se dê regular andamento ao feito.” (TRF-1 – RSE: 44602 PA 0044602-02.2010.4.01.3900, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO).

Portanto, deve ser aplicado, sim, o art. 397 do Código de Processo Penal no procedimento do Júri, observando-se, ademais, o disposto no art. 3.º do mesmo Código.

III – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

I CLCVD

CONGRESSO LUSO-CABO-VERDIANO DE DIREITO

ORGANIZAÇÃO
INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
& FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA/CEDIS/IDILP

LOCAL:
CIDADE DA PRAIA (CABO VERDE), BIBLIOTECA NACIONAL E ISCJS

DATA:
17 E 18 DE NOVEMBRO DE 2014

PROGRAMA

1.º Dia – 17 de Novembro de 2014

Cerimónia de Abertura – 9:00 – 9:30

- *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Presidente do Conselho Científico e Diretor do CEDIS da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Doutor Nuno Piçarra*, Subdiretor da Nova Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor José Pina Delgado*, Presidente do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais
- Sua *Excia.* o Senhor Ministro da Justiça, *Dr. José Carlos Correia*

1.ª Sessão – 9:30-11:30:

“Quadro Político-Jurídico das Relações entre Cabo Verde e Portugal e entre Cabo Verde e a União Europeia” – Biblioteca Nacional

- Moderador: *Professor Graduado José Pina Delgado*, Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais

- “Cabo Verde, Portugal e a Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia” – *Professor Doutor Nuno Piçarra*, Professor Associado da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “Portugal, Cabo Verde e a CPLP” – *Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho*, Professor Convidado da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

2.ª Sessão – 18:15-21:00:

“O Novo Processo Civil em Perspectiva Comparada” – ISCJS

- Moderador: *Dr. Benfeito Mosso Ramos*, antigo Presidente do STJ e antigo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça da CEDEAO
- “O Novo Processo Civil de Cabo Verde” – *Dr.ª Leida Santos*, Advogada, Bastonária da Ordem dos Advogados de Cabo Verde e Professora Convidada do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais
- “Reformas processuais civis em Portugal” – *Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Professor Catedrático Jubilado da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

2.º Dia – 18 de Novembro de 2014

3.ª Sessão – 9:00-13:00:

“Reformas na Justiça Administrativa em Portugal e Cabo Verde” – Biblioteca Nacional

- Moderadora: *Professora Doutora Helena Melo*, Subdiretora da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- “Constituição e Justiça Administrativa no Espaço Lusófono” – *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Professor Catedrático da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e *Professor Doutor Wladimir Brito*, Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho
- “Caminhos da Reforma da Justiça Administrativa em Cabo Verde” – *Professor Graduado Mário Silva*, Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais e Presidente da Fundação Direito e Justiça
- Debate

4.^a Sessão – 18:15-21:00: “O Impacto da Crise no Direito” – ISCJS

- Moderador: *Dr. José Carlos Delgado*, Presidente do Tribunal de Contas
- “O Impacto da Crise no Direito do Trabalho” – *Mestre David Carvalho Martins*, Professor Convidado da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- O Impacto da Crise no Direito Económico – *Professora Graduada Liriam Tiujo Delgado*, Professora Graduada do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais
- “O Impacto da Crise no Direito do Consumidor” – *Professora Graduada Yara Miranda*, Professora Graduada do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais

Comité Organizador do I CLCV:

José Pina Delgado, Jorge Bacelar Gouveia, Helena Melo e Yara Miranda

Inscrições: até 18 de outubro de 2014 para o email:

vanuzabarbosa@hotmail.com

Secretariado:

Dr.^a Inês Braga, NOVA Direito e CEDIS (ines.braga@fd.unl.pt); Dra. Vanuza Barbosa, ISCJS (vanuzabarbosa@hotmail.com)

I COLMOD

CONGRESSO LUSO-MOÇAMBICANO DE DIREITO

Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Instituto do Direito de Língua Portuguesa

MAPUTO, 23 DE MARÇO DE 2015

PROGRAMA

9.00 – Cerimónia de Abertura

- *Professor Doutor João Leopoldo da Costa*, Magnífico Reitor do ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Presidente do IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
- Sua Excelência, o Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique, *Mestre Tomás Timbane*
- Sua Excelência, o Presidente do Tribunal Supremo de Moçambique, *Juiz Conselheiro Mestre Pedro Nhatitima*

9.30 – Momento Musical: Ivete Mafundza e Valdomiro José

9.45 – 1.º Painel: “Igualdade, discriminação, violência e crime”

- Moderador: *Juiz Conselheiro Pedro Nhatitima*, Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo de Moçambique
- *Dr. Custódio Duma*, Presidente da Comissão de Direitos Humanos de Moçambique
- *Professor Mestre Ribeiro José Cuna*, Formador do Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Moçambique
- *Professor Mestre Filomeno Rodrigues*, Professor e Diretor Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique

- Debate

11.00 – Intervalo

11.15 – 2.º Painel:

“Crise, trabalho e economia social”

- Moderador: *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Doutor Laurindo Saraiva*, Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professor Doutor André Ventura*, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Mestre Duarte Casimiro*, Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- Debate

12.45 – Lançamento do n.º 4 da ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

14.00 – 3.º Painel:

“Reformas Processuais Cíveis e Resolução Alternativa de Litígios”

- Moderador: *Dr. Gilberto Correia*, Presidente da Associação dos Advogados da África Austral
- *Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Mestre Tomás Timbane*, Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique
- *Dr. Nuno Villa-Lobos*, Presidente do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa de Portugal
- Debate

15.45 – Intervalo

16.00 – 4.º Painel:

“Sistemas políticos e reformas constitucionais”

- Moderador: *Professor Mestre Henriques José Henriques*, Coordenador do Curso de Direito do ISCTEM

- *Professor Doutor Wladimir Brito*, Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho
- *Mestre Pedro Nhatitima*, Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo de Moçambique
- *Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho*, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Doutor Carlos Manuel Serra*, Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professor Mestre António Leão*, Professor e Coordenador do Departamento de Direito da Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica de Moçambique
- Debate

17h 30m – Cerimónia de Encerramento

- *Professora Doutora Helena Pereira de Melo*, Subdiretora da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Professor Doutor João Leopoldo da Costa*, Magnífico Reitor do ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique
- *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Creditação: 2 ECTS

Organização:

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa (www.idilp.net); ISCTEM – Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique (www.isctem.ac.mz); FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (www.fd.unl.pt)

Local:

Auditório Principal do ISCTEM – Rua 1394 – Zona FACIM, 322 – Maputo
Tel.: +258 21312014/5 | Fax: +258 21312993 | E-mail: secretaria@isctem.ac.mz

Comité Científico:

Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia (jbg@fd.unl.pt); Professor Mestre Henriques José Henriques (henriquesjhenriques@gmail.com); Professor

Mestre Gildo Espada (gildoespada@gmail.com); Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho (fpcoutinho@hotmail.com)

Secretariado Técnico:

Dr.^a Ines Braga (ines.braga@fd.unl.pt)

Participação:

15 euros, 500 meticais

Inscrições:

as inscrições devem ser enviadas ao cuidado do Dr. Gildo Espada, até 20 de Março de 2015: gildoespada@gmail.com

Apoios:

CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (www.cplp.org); Fundação Portugal-África; CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento em Direito e Sociedade (www.cedis.fd.unl.pt); FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o e-mail presidente@idilp.net, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um resumo em português e em inglês, além de cinco palavras-chave, em português e em inglês.

A redação aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pelo Diretor, e sem prévia identificação do autor.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.

- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	⁴ ”
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excecionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excecionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista do Direito de Língua Portuguesa

Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
E-mail: secretariado.idilp@gmail.com
Sítio eletrónico: www.idilp.net

REDILP – REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto);

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof.^a Doutora Lídia Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof. Doutor Gabriel Tong; Prof.^a Mestre Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof.^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Cláudia Trabuço (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste); Dr. Rui Vaz (Advogado e Assessor do Parlamento Nacional de Timor-Leste)

I – DOUTRINA

Carlos Burity da Silva

O costume como fonte de Direito na Ordem Jurídica Angolana

Flávio Inocêncio

As Transformações Constitucionais em Angola: o Tribunal Constitucional como o ‘Guardião da Constituição’

Gildo Espada

Codificação de Usos e Costumes em Moçambique no Século XIX – inícios do século XX

Helena Pereira de Melo

Os direitos humanos em África

Helena Sambo e Londa

As fontes do Direito Fiscal

Lídia Ribas e Jorge Bacelar Gouveia

Os Conflitos nas Sociedades Brasileira e Portuguesa do Século XXI: Assunção de Mecanismos Alternativos de Solução

Valerio de Oliveira Mazzuoli e Georgenor de Sousa Franco Filho

Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Rômulo de Andrade Moreira

O Procedimento do Júri e a Aplicação do Art. 397 do Código de Processo Penal

